



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



O DIREITO FUNDAMENTAL À MEMÓRIA

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
RECIFE
2008

FABIANA SANTOS DANTAS

O DIREITO FUNDAMENTAL À MEMÓRIA

Tese de conclusão do curso de
Doutorado em Direito
Constitucional, orientada pelo
Prof. Dr. Andreas Joachim Krell,
para apresentar-se ao Centro de
Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de
Pernambuco.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
RECIFE
2008

Dantas, Fabiana Santos

O direito fundamental à memória / Fabiana Santos

Dantas. – Recife : O Autor, 2008.

283 folhas.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2009.

Inclui bibliografia.

1. Memória - Direito fundamental - Eficácia e efetividade. 2. Direito à memória e democracia. 3. Direito à memória - Efetivação. 4. Memória no Brasil - Políticas públicas - Efetividade. 5. Brasil. [Constituição (1988) - Art. 5 e 216]. 6. Patrimônio cultural - Direito à memória - Suporte. 7. Patrimônio cultural - Instrumentos legais. 8. Tombamento - Registro - Legislação - Brasil. 9. Direitos humanos - Direitos fundamentais. 10. Direitos da personalidade - Brasil. l. Título.

FABIANA SANTOS DANTAS

O DIREITO FUNDAMENTAL À MEMÓRIA

Tese de conclusão do Doutorado do programa de pós-graduação da Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito. Área de Concentração: Direito Público. Orientador: Prof. Dr. Andreas Joachim Krell.

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa de tese doutoral e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovada.

Professor Doutor Francisco Ivo Dantas Cavalcanti (Examinador interno e Presidente da Banca).

Julgamento: Aprovada. Assinatura: [Assinatura]

Professor Doutor Alexandre Bernardino Costa (1º Examinador Externo)

Julgamento: Aprovada. Assinatura: [Assinatura]

Professor Doutor Degislano Nóbrega de Lima (2º Examinador Externo)

Julgamento: Aprovada. Assinatura: Degislano Nóbrega de Lima

Professor Doutor Gustavo Ferreira Santos (3º Examinador Interno)

Julgamento: Aprovada. Assinatura: [Assinatura]

Professor Doutor Artur Stamford da Silva (4º Examinador Interno)

Julgamento: Aprovada. Assinatura: [Assinatura]

In memoriam, aos meus avôs Albino Ferreira Dantas e Mário Barbosa dos Santos, e à minha vovó Aline.

Aos meus pais e à minha vovó Eurídice, por tudo, sempre.

Aos meus irmãos, aos meus sobrinhos e aos meus cunhados, porque não poderia ser diferente.

Ao Prof. Dr. Andreas Joachim Krell, por sua orientação segura e pela confiança depositada no nosso trabalho.

Agradecimentos

Agradecer é lembrar.

Lembro que a UFPE é a instituição à qual devo a minha formação profissional, de onde hoje retiro o meu sustento e que me permite realizar os projetos e expectativas de vida. Nesses tempos em que é tão fácil falar mal das Universidades Públicas, tenho o orgulho de agradecer a oportunidade de estudar na Graduação, no Mestrado e no Doutorado com excelentes professores, concluindo a formação acadêmica que foi posta à minha disposição, acredito, nas melhores condições possíveis.

Lembro do esforço e da presteza dos seus servidores, em especial da Biblioteca e da Escolaridade, bem como os funcionários que proporcionam boas condições para o aprendizado, tais como a limpeza das salas e o mimo do cafezinho.

Lembro do apoio dado pelos colegas e amigos de trabalho na UFRPE, em especial à sua Procuradoria Judicial: Nadja W. de Siqueira de Moura Leite, Hebe Campos Silveira, Maria Inez Lira Gomes, Jane Coelho Magalhães Melo, sempre, Manoel Caetano da Silva, Eliane C. Alves, Edneide Maria F. da Silva, Samuel Leite Botelho e Margarete, muito obrigada. Agradeço também à compreensão e apoio dos colegas da Procuradoria Regional Federal da 5ª Região, especialmente ao Dr. Ricardo Cavalcante Barroso.

Lembro do incentivo da FAFIRE para ingressar no desafio do Doutorado, em especial ao Sr. Diretor Adjunto de Pesquisa e Pós-graduação, Dr. Antônio Gildo Paes Galindo, pela confiança; ao seu corpo docente pela compreensão e solidariedade; aos meus alunos, pela convivência e pela colaboração, quase espontânea, na pesquisa.

Lembro dos amigos negligenciados, especialmente Denise Teixeira de Oliveira, Simone Siqueira Campos de Almeida e Vinicius Gouveia de Miranda.

Lembro da contribuição preciosa de todos professores do curso de Direito da UFPE, desde a graduação, e no Doutorado, especialmente àqueles com os quais tive o prazer da interlocução: Profa. Margarida Cantarelli, Prof. Gustavo Ferreira Santos, Prof. Michel Zaidan Filho, que ministraram as disciplinas; Prof. André Rosas e Prof. Ivo Dantas, que procederam ao seminário de tese; Prof. Artur Stamford da Silva, pelas observações e conselhos na banca de qualificação.

Lembro daqueles que não foram aqui nominados, mas também não foram esquecidos: estão apenas preservados para agradecimentos futuros.

A gratidão também é consequência da memória.

Muito obrigada.

Memória

Amar o perdido
deixa confundido
este coração.

Nada pode o olvido
contra o sem sentido
apelo do Não.

As coisas tangíveis
tornam-se insensíveis
à palma da mão.

Mas as coisas findas
muito mais que lindas,
essas ficarão.

(Carlos Drummond de Andrade)

RESUMO

O direito fundamental à memória corresponde à necessidade individual e coletiva de afirmação e conhecimento atuais do passado, implicitamente previsto pelo artigo 5º, §2º da CF/88, cuja existência e eficácia pode ser deduzida das normas de competência legislativa ou material, e das disposições contidas nos artigos 215, 216 e 225. Ainda pode ser concebido como uma faceta do direito fundamental à herança, previsto pelo artigo 5º, XXX, da CF/88. Sua eficácia é manifestada em posições jurídicas de primeira, segunda, terceira ou quarta dimensões: no aspecto individual, abrange a memória dos vivos e dos mortos, enquanto que na dimensão prestacional, envolve o direito a participar da elaboração de políticas públicas para a conservação do patrimônio cultural e à utilização dos bens públicos que o constituem. A dimensão transpessoal compõe-se da manifestação como direito de terceira e de quarta dimensão, abrangendo sujeitos atuais e as gerações futuras, que são ligados por laços de solidariedade intergeracional. A elaboração de políticas públicas para a preservação da memória, de cunho marcadamente discricionário, demanda a superação dos valores consagrados, como a beleza e a monumentalidade, dissonantes do art. 216 CF/88. A representatividade social hoje é o critério para a instituição da proteção estatal dos bens culturais, sendo passível de controle, inclusive judicial, para atender ao máximo a diversidade e a fragmentação de interesses de uma sociedade pluralista e democrática como é a brasileira.

Palavras-chave: direitos – memória individual e coletiva – patrimônio cultural.

ABSTRACT

The Right of Remembrance corresponds to the individual and collective need for affirmation and current knowledge of the past; this right is implicitly guaranteed by article 5º, §2º da CF/88, the existence and efficacy of which can be inferred from material or legislative norms, and from the contents of articles 215, 216 e 225. It can also be understood as a facet of the fundamental right to inheritance, guaranteed by article 5º, XXX, of CF/88. Its efficacy is expressed in judicial positions of first, second, third, and fourth generations: at the individual level, it comprises the memory of the living and the dead, whereas at the second (positive obligations), it involves the right of participation in the elaboration of public policy toward the conservation of cultural heritage and the use of the public assets that comprise it. The transpersonal level is expressed at the third and fourth levels, involving present-day individuals as well as the future generations, which are linked by the bonds of intergenerational solidarity. The elaboration of policy for the preservation of memory, of a markedly discretionary nature, requires the abandonment of established values, such as beauty and monumentality, which contradict article 216 CF/88. Social representativity nowadays is the criterion for governmental protection of cultural assets, being subject to control, including judicial control, in order to conform to the largest extent possible to the diversity and fragmentation of interests of a democratic and pluralist community such as the Brazilian society.

Keywords: rights – individual and collective memory – cultural heritage

LISTA DE SIGLAS

ANCINE - AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA

BN - FUNDAÇÃO BIBLIOTECA NACIONAL

CF/88 – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

CUPI - CONVENÇÃO SOBRE AS MEDIDAS A SEREM ADOTADAS PARA PROIBIR E IMPEDIR A IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE ILÍCITAS DOS BENS CULTURAIS

FCP - FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES (FCP)

FCRB - FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA

FUNARTE - FUNDAÇÃO NACIONAL DE ARTES

ICOM - CONSELHO INTERNACIONAL DE MUSEUS

IPHAN - INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL

MEC – MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA

OEI - ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS IBEROAMERICANOS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA

SPHAN – SERVIÇO DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL

UNESCO – UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. A DIMENSÃO CULTURAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
1.1 Direitos humanos <i>versus</i> direitos fundamentais: uma distinção preliminar necessária	27
1.2 Sobre os direitos fundamentais e seu significado para a vida em sociedade	31
1.3 Importância e significado cultural dos direitos fundamentais	33
1.4 Importância e significado da Cultura para os direitos fundamentais	35
2. CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MEMÓRIA	42
2.1 A Memória: uma necessidade individual e coletiva fundamental	42
2.2 A construção da memória coletiva brasileira: o exemplo da anistia	48
2.3 Conceito do direito fundamental à memória	55
2.4 Caracterização	57
2.5 A justificação dogmática	59
2.6 Princípios aplicáveis	62
2.6.1 Princípios Gerais	63
2.6.2 Princípios específicos	70
2.6.3 Princípios complementares	74
3. EFICÁCIA E EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À MEMÓRIA	75
3.1 A dimensão individual do direito fundamental à memória: vivos e mortos	76
3.2 Estudo de caso: Mefisto	83
3.3 A dimensão prestacional do direito fundamental à memória	88

3.4 A dimensão transpessoal do direito fundamental à memória	88
3.5 Quanto às competências constitucionais	91
3.6 Efetividade	94
4. O PATRIMÔNIO CULTURAL COMO SUPORTE DO DIREITO À MEMÓRIA: ANÁLISE DO ART. 216 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	98
4.1 Delineamento do patrimônio cultural brasileiro	99
4.1.1 Conceito doutrinário	99
4.1.2 Definição legal	103
4.1.3 Natureza jurídica dos bens componentes do patrimônio cultural brasileiro	113
4.1.4 Quanto à tutela jurídica de bens culturais	115
4.2 O problema da discricionariedade administrativa na definição do conteúdo do patrimônio cultural.....	116
4.2.1 A questão dos valores	117
4.2.2 O problema da discricionariedade administrativa no delineamento do patrimônio cultural.	130
4.3 O papel do Poder Judiciário no controle da discricionariedade administrativa, no tocante à definição do patrimônio cultural.....	143
4.4 Memória coletiva e reconhecimento: a justiça simbólica como necessidade fundamental ou o valor da herança.....	146
	155
5. EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MEMÓRIA	
5.1 Instrumentos legais para conhecer e delimitar o patrimônio cultural: inventário e catalogação	155
5.2 Instrumentos legais para a preservação do patrimônio cultural	156
5.2.1 Tombamento	156
5.2.2 Registro	163
5.2.3 Criação de espaços protegidos	163
5.2.4 Sanções penais, civis e administrativas	166

5.2.5 Desapropriação	168
5.2.6 Ação civil pública	169
5.2.7 Ação popular	172
5.2.8 Estudo de impacto	172
5.3 Instrumentos para a transmissão do patrimônio cultural	173
5.4 O dever de memória: a imprescritibilidade como ilustração	175
6. DIREITO À MEMÓRIA: FRONTEIRA E DIREITOS CORRELATOS	177
6.1 Fronteira: delimitando o âmbito do direito fundamental à memória a partir do direito fundamental ao esquecimento	177
6.2 Direitos correlatos	183
6.3 O direito à memória e os direitos culturais	189
7. DIREITO À MEMÓRIA E DEMOCRACIA: o papel do Estado na construção e execução de políticas públicas para a preservação da memória	191
7.1 A formação da alma brasileira: a invenção da memória no Brasil - antecedentes e importância	191
7.2 A Política da preservação da memória no Brasil	207
7.2.1 Sistema administrativo	209
7.2.2 Planejamento	216
7.2.3 Instrumentos	216
7.2.4 Sistema de financiamento	217
7.2.5 Sistema de avaliação	219
7.3 Direito à memória, democracia e políticas públicas de preservação.....	220
8. EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A MEMÓRIA NO BRASIL	223
8.1 Diagnóstico	224
8.2 Atualização da legislação protetiva do Patrimônio Cultural	224

8.3 Elaboração de política de preservação interdisciplinar	227
9. CONCLUSÃO: Paz no futuro e glória no passado?	239
10. REFERÊNCIAS	248
10.1 Fontes bibliográficas	248
10.2 Fontes documentais	275
10.2.1 Normas jurídicas referenciadas	275
10.2.2 Outros documentos escritos	281
10.3 Vídeos	282

INTRODUÇÃO

Chegarei assim aos campos e vastos palácios da memória, onde se encontram os inúmeros tesouros de imagens de todos os gêneros, trazidas pela percepção. Aí é também depositada toda a atividade de nossa mente, que aumenta, diminui ou transforma, de modos diversos, o que os sentidos atingiram, e também tudo o que foi guardado e ainda não foi absorvido e sepultado no esquecimento (SANTO AGOSTINHO, 1984, p. 257).

A memória é a capacidade humana de reter e evocar experiências, permitindo a consciência da passagem do tempo, além de conferir ao indivíduo e à coletividade um passado singular que os caracteriza.

É um objeto de estudo que admite diversas definições e interpretações, variando profundamente de acordo com a época e a finalidade consideradas. No Ocidente a memória tem origem divina, encarnada na deusa grega Mnemosyne, a titanide filha da deusa Gaia e do deus Urano (CARAZZAI; WERTHEIN, 2000, p. 10), irmã de Cronos, tida como a protetora das Artes e da História, do que ressalta a sua íntima relação com o patrimônio cultural: não é à toa que na Mitologia Grega é considerada a mãe das Musas.

A deusa Memória carrega o bastão da sabedoria talhado em loureiro (*skeptron*) e sua função é revelar o que foi e o que será (VERNANT, 1990, p. 141). Presidindo a função poética, concedia aos poetas e adivinhos o poder de voltar às origens e à essência (geralmente identificadas com o passado) e lembrá-las para a coletividade e também conferia o dom da imortalidade, pois quem se torna memorável não morreria jamais (CHAUÍ, 2001, p. 126).

Uma das funções mais importantes da memória é ser fonte de respostas às questões que intrigam o ser humano - a sua origem, identidade e a sua posição e papel no mundo - por isso é muito significativo que Mnemosyne esteja ligada à faculdade da orientação e da desorientação no tempo e no espaço¹. A sacralização da memória e sua representação como uma deusa mostram a sua importância social, enquanto que para o indivíduo o “esforço da memória” consistia em um exercício de purificação espiritual, dotado de valor moral decorrente do exame de consciência, especialmente entre os pitagóricos que o consideravam uma obrigação diária (VERNANT, 1990, p. 155).

A memória permite ao indivíduo conhecer a si mesmo pelos seus próprios meios e, sob a forma de esforço ou disciplina, produziria a virtude individual e o adestramento coletivo

¹ “The historical and cultural foundations of the Nation should be preserved as a living part of our community life and development in order to give a sense of orientation to the American people”. EEUU. National Historic Preservation Act. (16 USC 470 *et seq*). Section 1 (b) (2).

(VERNANT, 1990, p. 169). Depois a concepção de “memória” mudou bastante: na Grécia, por exemplo, a sua configuração ocorria através da poesia representativa da mimesis (SMOLKA, 2000, p. 169), de caráter predominantemente oral. Gradativamente, a abordagem racional começa a se impor, perdendo na filosofia platônica o seu aspecto mítico e, com Aristóteles, fica ressaltada a diferença existente entre a *mneme* (faculdade de conservar o passado) e *mamnesi* (faculdade de invocar o passado).

A crítica racional do conceito de memória ganhou relevo entre os primeiros historiadores, visto que a própria concepção da História (do grego *histor*, testemunho) depende da veracidade (ou validade) que se lhe é atribuída. Nessa discussão destacam-se as opiniões de Heródoto e Tucídides, o primeiro afirmando a veracidade do testemunho (a História conta o que vê), enquanto que o segundo duvida desse caráter para conceber a memória como enganadora, pois na verdade diz o que selecionou, interpretou e reconstruiu.

Essa postura de Tucídides o leva a reivindicar métodos de fixação dos acontecimentos para garantir-lhes a fidedignidade, elegendo a escrita como principal instrumento: é a primeira revolução da memória. Nesse período afirma-se enquanto arte para bons oradores (mnemotécnica), culminando com o deslocamento posterior do tema para o campo da Retórica, no medievo, quando foi primeiro estudada como técnica para oradores, adentrando depois no campo da Ética, pois São Tomás de Aquino a considera como parte da virtude da Prudência, juntamente com a Inteligência e a Providência.

Enquanto técnica, a memorização baseia-se na sistematização dos registros a partir da criação de lugares e de uma ordem de disposição específica. Os lugares da memória (*loci*)² são construções arquitetônicas mentais onde são guardadas as imagens de palavras e coisas. Quanto mais notáveis tais imagens, por serem incomuns, belas, ridículas ou grandiosas, mais forte impressão causam e são lembradas mais facilmente, por isso o banal é facilmente esquecido (YATES, 1974, p.9).

A escrita modificou bastante a memória coletiva, permitindo o seu desenvolvimento em duas vertentes: a) a comemoração, que significa a celebração de eventos memoráveis através de monumentos celebrativos, com o predomínio das inscrições (epigrafia). Esses monumentos eram arquivos de pedra cuja finalidade era dar publicidade, ostentatória e durável, a uma informação memorável; b) a segunda vertente foi o documento, tomado em sua acepção restrita como o texto escrito que armazena informações, permitindo a comunicação entre gerações, bem como o reexame, a retificação e reordenamento dos

² Segundo Yates (1974, p. 31), os lugares da memória também podem ser chamados de *topoi*, afirmando que o livro Tópica de Aristóteles provavelmente refere-se a técnicas mnemônicas.

registros (LE GOFF, 2000, p. 18). Nesse período surgem as instituições–memória: arquivos, bibliotecas e coleções.

A segunda revolução da memória ocorreu com a imprensa, que trouxe o predomínio da escrita sobre a oralidade. Até então havia equilíbrio ou predomínio da oralidade, pois os textos eram escritos para serem decorados³, e dessa época até o século XVI valia o adágio “*tantum scimus, quanto memoria tenemus*”⁴ (WEINRICH, 2001, p. 69).

Os efeitos da Imprensa foram sentidos plenamente a partir do século XVIII, não só porque grande quantidade de informações passou a circular, mas também porque puderam ser traduzidas e compartilhadas com outros povos: surgem então os arquivos e museus *nacionais*. Além disso, a função memorial dos monumentos entrou em decadência, com a gradual substituição dos “livros de pedra” por tecnologias mais modernas (CHOAY, 2001, p. 21).

A terceira revolução da memória foi o surgimento de técnicas de registro e reprodução de áudio e vídeo tais como o disco, a fotografia, o cinema e o computador. A apreensão e o resgate das informações agora são feitos quase ao vivo: há imagem e som vindos do passado. Entretanto, tais avanços são relativos pois a acelerada obsolescência e a rápida substituição de tecnologias são capazes de determinar a amnésia na sociedade.

Ora, a memória é produzida, estabilizada, contida e mobilizada através da construção do patrimônio cultural, que consiste em *topos* partilhado, aceito e transmitido pelo grupo social (SMOLKA, 2000, p. 188). Nessa linha de raciocínio, Pollak (1989, p. 3) afirma que os monumentos e tradições são os lugares da memória, que servem como indicadores empíricos do que é comum a um grupo, e que ao mesmo tempo o torna singular, diferenciando-o dos outros.

Como se viu, a memória já foi objeto da Poesia, da História, da Filosofia e da Retórica, agora se pretende mostrar a sua importância jurídica. Mas, por que a memória seria um objeto fundamental para o Direito?

O Direito utiliza-se da memória de várias formas: desde a previsão do testemunho, que é memória individual sobre fatos, até à utilização de documentos como meios de prova. A atividade jurídica consiste, basicamente, no registro e solução de conflitos e, por isso, os arquivos judiciais são uma importante fonte de pesquisa dos costumes, da linguagem e das relações sociais, embora o interesse dos historiadores e sociólogos sobre eles seja relativamente recente (CHALHOUB, 2007).

³ Decorar (do Latim *de cor*), saber de coração, porque esse órgão era tido como a sede dos sentimentos, da inteligência e do saber (CUNHA, 2001, p. 216).

⁴ “Só sabemos tanto quanto temos na memória”.

O Direito abrange fontes memoriais como o costume jurídico e o precedente judicial, onde a solução jurídica é herdada, e sua legitimidade decorre da antigüidade e da constância da transmissão mais do que uma racionalidade ou utilidade social (OST, 2005, p. 95), além de respeitar as situações constituídas através do princípio da segurança jurídica, como o direito adquirido, em clara exortação de respeito ao passado.

Há ainda uma “memória jurídica” no modo de ser do Direito e de construí-lo: as vestimentas utilizadas, a linguagem, as normas transmitidas. Porém, o mais importante é que a memória permite consolidar as inibições que fazem do Direito um importante sistema de controle social: sem ela os homens não saberiam o que é lícito ou ilícito, nem mesmo a diferença entre ambos. Ainda pensando em controle, Giorgi (2006, p.64) destaca que a validade para o Direito é a memória do sistema, que lhe permite recordar e esquecer normas, como forma de selecionar e controlar a sua adequação.

Além desses aspectos, pretende-se demonstrar que a memória pode ser objeto de demandas individuais e coletivas, em função de sua importância para a subjetividade, a identidade e a representatividade social e política, assumindo o *status* de fundamentalidade próprio dos direitos inerentes à dignidade humana.

Por que um direito à memória? Existem fatos, ações e pessoas que não podem e não devem ser esquecidos porque servem de modelos positivos e alicerce para o desenvolvimento da sociedade, ou representam experiências que não devem ser repetidas. Tais elementos, quando capazes de marcar profundamente a existência de uma comunidade, precisam ser mantidos presentes na memória individual e coletiva, a fim de que se possa compreendê-los, questioná-los, evitá-los no futuro e, se necessário, sanar as suas conseqüências.

Muitas sociedades mantêm vivos os fatos considerados importantes através de rituais, celebrações e até mesmo protestos. Um exemplo marcante, pelas suas dimensões, foi o recente protesto dos chineses contra o Ministério da Educação Japonês, que deliberadamente omitiu dos livros didáticos os crimes de guerra cometidos na China no período compreendido entre a década de 30 e o final da Segunda Guerra Mundial.

A revolta neste caso é contra o esquecimento do extermínio de vinte milhões de chineses pelo Exército Japonês, além das torturas, estupros em massa e uso de guerra bacteriológica (epidemia de peste bubônica provocada) nas províncias de Hunan e Zhejiang. A omissão desses fatos nos livros de História, teme-se, poderia culminar no seu esquecimento e conseqüente impunidade (CORDEIRO, 2005, p. 164-165).

Atualmente algumas sociedades que vivenciaram períodos ditatoriais no século XX procuram meios para resgatar a memória histórica, com o duplo objetivo de reabilitar os opositores assassinados ou desaparecidos, e também cobrar responsabilidades dos agentes políticos, podendo ser citados como exemplos a Ley de la Memória Histórica da Espanha, bem como os recentes julgados das Supremas Cortes da Argentina e do Chile que declararam inconstitucionais as respectivas leis de anistia.

No Brasil não se vivencia uma experiência parecida, sendo freqüente a afirmação de que “o brasileiro não tem memória”⁵. A consequência desse esquecimento geral e institucionalizado é a repetição de velhos erros que aparentemente condenam a sociedade brasileira à estagnação política e à falta de cidadania, pois dia a dia os bens que fazem parte dessa tradição arruinam-se física e espiritualmente. Além disso, não se pode olvidar que a memória é base de qualquer planejamento, é o quadro de referências que permite identificar os problemas e construir possíveis soluções, legando às gerações futuras a possibilidade de aperfeiçoar as instituições sociais e políticas, desenvolvendo-se de forma plena.

“Memorizar”⁶ é guardar significados obtidos de experiências passadas, enquanto que “lembrar” consiste em resgatar esses significados para utilizá-los no cotidiano da vida social, como fonte de sentido da existência coletiva e individual. A memória é aquisição, o esquecimento é perda: o que se guarda constitui o referencial para compreender e interpretar o mundo em conformidade à experiência de cada um.

Entretanto, a lembrança precisa de estímulos para ser construída e ativada. É necessário ensinar aos indivíduos os valores e experiências passadas construindo a sua memória e, por outro lado, garantir-lhes as condições adequadas ao resgate dessas informações através da proteção do patrimônio cultural tangível e intangível.

Deve-se reconhecer ao indivíduo e à coletividade o direito à preservação dos sentidos da sua existência, genericamente chamado de direito à memória, revestido do *status* de fundamentalidade porque indispensável à existência digna do ser humano. O seu exercício compreende dois aspectos principais: o primeiro, de aprendizagem das experiências sociais passadas, que servem de orientação e base para a construção de um futuro melhor⁷; e, em

⁵ Como afirma Lima Barreto (2001, p. 68): “entre nós tudo é inconsistente, provisório, não dura. Não havia ali nada que lembrasse esse passado”.

⁶ Segundo Santo Agostinho (1984, p. 262), a memória guarda as informações mas é cogitando que o Homem dela se utiliza para fazer associações. Remete à origem da palavra *cogito* (colher), que nesse caso se refere a uma atividade exclusivamente espiritual de colher as informações da memória.

⁷ Porque “o futuro tem um coração antigo”, frase atribuída a Dante Alighieri, que também é o título de um famoso livro de Carlo Levi.

segundo lugar, a formação da consciência de pertença do indivíduo ao grupo (identidade cultural), fundamental para a sua inserção política e para o exercício efetivo da sua cidadania.

O direito fundamental à memória também exige e viabiliza a revisão crítica e reconstrução do passado, visando ao aperfeiçoamento das instituições sociais: garantir esse direito é a maneira de ajudar a construir cidadãos completos, íntegros no seu passado, presente e futuro.

A apropriação do patrimônio cultural através da transmissão, pressuposto do direito à memória, facilita o comprometimento do indivíduo com o bem coletivo pois os valores serão compartilhados e posteriormente assumidos como próprios, o que permite a sua inserção nas instituições (ROBBINS, 2005, p. 379).

Ainda a título de justificativa, podem ser destacadas outras boas razões para advogar o reconhecimento do direito fundamental à memória. Por exemplo, o conhecimento tradicional pode ter importância comercial e ser um diferencial no Comércio Exterior, tal como ocorre com a cachaça brasileira, cujo modo de fazer característico é protegido pelo Decreto nº 4.062/01. A cachaça, além de ser uma bebida típica brasileira, é também um elemento identitário e integra modo de viver e celebrar de determinadas classes sociais.

Outros segmentos da Economia também são beneficiados pelos diferenciais ofertados pela tradição: o Turismo e a Indústria Cultural podem fazer da preservação do patrimônio cultural e da memória uma fonte de desenvolvimento permanente e sustentável.

Apesar de toda sua importância, a memória ainda não obteve um tratamento jurídico específico e nem foi contemplada com a formulação explícita de uma política pública, que depende fundamentalmente da priorização de serviços públicos tais como a educação, os arquivos, museus e bibliotecas que, como os demais, enfrentam a crônica escassez de recursos materiais, humanos e tecnológicos, como destaca Jardim (1995, p. 7).

É fato notório que no Brasil a política educacional e todo o aparato institucional para a preservação do patrimônio cultural têm obtido um êxito bastante reduzido em relação às crescentes demandas sociais. E o resultado desse insucesso pode ser facilmente sintetizado na assertiva “o brasileiro não tem memória”.

Essa frase ingênua, repetida *ad nauseam* por todos, revela dois aspectos cruéis do mesmo problema: atribui ao brasileiro, ao indivíduo, a culpa social de não resgatar traumas, feridas e conflitos do passado para solucioná-los, o que acarreta um agravamento da presente situação, ao mesmo tempo em que exime o Estado da responsabilidade de construir essa memória social de forma consciente, democrática e responsável.

O resultado dessa política do esquecimento (consciente ou não) é ver inúmeros cidadãos à deriva, desorientados, excluídos das instituições, sem noção de suas identidades, passados, presente e conseqüentemente, do seu futuro. Nesse panorama, constata-se que o direito à memória e o patrimônio cultural que lhe serve de suporte são vítimas de toda sorte de problemas, desde a falta de previsão explícita na Constituição Federal de 1988 (CF/88), passando por fatores econômicos e religiosos, chegando mesmo a questões meramente quantitativas, como o aumento da pressão demográfica.

Para ilustrar, veja o que afirmava Lima (1969, p. 18) há quase quarenta anos:

Entre nós, nada. Imitação do estrangeiro e destruição ou abandono do passado. Nossas velhas cidades que o digam. Igrejas em ruínas, chafarizes abandonados, pilhagem desavergonhada de velhos móveis e pratarias, completa indiferença ou desprezo absoluto pela tradição barroca e pelo legado colonial. Nem a primeira República poderia criticar o Império, nessa tendência geral, do governo e do povo, em considerar como totalmente despidendo o que possuíamos como herança dos nossos antepassados.

Nesse mesmo tom, a pungente reportagem-denúncia de Franklin Oliveira, que em 1967 publicou o livro “A morte da memória nacional”, mostrando que os órgãos oficiais de proteção do patrimônio cultural já naquela época sofriam um completo desmonte e encontravam-se à beira do colapso, não só pela falta de renovação do seu corpo funcional técnico mas principalmente pela dotação orçamentária irreal e mesquinha frente às necessidades da preservação. Denunciou, ainda, a inexistência de uma política arquivística una e eficiente, bem como o roubo, a degradação e o abandono dos bens culturais brasileiros (OLIVEIRA, 1967, p. 36, 203).

É triste constatar que esses alertas não serviram ainda à implantação de uma política de preservação eficiente, e que o desprestígio dos órgãos oficiais da Cultura ainda é uma realidade traduzida em dotações orçamentárias insuficientes.

A conseqüência desse conjunto de fatos é o perdimento de bens e a corrosão das instituições sociais, em sua razão de ser e finalidade, porque perdem a sua base de sustentação que é a necessidade conjunta e o significado para a população, culminando em um efeito desagregador do tecido social que se experimenta no Brasil. É nesse contexto de descontinuidade que os questionamentos sobre a memória ganham grande relevo, diante da perda sem substituição de valores, o vazio e da falta de perspectiva enfrentados pela sociedade.

O objetivo geral do presente estudo consiste em identificar e demonstrar a existência do direito à memória no Ordenamento Jurídico Brasileiro, sistematizando as

normas que lhe fazem referência implícita ou explícita, descrevendo, analisando e observando a sua aplicação, eficácia e efetividade. A construção jurídica do tema do partiu da concepção teórica de um direito fundamental à memória que, embora não conte com a previsão constitucional explícita, já se encontra positivado no Brasil, podendo citar-se como exemplo a Lei nº 3.036/2002, que institui o Plano Diretor de publicidade do Distrito Federal⁸.

A especificação do tema “Direito fundamental à memória” foi feita a partir da sua delimitação pelos critérios espacial, de singularidade e de abordagem (ECO, 1998, p. 8). Pelo primeiro, limitou-se a análise da proteção ao patrimônio cultural e do direito à memória conforme o Direito Brasileiro, devido ao caráter (ainda) territorial da maioria das normas jurídicas que servem de fundamento à sua tutela; depois, embora considerando a transversalidade do tema, restringiu-se a análise à abordagem proporcionada pelo Direito Constitucional. E finalmente, pelo critério da singularidade, optou-se por estudar um dentre os vários direitos fundamentais: o direito à memória.

Não foi aplicado ao tema o critério temporal, uma vez que a análise sistêmica aqui desenvolvida tem cunho dogmático e, por isso mesmo, restringe-se à legislação vigente em conformidade à CF/88.

Para alcançar o objetivo geral proposto é necessário realizar uma descrição e interpretação das normas que têm por objeto o direito à memória e o patrimônio cultural brasileiro, bem como dos órgãos e instrumentos criados para implementar a sua proteção, possível através da análise dos seus fundamentos e institutos contidos na vasta legislação aplicável ao tema, resultando em uma pesquisa teórica.

Caracterizando-a assim, pretende-se esclarecer que a perspectiva será conceitual, adotando-se para tanto o método dedutivo na análise do nosso objeto, em especial do artigo 216 da Constituição Federal, e sua reconstrução através da interpretação sistêmica de outras normas que compõem o seu universo normativo (OLIVEIRA, 1997, p. 62-63). Entretanto, a predominância desse método não significa a impossibilidade de utilizar e recorrer à indução porquanto, como bem ressaltam Souto e Souto (1983, p. 62), eles são apenas momentos diferentes do raciocinar científico.

Quanto à metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, realizada através da análise e fichamento crítico dos livros, artigos científicos, de revista e de jornal referidos no

⁸ Veja o que dispõe o artigo 5º da Lei nº 3.036/2002: (...) Para efeitos desta Lei ficam estabelecidos os seguintes conceitos: XXII - patrimônio cultural: bem de natureza material ou imaterial, tomado individualmente ou em conjunto, de valor histórico e cultural, cuja preservação assegure ao cidadão o direito à memória;

capítulo 11, além da pesquisa documental, realizada pela análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema, bem como sobre leis e outros instrumentos normativos.

Pontualmente, utilizou-se a técnica do estudo de caso, compondo-se das etapas de delimitação da unidade (caso Mephisto), coleta de dados (documentais), análise e interpretação, e também a observação direta, consistindo na percepção do fenômeno através da experiência sensível, cujas impressões foram anotadas em diário de pesquisa de forma objetiva, sendo depois interpretadas e contextualizadas (SOUTO, C; SOUTO, S, 1983, p. 66), especialmente para verificar o estado de conservação dos monumentos escolhidos em Recife, como forma de ilustração do exercício de competências constitucionais e da eficácia das disposições relativas à legislação protetiva.

Quanto à metodologia de análise, considerando que toda norma jurídica é uma forma de discurso, para a abordagem da legislação e da jurisprudência relativa ao patrimônio cultural brasileiro foram utilizados aspectos da técnica de *análise de conteúdo*, consistindo na escolha dos documentos relativos ao “patrimônio cultural” e “memória”, adotando o critério da *exaustividade* (BARDIN, 2000, p.97), realizada através de pesquisa em sítios de busca na Internet e, especialmente, na página do Ministério da Cultura e o portal de legislação do Senado Federal, seguida a seleção das normas jurídicas pelo critério da pertinência ao objeto do estudo, categorização dessas normas, primeiro por *diferenciação* (quanto à hierarquia e finalidade), depois por *reagrupamento*, adotando os critérios da exclusão mútua, homogeneidade, pertinência e objetividade, e, finalmente, análise sistêmica e interpretação dessas normas, com base na Doutrina e na Jurisprudência.

O ponto de partida - a hipótese de trabalho – consistiu em afirmar a existência do direito à memória, mesmo que implícito na Constituição Federal, e que a degradação do patrimônio cultural põe em risco o seu exercício, na medida em que impede o acesso dos indivíduos ao acervo das experiências passadas da coletividade, obstaculando o seu aprendizado dos modos de viver e sentir e, conseqüentemente, a sua identificação cultural.

A primeira dificuldade encontrada na abordagem jurídica do tema foi a multivocidade dos conceitos envolvidos, dentre os quais se destaca a “Cultura”, tema tão amplo e compreensivo de tantos aspectos da vida humana, que diversas Ciências a estudam sob abordagens distintas e específicas. Por esse motivo, a fundamentação teórica deste estudo foi necessariamente interdisciplinar, abrangendo principalmente a Sociologia, a Antropologia, a História e o Direito, esse último constituindo foco de investigação.

A Sociologia é abordada para compreender os processos que levam à formação da Cultura, enquanto fenômeno social e fator institucionalizante da sociedade, bem como a

dinâmica de sua transformação. Já a Antropologia é de fundamental importância pois as definições de “Cultura” e de “patrimônio cultural”, conceitos básicos do tema, lhes são tributadas, integrando assim o referencial teórico (SILVA, 2001, p. 29). Disso resulta que a CF/88 consagra termos antropológicos, tais como “modos de ser e de viver”, “manifestações populares”, “identidade cultural”, na definição daquilo que considera como “patrimônio cultural brasileiro”.

A História desempenha dois papéis fundamentais neste estudo: contextualizar o patrimônio cultural para que se possa compreender o seu sentido conforme a época em que foi construído e servir de fiel à memória, visto que possui um conteúdo objetivo de busca da verdade (por ser Ciência), enquanto aquela está mais permeável às impressões subjetivas.

Dentre os seus diversos ramos, adotou-se o viés da História Cultural, dada a sua função de explicar a importância e a funcionalidade de objetos, bem como das instituições sociais no seu próprio tempo (FALCON, 2002, p. 74). Com isso, pretende-se determinar e reconhecer critérios para identificar o patrimônio histórico nacional, bem como obter a base teórica necessária à demonstração da importância do patrimônio cultural.

O Direito é o foco da presente investigação, mas tal delimitação não torna mais simples a tarefa de estudar o tema, que pode ser ao mesmo tempo abordado sob diversos ramos: Constitucional, Penal, Civil, Ambiental, Administrativo. Aliás, a predominância da bibliografia sobre o tema destaca o aspecto administrativista da proteção ao patrimônio cultural, certamente pela natureza estatal dos instrumentos da tutela (tombamento, registro, inventário), bem como por ser o Poder Público o sujeito mais atuante em sua defesa. Portanto, para torná-lo mais analítico, o referencial de Direito foi dividido em dois aspectos: a configuração teórica dos direitos fundamentais e o conteúdo normativo referente ao patrimônio cultural brasileiro.

Para o tema “direitos fundamentais”, o ponto de partida teórico é concebê-los de forma contextual e finalística, reiterando a idéia de que nascem da sociedade, das suas necessidades e instituições, as quais funcionam como âmbitos de sentido e concretude. Os direitos fundamentais nascem e desenvolvem-se dentro da instituição, e possuem o conteúdo que elas lhes atribuem, em consonância às suas finalidades (BONAVIDES, 2002, p. 574).

Supera-se, assim, a falsa oposição entre indivíduo e Estado, admitindo limitações das liberdades de ambos conforme as regras estruturantes da instituição, ou seja, fundamenta a interpretação da extensão dos direitos fundamentais na idéia de Estado de Direito, sem olvidar a importância da cidadania participativa.

Ao lado da doutrina dos direitos fundamentais, a abordagem suficiente do tema depende de um aporte no Direito Ambiental Constitucional no tocante à definição e interpretação do “patrimônio cultural brasileiro” pois: a) convergindo diversos ramos do Direito, possibilita um exercício hermenêutico amplo a partir de normas constitucionais de conteúdo ambiental; b) o artigo 216 da CF/88 permite considerar o patrimônio cultural como parte integrante do conjunto de bens ambientais; c) a tutela do patrimônio cultural é feita a partir dos princípios do Direito Ambiental Constitucional; e d) as normas pertinentes devem ser interpretadas a partir dos princípios fundamentais da Constituição Federal, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, autodeterminação dos povos, democracia.

Embora a importância teórica de diversos outros ramos do conhecimento para o tema seja evidente e reconhecida, tais como a Pedagogia, a Ciência Política, a Psicologia, a Filosofia e a Administração, não foram contemplados especificamente no referencial teórico porquanto foram utilizados em contribuições episódicas.

Constatando que a lei tem a capacidade de consagrar a memória de indivíduos, de grupos ou categorias de indivíduos⁹, ou de fatos, que precisam ou merecem ser lembrados pela população, o raciocínio da exposição foi assim traçado: o estudo em si e os seus capítulos vêm precedidos de citações que indicam o teor e a diretriz do tema abordado. Essas epígrafes têm a função não de resumir, mas de sinalizar aspectos importantes dos temas debatidos em cada capítulo.

O capítulo 2 consistirá em um estudo sobre os direitos fundamentais, com o intuito de identificar as suas principais características e significados, para construir a base teórica para o item seguinte.

O capítulo 3 será o delineamento teórico do direito à memória como direito fundamental, a partir do estudo feito no capítulo anterior. Demonstrar-se-á que o conteúdo objetivo do direito à memória consiste no acesso e utilização do patrimônio cultural, além de servir de base para o exercício de outros direitos fundamentais, cujo significado e extensão dependem da contextualização social.

O capítulo 4 tratará da eficácia e efetividade do direito fundamental à memória, analisando a partir do seu conteúdo jurídico e de sua observância pelas autoridades constituídas.

⁹ Lei nº 11.121, de 25 de maio de 2005. Institui o Dia Nacional em Memória das Vítimas de Acidentes e Doenças do Trabalho.

O capítulo 5 contemplará a definição do conceito do patrimônio cultural brasileiro enquanto suporte do direito fundamental à memória. Esse capítulo é importante para a boa definição do tema, haja vista que para memorizar é primeiro necessário aprender algo e o aprendizado do indivíduo consiste, exatamente, na apreensão dos bens componentes do patrimônio cultural, explicitando-se a íntima relação entre a proteção do patrimônio cultural e o exercício do direito à memória.

Demonstrar-se-á ainda que o acesso aos bens culturais e o exercício do direito à memória são fatores fundamentais para a construção de uma identidade cultural nacional e também individual, de caráter determinante para a satisfação do indivíduo enquanto pessoa humana. Dessa maneira, a memória é imprescindível para o exercício da cidadania, que depende da inserção de cada um na comunidade política, o que ocorre a partir da sua identificação cultural com o grupo.

O capítulo 6 tratará dos mecanismos de efetivação do direito à memória, com a análise dos instrumentos legais que garantem a permanência e a transmissibilidade dos bens culturais aos indivíduos, especialmente quanto à sua eficácia. O aprendizado cultural satisfatório e o conseqüente exercício do direito à memória dependem diretamente da efetiva utilização desses mecanismos de conhecimento, proteção e difusão do patrimônio cultural.

O capítulo 7 tratará dos direitos correlatos que se revelam enquanto derivações ou complementos da análise do direito fundamental à memória, servindo-lhes também de limites interpretativos. Especialmente quanto a esse último aspecto, devemos considerar que o exercício do direito à memória requer e pressupõe o exercício de outros direitos inerentes à Democracia, tais como o direito à livre expressão e criação artísticas, à vida, à diferença e à resistência, o que demonstra estar intimamente ligado à noção de cidadania democrática.

O capítulo 8 tratará da política da memória praticada no Brasil, analisando os seus antecedentes, importância, estrutura administrativa, modos de financiamento, de um ponto de vista crítico quanto à sua efetividade na proteção do patrimônio cultural e do exercício do direito à memória.

O capítulo 9 pretende complementar a análise do capítulo anterior, sugerindo parâmetros e estratégias para o aperfeiçoamento da política de conservação da memória brasileira. Com tal análise acredita-se poder contribuir para uma melhor compreensão do tema específico, bem como de outros problemas circundantes que, aparentemente, são frutos da falta de reverência e respeito pelo passado e pela memória do povo brasileiro, tais como, a inflação legislativa, políticas e obras públicas inacabadas, insucesso dos modelos institucionais, a desvalorização dos idosos.

O capítulo 10 será dedicado às conclusões, elaboradas em forma de síntese dos temas tratados, mais as sugestões pontuais elaboradas.

Serão apontadas as referências bibliográficas e documentais ao final. Foram pesquisados documentos de variada procedência e formato: desde livros, relatórios, artigos de periódicos, teses e dissertações, mas também textos publicados na Internet, vídeos, filmes, pinturas, esculturas, poesia, música e outras obras de arte, notícias de jornal e televisão, justificando-se a diversidade das fontes pela heterogeneidade dos suportes da memória.

O tema do presente estudo é novo na bibliografia jurídica brasileira, havendo a notícia da existência de apenas uma dissertação de Mestrado intitulada “Direito à memória – a proteção jurídica ao patrimônio histórico-cultural brasileiro”, defendida por José Ricardo Oriá Fernandes em 1995 perante a Universidade Federal do Ceará, cuja abordagem panorâmica permite uma análise abrangente das normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. Entretanto, nessa obra o direito à memória é concebido apenas como o poder difuso de acesso às fontes da Cultura nacional, sem formulações quanto às outras dimensões jurídicas que o integram.

Com exceção dessa obra específica, predominam os trabalhos referentes à preservação do patrimônio cultural nas áreas de Direito Ambiental, Penal e Administrativo, porém sem a construção ou a intenção de tratar diretamente sobre a proteção da memória. A predominante abordagem indireta não era adequada à tarefa aqui proposta, daí a necessidade de recorrer a outras fontes como livros de Pedagogia, Psicologia, Arte, História, Economia, Geografia, Administração, entre outros, cuja amplitude às vezes poderia levar à tergiversação e fuga do foco.

É preciso, pois, fazer a seguinte ressalva: a proposta deste trabalho é esclarecer um caminho interpretativo para o artigo 216 da Constituição Federal, que abrange conceitos de Ciência, Arte, Turismo, História, Antropologia, Arqueologia, daí a necessidade de buscá-los nessas fontes que permitam a interpretação adequada da legislação pertinente. Essa interdisciplinariedade, que acarreta a importação de conceitos de outras Ciências, leva à necessidade de especificá-los, como adverte Leff (2001, p. 83-84), e acrescente-se, restringi-los mais dentro do tema proposto, para construir uma linguagem menos sujeita a equívocos.

Diante disso, tentou-se especificar conceitos gerais de outras Ciências e, mesmo, dos diversos ramos do Direito (Ambiental, Administrativo, Civil, Penal, Constitucional, etc.) envolvidos, tais como “artístico”, “paleontológico”, “turístico”, “estético”, “paisagístico” e etc., em vista do que apresentar-se-ão sempre, e talvez excessivamente, restritos.

Finalmente, é de se notar que a linguagem explicativa adotada resultou de duas necessidades: a primeira, de evitar a confusão conceitual de muitos termos jurídicos, cuja definição cambia de autor para autor principalmente pelo desacordo lingüístico; e, segundo, pela esperança de que este trabalho seja analisado e criticado também por cidadãos e estudiosos de outras áreas, interessados na defesa da memória e do patrimônio cultural, ofertando-lhes uma abordagem diferente e inteligível do tema.

1. A DIMENSÃO CULTURAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um direito fundamental é direito sem o qual se entende que não é admissível viver (MARTINS NETO, 2003, p. 144).

O objetivo deste capítulo é realizar um estudo abrangente sobre os direitos fundamentais, realizando uma breve reflexão sobre a importância recíproca entre esses e a Cultura, com o intuito de construir a base teórica necessária à abordagem do direito à memória.

1.1 Direitos humanos *versus* direitos fundamentais: uma distinção preliminar necessária.

Toda norma jurídica nasce como solução para uma necessidade social. São identificadas as situações convivenciais em que o comportamento humano deve ser disciplinado, através de categorias socialmente construídas para classificá-los como desejáveis/indesejáveis, lícitos/ilícitos, sendo fixadas condutas permitidas, proibidas ou obrigatórias, conforme os valores vigentes nessa sociedade, em dado momento histórico, permitindo assim a vida em comum dos indivíduos (GARCÍA HERRERA, 2004, p. 119).

O Direito, como qualquer outro bem cultural, é uma estratégia de adaptação do Homem ao meio ambiente natural e social. Para Tomasello (2003, p. 5), a diferença específica da espécie humana consiste na evolução cumulativa dessas estratégias, que permitem o aperfeiçoamento paulatino de artefatos e instituições, viabilizada pela transmissão cultural.

Cada conhecimento construído é uma plataforma para o posterior, permitindo a evolução e a inovação de duas maneiras: dois ou mais indivíduos tentam, juntos, solucionar problemas vivenciais e técnicos; ou quando, mesmo não sendo contemporâneos, os indivíduos colaboram para aperfeiçoar o conhecimento (TOMASELLO, 2003, p.56). O patrimônio cultural é o conjunto dessas conquistas adaptativas transmitidas, que ao longo do tempo forjam a identidade dos grupos, o seu modo específico de viver e sobreviver, de onde resulta a diversidade cultural (CLARK, 1985, p. 79), enquanto que a memória acaba sendo um

instrumento para a adaptação rápida indispensável à sobrevivência individual e coletiva (GOUDOT-PERROT, 1979, p.7).

No mundo orgânico há a seleção biológica enquanto que na Cultura, especificamente no Direito, cada povo constrói o conjunto de normas e direitos mais adequados ao seu modo de ser e de viver. Por isso a importação acrítica de valores e normas estranhas à realidade social em que serão aplicadas geralmente redundam em total inefetividade: a força normativa da Constituição e das demais normas jurídicas assenta-se na sua correspondência ao espírito da época (HESSE, 1991, p. 21).

Por isso, o enraizamento na tradição aparece como condição de eficácia das normas jurídicas, porque existe um “discurso invisível”, uma cultura jurídica no plano de fundo que indica uma expectativa de sentido das normas. O próprio sistema jurídico preexiste à lei nova, que será elaborada, lida e entendida em sua conformidade (OST, 2005, p. 95).

A gênese dos Direitos Humanos, como os valores mais abrangentes do Direito, decorreu de uma visão específica do Homem e da Humanidade, bem como da constatação de que existem necessidades comuns aos seres humanos. Assumiu como pressupostos a existência de uma natureza humana universal, possível de ser conhecida pela Razão; essencialmente diferente e superior ao resto da realidade e, em razão disso, cada indivíduo possui uma dignidade absoluta e irreduzível, a exigir a satisfação de suas necessidades mais vitais, de forma igualitária (BOAVENTURA SANTOS, 2003, p. 439).

Para Bobbio (2004, p. 36) não há um fundamento absoluto, nem mesmo a natureza humana universal, capaz de justificar a existência de direitos irresistíveis, porque os direitos nascem e adaptam-se a circunstâncias históricas, como as novas demandas sociais, o exercício do poder político e as transformações técnicas dos meios de efetivação.

Entretanto, a Declaração Universal de 1948 foi celebrada sem a participação da maioria dos povos, razão pela qual se verifica uma profunda resistência na aceitação de alguns dos direitos humanos incompatíveis com determinadas Culturas. Na verdade, a idéia de “direitos humanos” representa uma imposição bem sucedida de uma visão de mundo local, constituindo-se em mais um fator de choque entre as civilizações (BOAVENTURA SANTOS, 2003, p. 435).

O compartilhamento de conteúdos e valores através dos direitos humanos não é, e não pode ser, totalmente consensual, haja vista o multiculturalismo e a natural divergência de pensamentos que ocorrem no seio das sociedades. Admitir um consenso unânime consubstanciado nas normas que os consagram só pode ser fruto da opressão, além de violar a autodeterminação dos povos (TASSARA 1992, p. 63).

Por isso, cada Estado é livre para positivizar internamente os direitos humanos¹⁰ que entende necessários e adequados para a vida social através da Constituição, que é o seu estatuto identitário, onde os valores e expectativas compartilhados pela sociedade são explicitados (WEILER, 2004, p. 112). A razão de ser do Estado contemporâneo é garantir a efetivação desses direitos fundamentais dos seus cidadãos, porque são o alicerce da ordem política e, em seu conjunto, identificam a essência do regime e do próprio ordenamento jurídico (MORAL, 2004, p. 508).

O momento constituinte, quando são definidos os direitos fundamentais e instituídos os mecanismos de sua efetivação, é sede das questões mais controvertidas da sociedade, onde atuam forças heterogêneas. Os direitos são incorporados pelo ordenamento jurídico estatal unicamente se respondem às demandas sociais determinadas, ainda que em caráter prospectivo, e também se são conformes aos valores professados pela Cultura reinante (MORAL, 2004, p. 507). Por essa razão, os direitos fundamentais são considerados mais do que simples direitos subjetivos: na verdade são normas objetivas de princípios e decisões axiológicas que possuem eficácia em todo ordenamento jurídico (SOARES, 2003, p. 410).

Cada Constituição é o retrato da sociedade que a produziu¹¹, e os direitos reconhecidos como fundamentais devem ser historicamente contextualizados, a partir dos seus elementos informadores: antropológico, que são as necessidades que decorrem da condição humana e geram exigências éticas; o elemento axiológico, que afirma a extensão, finalidade e conteúdo dos direitos, e o aspecto jurídico, que determina a sua intersubjetividade, impedindo a adoção de uma concepção individualista de direitos (MORAL, 2004, p. 502). Mais do que um documento jurídico, Constituição é o espelho do legado cultural de um povo, e explicita o seu modo específico de existência: por isso, quando os direitos fundamentais são positivados, em geral já encontram o contexto social adequado ao seu surgimento.

Os direitos fundamentais podem ser positivados de quatro maneiras: como normas programáticas definidoras de tarefas e fins do Estado, em normas de competência, como garantias institucionais ou como direitos (CANOTILHO, 2001-b, p. 37-38).

No Brasil muitos direitos fundamentais foram positivados em normas constitucionais programáticas, caracterizando a CF/88 como “dirigente”, uma vez que define os fins e objetivos para a sociedade e para o Estado, planejando um futuro ideal e servindo de orientação permanente da atuação estatal (BERCOVICI, 1999, p. 37-40). A realização do

¹⁰ Essa idéia de que os direitos fundamentais são direitos humanos positivados na Constituição é compartilhada por Galuppo (2003, p. 233).

¹¹ Fraçois Ost (2004, p. 29) afirma que as Constituições narram a evolução política das comunidades, como mitologias contemporâneas.

programa constitucional, e conseqüentemente a efetivação dos direitos fundamentais nele contemplados, depende da confiança e da vontade política dos agentes e órgãos competentes, bem como de uma atuação transparente e definição clara das linhas de ação.

Também é possível identificar e deduzir direitos fundamentais a partir das competências estatais e, por outro lado, conceber a organização estatal, com seu organograma e competências, voltada para a efetivação desses direitos, os quais acabam por moldar o desenho institucional do Estado (LAPORTA, 2001, p. 470-476).

Os direitos fundamentais podem ser positivados através de garantias institucionais, obrigando o legislador a proteger a essência das instituições (família, saúde pública, administração local) e adotar medidas condizentes com o seu “valor social eminente”. Ou positivados como direitos subjetivos públicos, inerentes ao espaço existencial do cidadão, tal como ocorre no rol do artigo 5º da Constituição Federal.

Não existe uma diferença ontológica entre o que se denomina “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, visto que ambos encerram em seu conteúdo a consagração e defesa das necessidades vitais dos indivíduos, que são os pressupostos elementares de uma vida digna e livre (BONAVIDES, 1990-91, p.2).

Na verdade ambos representam uma convergência entre os outrora dicotômicos âmbitos da Moral e do Direito, pois muitos Tratados de Direitos Humanos incorporaram como normas princípios morais e, por outro lado, os direitos fundamentais representam a institucionalização de ideais morais, consagrados no tempo e no espaço pelas Constituições (GOMES, 2003, p. 118). Os direitos humanos e os direitos fundamentais representam o limite e a reação contra o arbítrio do poder político (liberdades), a busca pela igualdade através da atuação positiva dos Estados no âmbito social, como elemento transformador da realidade, bem como a garantia da qualidade de vida e da coexistência solidária entre todos.

Há, sim, uma diferença quanto à forma de positivação visto que os direitos humanos são consagrados em diplomas legais, ou não, de cunho internacional enquanto que os direitos fundamentais são aqueles encontrados no Direito Interno, nas normas constitucionais e, também para quem assim admite, nas normas infra-constitucionais. Os direitos fundamentais gozam de maior positividade porque os direitos humanos geralmente são previstos em normas internacionais como as Declarações e Convenções, tidas como *soft law*, o que não autoriza considerá-los como meras exortações morais.

Há também uma diferença quanto ao grau de concretude, o que decorre da densidade normativa dos instrumentos que consagram a ambos. Enquanto que os direitos humanos em geral são previstos em normas de baixa da densidade normativa (*soft law*), os

direitos fundamentais são consagrados pelas Constituições dos Estados que, não obstante eventualmente possam conter normas de eficácia contida, possuem aplicabilidade mais direta e imediata que as normas internacionais. Na CF/88, os direitos fundamentais podem possuir três origens: constar do catálogo dos direitos fundamentais; ou serem deduzidos do regime constitucional e dos princípios, ou ainda, estarem previstos em Tratados internacionais (VELLOSO, 2003, p. 347).

Ao final, diferença e igualdade podem ser apenas uma questão de ênfase: os direitos humanos e os direitos fundamentais têm em comum a sua razão de ser, que é servir de fronteira ao intolerável (TASSARA, 1992, p. 71), representando o limite da dignidade humana que, sem a proteção de conteúdos essenciais, seria irremediavelmente violada. Porém, em relação aos primeiros, os direitos fundamentais têm a virtude de já nascerem traduzidos para a realidade social, atual ou desejada, em que serão efetivados.

1.2 Sobre os direitos fundamentais e seu significado para a vida em sociedade

Os direitos fundamentais são espécies de direito subjetivo, ou seja, um poder conferido pela norma ao sujeito de Direito sobre determinado bem da vida, capazes de garantir as condições mínimas necessárias à existência humana digna, cuja diferença específica está na qualidade da intangibilidade pelo legislador ordinário, garantida formalmente através de sua inclusão entre as cláusulas pétreas constitucionais (MARTINS NETO, 2003, p.78).

Entretanto, não são fundamentais apenas aqueles abrangidos pelo artigo 60, §4º da CF/88, admitindo-se como tal todos aqueles previstos no Título II da Constituição, inclusive os previstos no artigo 7º e 8º e os direitos implícitos previstos no artigo 5º, §2º da Magna Carta¹². A consequência prática desse entendimento é admitir a existência de direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, em face do caráter exemplificativo do rol contido nos artigos 5º, 6º, 7º e 8º da Constituição Federal, possibilitando ao intérprete e aplicador do Direito buscá-los em outras disposições constitucionais¹³.

Do ponto de vista material um direito pode ser fundamental se corresponder a uma necessidade. Para Robert Alexy (1999, p. 61) a “fundamentalidade” diz respeito ao conteúdo dos direitos, pois cada um deles corresponde a uma carência ou necessidade que é garantida

¹² Compartilhando desse entendimento, Sarlet (2004, p. 172), Krell (2002, p. 49).

¹³ Nesse sentido, Sarlet (2004, p. 89), quando afirma poder equiparar direitos fora do catálogo constitucional aos direitos fundamentais, agregando-os à Constituição material, e Branco (2000, p. 160).

ou protegida pela coercitividade do Direito. Quando essa carência ou necessidade, ao ser inobservada ou desatendida significa a morte, privação ou sofrimento graves, ou toca o núcleo essencial da autonomia do indivíduo, pode-se constatar se é ou não fundamental.

O termo “necessidade” pode ser definido como uma carência ou desejo, de natureza física ou social. Embora os indivíduos sejam diferentes, e por isso tenham diversas necessidades reais ou artificiais, a sociedade que os engloba homogeneiza as personalidades e, em certa medida, nivela as necessidades (CARONE, 1992, p.92). O conceito material considera que os “direitos fundamentais” são aqueles atribuídos pela norma aos indivíduos, de forma a lhes garantir as condições mínimas de uma existência digna. Ou seja, representam o reconhecimento de *necessidades* que devem ser regulamentadas pelo Ordenamento Jurídico na forma de direitos subjetivos.

Exatamente por representarem as mais importantes necessidades do indivíduo e da sociedade, os direitos fundamentais concretizam os valores que mais lhes são caros, tornando-os por isso intangíveis. Embora possam variar de acordo com o contexto histórico e social, será fundamental o direito que representar os pressupostos de uma existência digna do ser humano, sem os quais não há realização, convivência ou sobrevivência possíveis.

Pode-se perceber que os direitos fundamentais desnudam os principais anseios, expectativas e perspectivas dos indivíduos e da sociedade. Sua importância é manifestada juridicamente pelas características que geralmente lhes são reconhecidas, indicativas de sua posição privilegiada no Ordenamento: a consagração em normas constitucionais, inalienabilidade e a justiciabilidade; eficácia reforçada frente aos demais direitos previstos na Constituição, em razão do princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia, previsto pelo artigo 5º, §1º da CF/88 (SARLET, 2004, p. 265), e seu efeito irradiante, já que os direitos fundamentais quando concebidos como valores irradiam-se para todos os campos do Direito, vinculando inclusive os particulares, para proteger as pessoas da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, hoje difusos na sociedade (SARMENTO, 2003, p. 2005).

Vinculando a existência dos direitos fundamentais a necessidades reais e prementes dos indivíduos e coletividades, impõe-se reconhecer o seu caráter universal, considerando que os direitos fundamentais dizem respeito à própria condição humana, que é compartilhada por todos, com a liberdade e a dignidade que lhes são inerentes (BONAVIDES, 2002, p. 515)¹⁴, evidenciando ainda o seu caráter histórico e relativo, já que os direitos nascem em certas circunstâncias de luta em defesa de novas demandas contra velhos poderes,

¹⁴ A mesma idéia é exposta por João Batista Lanari Bo (2003, p. 146) ao afirmar que o universal são aquelas singularidades que fazem pressentir a unidade da Humanidade.

aparecem de forma gradual e gradualmente o seu conteúdo vai sendo explicitado (LAFER, 2004, p. 25).

Como o Estado efetivará a satisfação das necessidades individuais e coletivas? Em primeiro lugar, por um comportamento omissivo, abstendo-se de interferir naquele âmbito das liberdades individuais; depois, através de prestações positivas para efetivar os direitos ditos “sociais”, ou de “segunda geração”; e, finalmente, agindo conjuntamente aos membros da sociedade, com base na solidariedade e na cooperação que devem presidir as relações humanas, que correspondem a terceira e quarta gerações de direitos.

1.3 Importância e significado cultural dos direitos fundamentais

A legitimação do Estado hoje não se assenta na raça, língua ou em uma Cultura imposta, mas no compartilhamento e aceitação de valores e princípios comuns pelos indivíduos e grupos, a despeito de suas diversidades (ROLLA, 2004, p. 135). Por outro lado, falar em direitos fundamentais é indagar sobre o papel do Estado democrático contemporâneo, pois sua razão de existir é buscar a efetivação máxima desses direitos, que se transforma na medida de sua legitimidade (BONAVIDES, 2002, p. 4). Como bem destaca Bonavides (2002, p. 534), a interpretação dos direitos fundamentais depende da concepção de Estado e de cidadania, cristalizados em uma ideologia, sem a qual seriam ininteligíveis.

Os direitos fundamentais são elementos de suma importância no Ordenamento Jurídico porque são os pressupostos elementares de uma vida digna e livre (BONAVIDES, 1990/1991, p. 1), explicitada através das suas três funções: estrutural, legitimadora e hermenêutica. A função estrutural decorre da circunstância de que os direitos fundamentais são a condição de existência do Estado Democrático de Direito e determinam o seu desenho institucional, que deve ser voltado à sua efetivação através de políticas públicas.

A função legitimadora decorre do fato de que os direitos fundamentais são um parâmetro de aferição da legitimidade do poder estatal e da própria ordem constitucional, além de servirem de limites explícitos e implícitos ao exercício dos poderes estatais compondo, junto à forma de Estado, ao sistema de governo e à organização do poder, o núcleo material da Constituição (SARLET, 2004, p. 68). Não se pode olvidar que o Estado é uma máquina criada para buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais, e nisso reside a sua legitimidade (CLÈVE, 2003, p. 388).

Em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais possuem a eficácia vinculante formal e institucional de delimitar o exercício dos poderes públicos, não só porque estão excluídos da sua esfera de disponibilidade, mas também por fixar deveres de atuação para garantir as condições mínimas de existência digna do ser humano, que são o pressuposto material de sua efetivação. Como destaca Garzón Valdés (1999, p. 150), os direitos fundamentais são o umbral mínimo de negociação entre a sociedade, os poderes constituídos e o indivíduo, aquém do qual não há legitimidade possível.

A função hermenêutica dos direitos fundamentais decorre da sua eficácia irradiante pois, no Direito Brasileiro, possuem o caráter principiológico e axiológico, permitindo concebê-los não apenas como meros limites ou imposições à atuação estatal, mas um verdadeiro critério hermenêutico através do qual é aferida a legitimidade e a licitude da conduta dos entes públicos e dos particulares (SARMENTO, 2003, p. 256).

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais ocorre porque a Constituição Brasileira está impregnada de valores humanísticos, os quais devem permear toda a elaboração e interpretação da legislação inferior, realizando uma verdadeira filtragem constitucional, e se faz manifesta especialmente na determinação dos conceitos indeterminados.

Reconhecer o caráter axiológico dos direitos fundamentais implica afirmar que a sua interpretação é baseada em valores e estimativas, com duas conseqüências destacadas por Sarmento (2003, p. 272): primeira, os valores devem ser historicamente considerados, o que condiciona o conteúdo dos direitos fundamentais às correntes valorativas de cada época; e, em segundo lugar, deve-se considerar que as tradições nem sempre são favoráveis à sua criação ou efetivação, razão pela qual devem ser considerados como normas obrigatórias, sem o que padecerão de inefetividade. É exatamente neste contexto desfavorável que os direitos fundamentais apresentam a sua importância como fator de desenvolvimento e aperfeiçoamento das instituições sociais, como um elemento transformador.

Quanto ao significado cultural, os direitos fundamentais representam conquistas civilizatórias, explicitando e transformando o modo de vida da sociedade, além de permitirem a proteção de grupos específicos, mais vulneráveis, como as minorias étnicas, religiosas, que devem ser protegidos e também beneficiados com políticas públicas.

O conjunto dos direitos fundamentais são um indicador de desenvolvimento, e sua realização progressiva viabiliza a melhoria das condições de vida de indivíduos ou grupos. Evidentemente, não se trata de impor um modelo de desenvolvimento social, econômico e

cultural, mas de assegurar a cada Estado e aos povos o poder de se desenvolver segundo as suas tradições.

Infelizmente, o progresso moral não é mensurável e não tem os mesmos indicadores claros do progresso técnico e científico, como destaca Bobbio (2004, p. 70), razão pela qual a existência de direitos e sua efetiva realização podem servir de termômetro. A ampliação quantitativa e qualitativa de direitos fundamentais, e sua indispensável concretização, refletem a melhoria das condições de vida dos cidadãos, de forma gradual, contínua e não reversível (pela proibição do retrocesso).

Uma vez estabelecidos, os direitos fundamentais podem exercer as funções sugestivas, apelativas, educativas e conscientizadoras para os cidadãos e os poderes públicos, expressando o desenvolvimento cultural e fundamentando as esperanças de aperfeiçoamento social (KRELL, 2002, p. 28-29). Nesse contexto, a atuação subsidiária da sociedade civil é fundamental para superar a inadequação das estruturas burocráticas estatais, com fundamento na reciprocidade entre cidadãos e na cumplicidade social (CANOTILHO, 2001-a, p. 114).

Por isso, ao lado da defesa das posições instituídas, os direitos fundamentais exercem funções instituintes de significações sociais, devendo ser fortalecidos através da permanente rememoração que permite mantê-los e aperfeiçoá-los (OST, 2004, p. 23).

1.4 Importância e significado da Cultura para os direitos fundamentais

A interpretação de normas jurídicas é realizada a partir de uma determinada concepção de “Direito”. Para a Dogmática jurídica clássica, a interpretação é uma atividade eminentemente lógica, que se utiliza de critérios formais (*Lex Superior*, *Lex Posterior*, *Lex Specialis*) e valores sistêmicos para determinar o sentido e o alcance das normas jurídicas, conforme entendimento corrente entre os juristas, a partir da análise do texto normativo (método gramatical), da sua coerência interna (método lógico), da sua consistência com outras normas do Ordenamento Jurídico (método sistemático), da sua contextualização (método histórico) e da fixação da sua finalidade (método teleológico), que podem ser utilizados sucessiva ou simultaneamente, especialmente porque nenhum deles é, em si, suficiente ou infalível.

Entretanto, ao aplicar uma norma, o intérprete não segue apenas as regras da Lógica tradicional: a Lógica aplicável à resolução dos conflitos humanos, que exigem uma

razão impregnada de perspectivas estimativas e critérios valorativos, depende diretamente do contexto sócio-cultural em que se insere a norma (SOSA, 1997, p. 221):

Tratar formas *a priori*, isto é, essências necessárias e universais por métodos de lógica, gnoseologia e ontologia formais, parece sem dúvida adequado e correto. Entretanto, resulta superlativamente discutível, com certeza gravemente errôneo, aplicar estes mesmos métodos ao tratamento dos conteúdos jurídicos, da matéria empírica que se originou em certo lugar e em certo tempo, em função de necessidades históricas e em vista de certos fins particulares¹⁵.

Portanto, o conteúdo jurídico de uma interpretação, e sua adequação ao conflito concreto, não pode ser obtido através de uma lógica puramente matemática, dependendo sua validade de uma conformidade técnica (quanto à subsunção correta do fato à norma e à determinação precisa da extensão dos direitos e deveres) e também de uma conformidade aos valores jurídicos do corpo social, que se encontram abrangidos pelo patrimônio cultural.

Atenta a essas necessidades, a Hermenêutica Constitucional, essa maneira especial de interpretar, significa uma mudança radical de métodos de interpretação pois até então, para os positivistas, ela consistia em fazer um juízo dedutivo, de subsunção das normas aos fatos. Com a razoabilidade e a proporcionalidade há um juízo indutivo, partindo de um conflito de princípios/direitos fundamentais verificado concretamente, sendo passível a solução de ser generalizada mas não formalizada.

Superando os tradicionais critérios dogmáticos, o método indutivo, proporcional e razoável de solucionar conflitos, permite ao intérprete dar conta da equivocidade dos princípios constitucionais, em verdade o reflexo do pluralismo de idéias e tensões que existem na sociedade, reconstruindo de forma contextualizada o sentido da norma através da ressignificação. Nesse processo interpretativo é ideal combinar os métodos tradicionais com o método tópico¹⁶, dada a necessidade de perquirição permanente da realidade social e da composição interesses sociais heterogêneos (BONAVIDES, 2002, p. 452).

A Hermenêutica Constitucional, e conseqüentemente a interpretação de direitos fundamentais, é caracterizada pelo pluralismo de métodos de interpretação que, além dos

¹⁵ Tradução própria. No original: “tratar formas *a priori*, esto es, esencias necesarias y universales por métodos de lógica, gnoseología y ontología formales, parece sin duda adecuado e correcto. En cambio, resulta superlativamente discutible, con seguridad gravemente erróneo, aplicar esos mismos métodos al tratamiento de los contenidos jurídicos, de la materia empírica que se originó en cierto lugar y en cierto tiempo, al conjuro de unas necesidades historicas y en vista de ciertos fines particulares”.

¹⁶ A tópica também pode ser tratada como uma técnica indutiva muito útil na determinação de conceitos polissêmicos ou indeterminados e na concretização de valores, além de permitir a atualização da norma frente às mudanças sociais (LEITE, 2002, p.44, 69).

tradicionais acima referidos (gramatical, lógico, sistemático, histórico e teleológico), utiliza o direito comparado, o método empírico, a interpretação conforme, entre outros. Como bem destaca Callejón (2004, p.246), a norma constitucional tem estrutura peculiar, e sua amplitude e generalidade exigem a adoção de diversos métodos interpretativos: a unidade metodológica da Hermenêutica Constitucional não exige e nem significa a unicidade de métodos, mas a sua congruência na interpretação¹⁷.

Ora, a Constituição é um produto da Cultura porque os significados e categorias das suas normas só podem ser interpretados em consonância à realidade social, que é cultural, além do que os valores constitucionais têm origem sócio-cultural (LÓPEZ, 2004, p.150). Como ressalta Umberto Eco (1997, p. 28), todo texto é uma imagem do mundo e possui um conteúdo mínimo que não pode ser contrariado pelo intérprete sob pena de incorrer em “superinterpretação”, pois as palavras têm um sentido convencionado, o que pode ser aplicado também ao texto constitucional.

Por outro lado, a modificação da realidade social pode acarretar uma mudança na interpretação do texto constitucional, e a conseqüente necessidade de adaptá-lo para evitar a sua ruptura (FIGUEIREDO, 2004, p. 123). Portanto, a interpretação dos direitos fundamentais é condicionada pelo contexto cultural, não só porque é a realidade social quem forja os valores em que tais direitos baseiam-se, mas porque o intérprete é um sujeito “situado”¹⁸ e possui toda uma bagagem cultural que forma a sua “pré-compreensão” (FIGUEIREDO, 2004, p. 124; COELHO, 2000, p. 14), reflexo do seu tempo e da sua Cultura. Por isso, vale a advertência de Sarmiento (2003, p. 304), ao afirmar que:

...Conquanto carregue valores substantivos e transporte programas, a Lei fundamental deve ser dotada de plasticidade material suficiente para abrigar ideologias e cosmovisões diferentes, sem optar de modo definitivo por nenhuma delas. Sob esse prisma, os direitos fundamentais não devem significar o engessamento da sociedade, cabendo-lhes, ao inverso, catalizar o debate entre idéias e projetos divergentes, convertendo-se com isso em instrumentos de promoção do pluralismo.

A Hermenêutica Constitucional, mais do que descobrir o sentido e o alcance do texto normativo, deve perquirir o significado social da aplicação da norma constitucional,

¹⁷ Não existe uma regra técnica capaz de apontar qual ou quais os métodos adequados à interpretação mais eficaz em cada caso. Entretanto, o contexto cultural em que a norma jurídica atua pode antecipar o seu sentido ao intérprete, desde que esse esteja em sintonia com a realidade social (STRECK, 2003).

¹⁸ Tem razão Streck (2003, p. 108) ao afirmar que a tradição em que nasce o indivíduo condiciona a sua concepção de mundo e, conseqüentemente, a interpretação que faz das normas jurídicas: a inefetividade dos direitos fundamentais verificada no Brasil pode ocorrer porque esses são interpretados com velhos e inservíveis paradigmas. Além disso, não se pode esquecer que a própria interpretação tem um conteúdo tradicional, revelado através dos adágios e dos brocardos jurídicos.

como fator de desenvolvimento sócio-cultural. A efetivação máxima dos direitos fundamentais, que representam conquistas civilizatórias, é o instrumento mais adequado à realização dos valores mais caros à sociedade brasileira, em especial do princípio da dignidade da pessoa humana, que se realmente perseguidos poderiam provocar uma profunda alteração da realidade social.

É importante, também, destacar que essa realidade social é multiforme, multicultural, onde todos devem ser igualmente acolhidos e contemplados para realizar o ideal da sociedade justa, fraterna e solidária, razão pela qual a interpretação e a concretização dos direitos fundamentais também não se dará de maneira uniforme.

O Poder Judiciário tem um importante papel na interpretação e efetivação dos direitos fundamentais, não só porque lhe cabe a guarda da supremacia constitucional na via concentrada ou difusa, mas também pela sua atuação na solução de conflitos e, por que não, na fiscalização das políticas públicas, ou da falta delas. Cabe-lhe fazer cumprir as políticas estabelecidas nas leis ordinárias e na Constituição, exercendo uma função sócio-terapêutica e de promoção dos direitos fundamentais, a partir de sua própria reinvenção estrutural e cultural e mudança dos seus paradigmas interpretativos, alijando-se do atual formalismo mantenedor do *status quo* para atuar como construtor, arquiteto, da melhoria das condições sociais (KRELL, 2002, p. 109).

Não se pode olvidar, como bem destaca Hesse (1991, p. 15), que além das condições naturais, técnicas, econômicas e sociais, a norma jurídica ainda depende de condições espirituais, ou seja, das concepções sociais concretas e do conjunto axiológico que influenciam a sua conformação, interpretação e a efetividade. É preciso, portanto, que o Poder Judiciário e os tradicionalmente denominados aplicadores do Direito tenham a “vontade de Constituição”, compreendendo a necessidade e o valor de uma ordem jurídica em permanente legitimação pelos fatos e pelos anseios da sociedade, e que por isso deve ser ao máximo efetivada.

O Supremo Tribunal Federal, em que pese a sua condição de órgão de cúpula, hesita na efetivação dos direitos fundamentais por dois motivos apontados por Baracho Júnior (2003, p. 339): a turbulência institucional que o assola desde 1890, impediu de criar uma jurisprudência consistente na área dos direitos fundamentais; e a forma de indicação dos Ministros, excessivamente vinculados ao Poder Executivo, dá à Corte uma feição autoritária e excludente.

O Poder Judiciário Brasileiro aplica a auto-restrição do seu poder no tocante ao controle da legalidade e efetividade das políticas públicas de realização dos direitos

fundamentais (BARACHO JÚNIOR, 2003, p. 344), em um suposto respeito ao princípio da separação dos poderes. Como bem destaca Costa (2004, p. 70), tal princípio na verdade **pressupõe**, não proíbe, a ingerência de um poder sobre outro como forma de controle, razão pela qual o Poder Judiciário deve atuar para, realizando a vontade constitucional, superar as políticas de contingência, evitando rupturas no contínuo da efetivação dos direitos fundamentais. Além disso, é preciso atentar para a circunstância, destacada por Bonavides (2002, p. 23) de que o princípio da separação dos poderes, como técnica aparentemente neutra de organização das funções estatais, encobria valores ideológicos, políticos, doutrinários e filosóficos do pensamento liberal, cuja historicidade é impregnada de interesses concretos, os quais hoje já se modificaram com o advento do Estado Social.

A CF/88 possui um programa permanente de ações públicas, que são executadas através dos agentes políticos eleitos. Portanto, o Poder Judiciário deve estar apto a exercer um controle real sobre a efetividade dessas políticas públicas, que pode ser aferida pela análise de dados objetivos como a quantidade de cidadãos atendidos, a conformidade entre as metas e os cronogramas fixados, a qualidade de atendimento conforme critérios pré-estabelecidos, entre outros.

Para tornar efetivo o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário é preciso atentar para três aspectos:

a) As políticas públicas, que são concebidas para realizar um programa estabelecido pela Constituição, devem ter uma formulação clara, minuciosa e coerente das ações e dos **resultados** que se pretendem efetivar, o que depende diretamente de um diagnóstico suficiente da realidade em que se pretende intervir.

Apenas com um diagnóstico adequado é possível responder às perguntas básicas para a concepção de políticas públicas eficientes: quantos cidadãos é preciso atender? Qual a estrutura do serviço será adequada? Que tipo de serviço será prestado? Qual sua frequência? Quais os parâmetros considerados ótimos para aferir a efetividade da política desenvolvida? Quantos recursos financeiros, humanos e materiais são necessários à prestação do serviço? Sem responder essas questões corretamente, que são base de qualquer planejamento estratégico eficaz, os serviços públicos do Brasil continuarão a ser subdimensionados, mal geridos, a população continuará enfrentando filas intermináveis, ou seja, sem a capacidade de transformação que lhes é inerente.

b) Com políticas públicas bem planejadas, transparentes e viáveis, o Poder Judiciário tem condições de validamente verificar a sua adequação e efetividade, inclusive do ponto de vista da disponibilidade material e jurídica de recursos financeiros, abrangidos pela

denominada “reserva do possível”. É evidente: para saber o que é possível, é preciso primeiro determinar o que é necessário e quais são os recursos disponíveis para atender às necessidades e, principalmente, se o juízo administrativo de prioridades é conforme aos desígnios constitucionais, caso contrário os direitos fundamentais não passarão de promessas piedosas e irrealizáveis (NABAIS, 2005, p. 12).

c) Indispensável também é a criação de instrumentos de controle eficientes, para fixar os padrões de desempenho mínimos aceitáveis, eventualmente punir agentes públicos e evitar que sejam perpetrados atos lesivos (BARCELLOS, 2005, p. 103).

Entretanto, o próprio Poder Judiciário passa por uma crise de identidade e de desempenho, que para ser resolvida precisa de uma redefinição do seu papel institucional e da melhoria da prestação do serviço jurisdicional, com maior qualidade e velocidade das decisões.

Para Mello (2004, p.287), a redefinição do papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais é uma questão de equilíbrio entre a sua função decisiva de garantir a “vida boa”, o “bem comum”, previstos na CF/88 e o princípio republicano da separação dos poderes. Entretanto, não se pode perder de vista a razão de ser da existência do Estado Brasileiro, e conseqüentemente dos poderes que o compõem, é a realização mesma do bem-estar e de uma sociedade desenvolvida, justa e solidária, e a interpretação que restringe a atuação do Poder Judiciário na realização desses objetivos constitucionais é desconforme e equivocada. Também o Poder Judiciário precisa realizar um planejamento estratégico eficaz dos seus próprios serviços, de modo a que a sociedade possa aferir se os recursos públicos expendidos, a sua estrutura e a qualidade são satisfatórias.

A interpretação da Constituição encontra-se impregnada de estatalidade e formalismo, entretanto, evidentemente o Poder Judiciário não é o único e nem o mais “digno” intérprete dos direitos fundamentais, e nem a Constituição é monopólio de juristas especializados. É preciso expandir o círculo de intérpretes dos direitos fundamentais, permitindo a sua apropriação pelos cidadãos, o que exige a existência de instituições sociais sólidas voltadas à realização de uma educação jurídica e política contínua e consistente, ou seja esforços específicos, a fim de permitir a inclusão dos cidadãos na realidade constitucional.

Os operadores ou aplicadores do Direito não são apenas as pessoas que exercem funções jurídicas, mas todos aqueles que são destinatários da ordem jurídica e precisam, mais do que conhecer, viver as normas. Portanto, a questão da interpretação dos direitos fundamentais não se restringe só à busca pelo melhor método interpretativo, mas também pela

correta avaliação da importância dos pontos de vista e interesses dos mais variados indivíduos e segmentos que formam uma sociedade pluralista e fraterna como se declara a brasileira, garantindo-lhes meios eficientes de manifestação (HÄBERLE, 2002, p. 41-44).

Finalmente, é preciso destacar que todos os direitos fundamentais estão interligados porque a satisfação de um pode contribuir para a satisfação de outros. Exatamente por possuírem uma ligação sistêmica e dialética e o comprometimento recíproco na efetivação exigem uma concretização contínua, que caracterizam a própria evolução civilizatória de uma sociedade (SCHÄFER, 2005, p. 67). Entretanto, esse avanço está condicionado ao permanente questionamento e revisão do passado, só possível através da memória social que é a guardiã dos modos de fazer e viver, e porque não, da própria identidade do povo, como será visto nos capítulos seguintes.

2. CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MEMÓRIA

Aqui, mesmo as montanhas parecem repousar apenas sob a luz das estrelas; são elas lenta e secretamente devoradas pelo tempo; nada é para sempre, a imortalidade abandonou o mundo para encontrar um incerto abrigo na escuridão do coração humano, que ainda tem a capacidade de recordar e dizer: para sempre (ARENDT, Hannah, 2005, p.73).

O conceito material de direitos fundamentais vincula-se ao reconhecimento normativo e à garantia das necessidades básicas dos indivíduos, que devem ser atendidas sob pena de violar-se a dignidade humana. Neste capítulo, demonstrar-se-á que a memória é uma necessidade básica do indivíduo e da coletividade, justificando a sua inserção no rol dos direitos que compõem o mínimo existencial digno, bem como caracterizar o direito à memória a partir do seu conceito, com a demonstração de sua justificativa dogmática e da principiologia que rege a sua aplicação.

2.1 A Memória: uma necessidade individual e coletiva fundamental

A memória¹⁹ pode ser definida como o processo seletivo de retenção e utilização contínua de idéias, impressões, imagens, conhecimentos e experiências adquiridos e vividos anteriormente. Como destaca Aristóteles (1989, p. 690):

Memória é, portanto, nem percepção nem concepção, mas sim um estado de afeição de um destes, condicionados por um intervalo de tempo. Como já observamos não existe memória do presente no presente, pois o presente é objeto apenas de percepção, e o futuro de expectativas, porém o objeto da memória é o passado. Toda memória, portanto, implica um intervalo de tempo. Conseqüentemente apenas os animais que percebem o tempo lembram e o órgão no qual percebem o tempo também no qual eles lembram²⁰.

¹⁹ A memória também pode ser sinônimo de bem cultural, em sentido material mesmo, confundindo-se com o próprio conceito de patrimônio. Nessa acepção, Padre Manuel Bernardes define memória como o “anel evocador de qualquer fato memorável para a vida de um indivíduo”, assim exemplificando “as anecadas e chuveiros, os anéis e memórias, as jóias”... (MIRANDA, 1962, p. 147). No mesmo sentido material, a palavra “lembrança” pode denotar um presente ou dádiva.

²⁰ Tradução do Inglês: “Memory is, therefore, neither perception nor conception, but a state of affection of one of these, conditioned by lapse of time. As already observed, there is no such thing as memory of the present while present, for the present is object only of perception, and the future, of expectation, but the object of memory is the past. All memory, therefore, implies a time elapsed; consequently only those animal which perceive time remember, and the organ whereby they perceive time is also that whereby they remember”.

Existem, em uma classificação genérica, dois tipos de memória: individual e social (ou coletiva)²¹. A *memória individual* é a capacidade que cada ser humano possui de guardar as experiências vividas e/ou transmitidas, possibilitando o aprendizado e o aperfeiçoamento de objetos e dos modos de fazer e de viver.

Essa memória individual, genética e fisiologicamente determinada, é o resultado de complexos e dinâmicos (ainda não bem explicados) processos bioquímicos, envolvendo hormônios como a vasopressina e a adrenalina, e que ocorrem difusamente em centros cerebrais como a amígdala, o hipotálamo, o núcleo caudato, o hipocampo e o tálamo. Como ressalta Izquierdo (1983, p. 28-30), a lembrança dos efeitos de uma experiência – a memória – é capaz de provocar alterações físico-químicas no indivíduo, tais como variações de pressão, aumento dos batimentos cardíacos e alterações hormonais.

As memórias correspondem às diversas experiências possíveis, e sua aquisição é modulada pelas emoções, pelo nível de consciência, pelo estado de ânimo do indivíduo, bem como por fatores orgânicos como a idade, diversas enfermidades e até mesmo pela nutrição, entre outros (GREGG, 1976, p. 24). O mais correto, então, é afirmar que existem diversos tipos de memórias que variam quanto à função, ao conteúdo e a duração: servem para gerenciar a realidade e contextualizar experiências; registrar fatos, eventos ou conhecimentos, ou ainda, guardar e evocar capacidades e habilidades (IZQUIERDO, 2002, p.22).

Do ponto de vista psicológico a memória confere ao indivíduo a consciência de sua subjetividade, bem como possibilita a sua inserção no corpo social através da identificação cultural. Para determinar o grau de importância da memória para o indivíduo, basta afirmar com apoio em Simone Weil (2001, p. 50) que:

A oposição entre o passado e o futuro é absurda. O futuro não nos traz nada, não nos dá nada; somos nós que para o construir devemos dar-lhe tudo, dar-lhe a nossa própria vida. Mas para dar é preciso possuir, e não possuímos outra vida, outra seiva, senão os tesouros herdados do passado e digeridos, assimilados e recriados por nós. De todas as necessidades da alma humana, não há nenhuma mais vital do que o passado.

Sem a memória, o indivíduo permanecerá em estado de desorientação, podendo desenvolver problemas mentais decorrentes da falta de referencial, que acabam por minar a sua capacidade de conhecer, compreender e criar. Além disso, sem a memória perde-se a

²¹ Cf. Maurice Halbwachs (1990, p.55).

capacidade de realizar projeções²², pois as estruturas cerebrais utilizadas para lembrar o passado são as mesmas para imaginar o futuro (HERCULANO-HOUZEL, 2007, p. 5).

Portanto, reconhecendo com Hannah Arendt (2005, p. 53) que o passado é uma força condicionante da compreensão e da experiência humanas, o indivíduo desmemoriado ou amnésico torna-se um *alienado*, não só pela falta de orientação quanto ao espaço e ao tempo²³, mas principalmente porque não desenvolve a identidade consigo mesmo.

No âmbito social, a memória compartilhada resulta de uma necessidade de associação dos indivíduos, formada a partir de afinidades e transmitida pela comunicação, com o intuito de obter apoio mútuo (IZQUIERDO, 2002, p. 11). A falta da memória coletiva levaria à destruição dos valores, crenças e normas de conduta forjadas no curso da História de cada povo, minando assim o alicerce das suas instituições (BAEZA, 2004, p. 3).

Em que pese a classificação, não existe uma contraposição entre a memória individual e a coletiva porque os indivíduos não são seres isolados: existe uma dimensão individual da memória, condicionada pela fisiologia e subjetividade do indivíduo, mas que deve ser compreendida dentro de um quadro social (ou vários) onde está inserido. Como bem destaca Maurice Halbwachs (1990, p. 10) é impossível conceber a memória sem considerar os quadros sociais que lhe servem de referência porque existe uma relação dialética entre os grupos humanos e suas representações, e a individualidade é a maneira como cada um interpreta e compreende os conteúdos socialmente compartilhados.

Ou seja, as memórias individuais são produtos dos quadros ou estruturas sociais que antecedem o indivíduo²⁴, e mesmo os pensamentos e sentimentos mais pessoais buscam sua fonte nas circunstâncias sociais que os envolvem (HALBWACHS, 1990, p. 36). Só se pode lembrar o que foi percebido, selecionado e construído, daí porque toda a rememoração do passado é feita por meio de representações adquiridas coletivamente, que são continuamente ressignificadas (SANTOS, 2000, p.92-94).

A *memória social* ou *coletiva* consiste no registro pela sociedade, dos mitos fundadores, relatos, documentos, datas, pessoas e lugares importantes para a vida coletiva (CHAUÍ, 2001, p. 129), e que marcam a coexistência. No âmbito social existe o

²² A saudade é uma dessas projeções, consistindo na expectativa de que algo volte a ser como era. Através dela – a saudade – projeta-se um futuro desejável em função de um passado satisfatório, como se fôra uma memória futura com a expectativa de ser realizada (HERCULANO-HOUZEL, 2007, p.5).

²³ Conforme Whitehead (1994, p. 64) o espaço e o tempo só podem ser separados por uma simplificação de exposição porque aquilo que se pode discernir é o caráter específico de um lugar em um tempo determinado, daí a dificuldade de perceber fatos simultâneos.

²⁴ A mesma idéia nas palavras de Goethe (2006, p.79): “São, meu amigo, os tempos do passado livro lacrado, de mistério infundo. O que chamais de espírito de outrora/ é o espírito que em vossas testas mora, no qual o outrora está se refletindo”.

compartilhamento das experiências dos indivíduos, resultando em uma construção coletiva e dinâmica a partir do equacionamento dialético de valores passados e presentes (JANOTTI; ROSA, 1995, p. 111-112), daí se poder afirmar que a memória social é uma representação compartilhada do passado (ROUSSO, 2005, p. 95).

O conteúdo da memória social será formado por aqueles fatos²⁵ que têm ressonância coletiva, e que se desenvolvem a partir de laços como a família, a escola, a profissão (BOSI, 1994, p. 407), que são instituições, aqui concebidas como estruturas impessoais, com duração maior que a dos indivíduos porque permitem a sua substituição com continuidade, do que resulta a sua estabilidade (HALBWACHS, 1990, p. 123).

A importância da memória social é evidente porque constrói a identidade coletiva de um grupo social e, em segundo lugar, dá sustentação à memória individual porque se constitui em seu quadro de referências, além de permitir ao indivíduo conhecer fatos que não presenciou. As suas funções primordiais em relação à sociedade são sedimentar a coesão social, legitimar as instituições e o exercício do poder, preservar o sistema de valores e padrões de comportamentos responsáveis pela subsistência da sociedade (entre esses as normas jurídicas) e possibilitar a socialização dos indivíduos (HOBSBAWN, 1997, p. 17).

Não se pode esquecer, entretanto, que a memória coletiva não é unívoca. Na verdade existem várias memórias produzidas por coletividades, grupos, que dinamicamente selecionam os fatos que interessam aos seus membros, esquecendo uns e enfatizando outros, com diversa intensidade. O indivíduo encontra-se mergulhado em vários desses grupos distintos, e por isso compartilha de memórias coletivas diferentes, que podem inclusive ser contraditórias (HALBWACHS, 1990, p. 79).

A memória social é pública, e por ser compartilhada consegue sobreviver aos indivíduos, transcendendo-os. É capaz de multiplicar-se e de dinamicamente formar a mentalidade e a perspectiva através da qual os indivíduos conhecem e julgam a realidade, formando os denominados “espírito do povo” e “espírito da época”. Portanto, seguindo esse raciocínio, afirma-se que a memória e a construção de um direito a ela encontram-se vinculadas a duas questões políticas fundamentais: a identidade cultural e a autodeterminação dos povos. Não é por acaso que a partir do século XX foi utilizada como estratégia de luta política dos Estados recém-formados no pelo movimento de “descolonização”.

²⁵ Para Lechner e Güell (2006, p. 18) a memória é um ato do presente e não se refere à cronologia dos fatos, mas no seu significado atual, compondo-se da descrição dos fatos (*res factae*) e da interpretação que deles é feita (*res fictae*).

A possibilidade de escrever uma história alternativa e revisionista é a marca mais evidente da autodeterminação recém-conquistada. Nesse contexto, a memória é mais que a mera transmissão de experiências e tradições através das gerações: na verdade, representa a rememoração afirmativa, ainda que dolorosa, de perseguições políticas, étnicas, religiosas, que fundam a nascente cidadania (PERRONE, 2002, p. 101).

É certo que a legitimidade do Estado está intimamente vinculada à comunhão de sentimento, à unidade moral, mental e cultural vivenciada pela população (REIS, 1988, p. 188). Para verificar o acerto dessa afirmação, basta analisar o histórico de alguns Estados africanos, que foram formados artificialmente na época no novo colonialismo, sem respeito às fronteiras naturais e culturais existentes, obrigando populações que cultivavam ódios intestinos a conviverem sob um mesmo Ordenamento Jurídico. Até hoje, mesmo após a independência, esses Estados encontram-se mergulhados em uma guerra civil sem fim.

Foi essa exigência de legitimação que levou o Estado Nacional a adotar uma concepção de memória capaz de fornecer uma origem comum ao povo pois a comunhão do passado, construída a partir da criação e compartilhamento do patrimônio cultural, permite criar uma identidade singular, que serve de argamassa para a consolidação e o fortalecimento dessa organização política (JARDIM, 1995, p. 3). Como o Estado Brasileiro construiu essa memória social?

Preliminarmente, deve-se ressaltar que em toda a América Latina o passado é marcado de violência e deve ser constantemente amenizado para não perturbar o seu frágil equilíbrio social. Sob a idéia de “evitar excessos ideológicos” os Estados latinoamericanos sempre buscam barganhar com o passado, utilizando a técnica conciliatória e redentora do esquecimento.

A memória coletiva nesses Estados, portanto, é calcada sobre dois alicerces: a construção da versão oficial da História e o esquecimento proposital dos fatos desconformes. A política conciliatória do esquecimento contempla seis elementos bem caracterizados: a produção da memória oficial sem os fatos inadequados, a concessão de anistias, a fabricação do consenso (discurso da superação das ideologias), o simples silêncio sobre fatos conflituosos, a busca da reconciliação nacional e as comemorações das datas cívicas. A sociedade brasileira já presenciou a utilização de todos esses elementos na construção da memória coletiva, como será adiante explicitado.

A memória oficial consiste na construção de uma sucessão de fatos “históricos”, tidos como *importantes* para o desenvolvimento Brasil²⁶, para fornecer um quadro de referências à memória coletiva, delimitando-a, justificando-a e organizando-a. Com isso pretende-se a sua aceitação pelos indivíduos e pela sociedade, que passam a ter uma origem e um destino comum, reforçando o sentimento de pertença dos indivíduos ao grupo, condição *sine qua non* de sua coesão interna, além de demarcar as fronteiras (territoriais e sociais) entre grupos diversos.

A credibilidade, juntamente com a aceitação e a organização, são os grandes desafios da memória oficial, que deve sempre manter um discurso coerente sobre o passado ideologicamente reconstruído, para evitar rupturas de aceitação pela sociedade, o que afetaria a sua identidade (POLLAK, 1989, p. 10).

A imagem construída pela memória oficial deve ser estruturada através de uma política específica, que consiste na produção de discursos organizados em torno de acontecimentos e personagens, concretizados em monumentos, celebrações e instituições guardiãs da memória, tais como arquivos e bibliotecas.

A memória é politicamente muito útil por ser um processo de reconstrução seletiva e eclética do passado, permitindo a sua manipulação para contextualizar o presente. Nos Estados totalitários a utilização ideológica do passado para influir no presente e no futuro é constante, ficando evidente nas grandes comemorações nacionais de datas históricas, que resultam da seleção deliberada de fatos memoráveis a partir de interesses políticos ou éticos (SILVA, 2002, p. 431-432).

Isso não significa que a memória oficial seja sempre e necessariamente dominação, imposição e violência. Mas, em determinados contextos históricos, verifica-se a existência de memórias subterrâneas, ou marginais, mantidas na clandestinidade porque afrontam a ideologia oficial e que, em épocas mais propícias, aparecem sob a forma de reivindicações sociais (POLLAK, 1989, p. 5).

Essa memória clandestina é transmitida através de instituições como a família, as redes de sociabilidade afetiva/política, a Igreja, que se encarregam de transmitir as lembranças proibidas, indizíveis ou vergonhosas. Daí a importância da educação informal para a criação e manutenção da memória social, cuja institucionalização possibilita noções como “duração”, “continuidade” e “estabilidade”.

²⁶ Cf. o item 7.1: A formação da alma brasileira, sobre a invenção da memória social no Brasil.

2.2 A construção da memória coletiva brasileira: o exemplo da anistia

A versão oficial da História do Brasil é um conjunto de mitos conciliatórios feitos para ficar na memória tais como os mitos do “descobrimento” e da “harmonia multiétnica” da população brasileira, acrescidos de boa dose de esquecimento do passado violento e da repressão que em todas as épocas assolaram a sociedade, complementada pela utilização de outros mecanismos como o esquecimento ou ocultamento proposital dos fatos desconformes, a concessão abusiva de anistias, a fabricação do consenso, a busca da reconciliação nacional e as comemorações das datas cívicas.

Por exemplo, a concessão da anistia ampla geral e irrestrita pela Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 traz duas questões fundamentais para o tema pesquisado: como serão escritas as versões da época da Ditadura Militar no Brasil, ou nos versos Gonzaguinha (2007), como será a “memória de um tempo onde lutar por seu direito é um defeito que mata”? Segunda, como serão lembradas as pessoas que lutaram contra e a favor do Golpe militar? Heróis ou baderneiros e terroristas?

Embora não seja o objetivo deste trabalho tratar sobre a anistia, sempre merecedor de um detalhado estudo, faz-se necessário traçar um breve histórico da legislação do período para compreender sua relação com o direito à memória coletiva e individual das pessoas que participaram ativamente desse processo, na condição de “subversivos” ou servidores do Estado.

A repressão promovida pelos agentes públicos a serviço da ditadura militar foi fundamentada principalmente na preservação da segurança nacional. A evolução legislativa desta matéria teve início com o Decreto-Lei nº 314/67, para o qual “segurança nacional” é a luta contra antagonismos internos e externos, especialmente aquelas definidas como revolucionárias, contrárias à soberania ou subversivas, visando à realização dos objetivos nacionais e tipificava condutas criminosas, sendo modificado pelo Decreto-Lei nº 510/67.

O famoso Ato Institucional nº 5/68, amparado nos anteriores, caracterizou a “Revolução” como um processo irresistível, cuja continuidade deveria ser garantida pelo combate aos atos subversivos. Para tanto, o Presidente da República passou a deter competências extraordinárias, como recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e Câmaras dos Vereadores, durante o qual caberia ao Executivo legislar.

Em uma evidente quebra do princípio da harmonia e da autonomia das funções estatais, o Poder Executivo federal passou suspender direitos políticos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, bem como restringiu o exercício do poder

jurisdicional ao excluir da apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com esse Ato Institucional e seus Atos Complementares, além de suspender garantias constitucionais ou legais como a vitaliciedade, a inamovibilidade, estabilidade e o *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Posteriormente, e certamente pela identificação mais precisa dos focos subversivos, o Decreto-Lei nº 477/69 foi específico para infrações praticadas por professores, alunos, funcionários ou empregados de estabelecimento de ensino público ou particular, prevendo em sua maioria penalidades administrativas, como a demissão, a proibição de ser nomeado, admitido ou contratado para cargo ou função de mesma natureza, o desligamento de alunos, a perda de bolsas de estudo e a expulsão de aluno estrangeiro.

O Decreto-Lei nº 898/69 modificou a disciplina anterior estabelecida pelos Decretos-Leis citados, revelando um recrudescimento do aparelho repressivo, especialmente pela previsão de penas ultra-rigorosas, como a prisão perpétua e a pena de morte para os crimes contra a segurança nacional. A Lei nº 6.620/78 também tratou sobre a segurança nacional mas retirou as penas de prisão perpétua e de morte, representando um abrandamento da disciplina anterior.

Com a gradual abertura política, foi editada a Lei nº 6.683/79, denominada Lei da Anistia, regulamentada pelo Decreto nº 84.143/79, que abrangia os fatos praticados no período de 02/09/1961 a 15/08/79. Percebe-se que mesmo antes do Golpe Militar de 1964 havia uma desestabilização da ordem constituída, e esse prazo ainda foi ampliado posteriormente até 5 de outubro de 1988 pela Lei 10.536/2002.

Os destinatários da anistia foram todas as pessoas que cometeram crimes políticos ou conexos com esses, crimes eleitorais, os que tiveram seus direitos políticos suspensos e os servidores da Administração direta e indireta, de fundações vinculadas ao poder público, bem como os servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, militares, dirigentes e representantes sindicais punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. Também foram contempladas as pessoas demitidas por participação em movimentos reivindicatórios ou destituídas de cargos administrativos ou de representação sindical, com extensão do benefício aos dependentes.

A Lei da Anistia previu dois limites: o primeiro, excepcionava os condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal; e o segundo, quanto aos efeitos, não gerava quaisquer outros direitos, inclusive aqueles relativos a vencimentos,

saldos, salários, proventos, restituições, atrasados, indenizações, promoções ou ressarcimentos²⁷.

Finalmente, a Lei nº 9.140/95 reconheceu como mortas as pessoas desaparecidas relacionadas em seu anexo, que foram detidas por agentes públicos sob a acusação de participarem de atividades políticas no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, permitindo a emissão do atestado de óbito e a indenização dos familiares. Posteriormente a Lei 10.536/2002 ampliou as hipóteses de aplicação da Lei 9.140/95 para abranger as pessoas assassinadas em manifestações políticas ou em dependências policiais ou assemelhadas até 5/10/1988, data em que legalmente findou a Ditadura Militar no Brasil.

Esse período da História Brasileira é um rico exemplo da utilização dos mecanismos de violação do direito à memória, bastando citar que as versões dadas para o desaparecimento e morte dos opositores do regime são hoje reconhecidamente falsas, como consta do Relatório elaborado pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (2007), vinculada à Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. Nesse documento o governo federal reconhece e demonstra que os suicídios, mortes em tiroteios e desaparecimentos foram forjados pelos agentes do Estado (cujos nomes são citados expressamente) para encobrir a prática de tortura que ocorria em repartições públicas.

É evidente que tal relatório não é isento de críticas: os militares, por exemplo, destacam a sua unilateralidade, uma vez que não reconhece como vítimas as noventa e nove pessoas que tombaram na luta contra a guerrilha (STUDART, 2007, p. 42). Como se pode constatar, a nova versão da História oficial sobre o período da ditadura militar no Brasil está sendo reescrita, e os seus efeitos e forma final dependerão de grupo ou classe exerce efetivamente o poder simbólico para impor a sua versão dos fatos.

Por outro lado, a anistia em si, como meio de pacificar e reconciliar a sociedade, só pode ser legitimamente utilizada quando não impuser o esquecimento e a escamoteação dos fatos. Não se pode nunca esquecer que a conduta das pessoas denominadas “terroristas e subversivos” foi aferida com base nas normas criadas pela própria ditadura militar, que não podem e não devem servir de parâmetro para a avaliação dessas mesmas condutas em um ambiente democrático. Como bem destacam Flávia Piovesan e Hélio Bicudo (2006):

²⁷ Esse entendimento foi modificado pelos artigos 8º e 9º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88.

O direito à verdade assegura o direito à construção da identidade, da história e da memória coletiva. Serve a um duplo propósito: proteger o direito à memória das vítimas e confiar às gerações futuras a responsabilidade de prevenir a repetição de tais práticas. Sob a ótica republicana e democrática, a releitura da Lei de Anistia e o direito à verdade rompem com o pacto do silêncio e com uma injustiça continuada. Lançam luzes à dimensão sombria de nossa história, na defesa dos direitos à justiça, à verdade e à memória individual e coletiva.

Em síntese, a opção pela reconciliação e pacificação nacional determinou que as pessoas perseguidas e assassinadas pela Ditadura Militar no período de 1961 a 1988 sejam lembradas como vítimas sem algozes. Evidentemente, existem opiniões contrárias à extensão da anistia aos responsáveis pelas torturas e homicídios porque não podem ser equiparados àqueles que lutavam contra um regime de governo ilegítimo, defendendo-se inclusive a revisão da Lei nº 11.111/2005 para permitir o acesso aos documentos sigilosos, capazes de esclarecer os nomes dos envolvidos (CHRISTOFOLETTI, 2007, p. A12), além do que a expressão “crimes conexos” não poderia ser usada para beneficiar os torturadores porque “não se pode falar em conexidade entre fatos praticados pelo delinqüente e pelas ações de suas vítimas” (PIOVESAN; BICUDO, 2006).

Anda mal quem considera a busca pela verdade como uma revanche promovida por indivíduos cheios de rancor, com um insaciável apetite de vingança²⁸ e cuja única finalidade é desestabilizar a Nação e a ordem, como bem destacam Lechner e Güell (2006). A abordagem do problema partindo dessa premissa revela, mais uma vez, uma visão privada da memória, como se respeitasse a indivíduos, quando na verdade é uma luta de toda a sociedade para estabelecer a verdade dos fatos do seu passado.

Outro mecanismo bastante utilizado é o silêncio sobre fatos conflituosos da História Brasileira conseguido de várias maneiras: simplesmente pela diminuição de sua importância, ocultamento ou pela proibição de acessar documentos. Os regimes totalitários do século XX pretenderam a construção da memória unilateralmente, em conformidade aos seus interesses ideológicos e econômicos, suprimindo falhas e transformando fatos, maquiando a realidade e proibindo a investigação: nesse ponto, chega-se ao paradoxo referido por Todorov (2000, p. 13), em que os fatos essenciais para a vida da sociedade são escamoteados e esquecidos, ao invés de memorizados.

²⁸ Vingança e longa memória têm uma associação imediata, porque a primeira depende da segunda. Na Mitologia Grega as deusas da vingança, chamadas de Eríneas ou Fúrias, eram conhecidas pela sua longa memória (OST, 2005, p. 38). Outro exemplo da Literatura é Hamlet, com sua famosa promessa: “Lembrar de ti! Ah, pobre fantasma, enquanto a memória tiver um lugar neste globo alterado”.

O “não-dito”, esses fatos escamoteados, pode também ser apresentado de maneira eufêmica, recebendo o rótulo que melhor convém à formação da memória ou do esquecimento. Por exemplo, para Luciano Oliveira (1994, p. 67-72), a tortura no período militar é um desses eventos “indizíveis”, que ora é negada pelas autoridades a despeito das provas testemunhais e documentais contrárias, ora é apresentada sob a forma do eufemismo como “excessos isolados praticados por pessoas desautorizadas”, e nunca em obediência a ordens superiores. A conclusão dessa postura é a permanência das estruturas e condições sociais que viabilizam e legitimam a tortura em suas mais variadas formas na sociedade, com as inúmeras e sucessivas chacinas, maus-tratos e práticas violentas e autoritárias arraigadas na cultura brasileira, que constituem a sua verdadeira memória.

Entretanto, como bem ressalta Kaufman (2006, p. 56) os temas históricos silenciados tornam-se alvo de curiosidade recorrente, sempre encontrado formas alternativas de explorar, percorrer e conhecer o que foi escondido.

O terceiro mecanismo do silêncio é a impossibilidade de acessar documentos, que também contribui para a deformação da memória porque impede a obtenção de informações. A política de gestão dos documentos e arquivos públicos deve facilitar, e não obstar, o acesso dos cidadãos à informação. Para administrar toda essa documentação foi editada a Lei nº 8159/91²⁹, cujo escopo é instituir uma política para arquivos públicos e privados, instituindo para alguns documentos a categoria de sigiloso por tempo indeterminado.

Depois, o Decreto nº 4.915/2003 instituiu o sistema de gestão de documentos de arquivo da Administração Pública Federal, ou seja, criou procedimentos para a seleção e discriminação daqueles documentos que serão eliminados ou postos sob guarda permanente. Entretanto, mesmo com a existência de normas específicas e critérios para a seleção e guarda, foi amplamente noticiada pela imprensa a destruição de documentos que estavam sob a guarda da Administração Pública.

A interpretação das normas que tratam da gestão de documentos, especialmente da Lei nº 11.111/2005, deve ser sempre orientada pelos princípios constitucionais da moralidade, da publicidade e pelas garantias do acesso à informação e do *habeas data* e, finalmente, pelo direito do acesso às fontes da cultura nacional, previsto pelo artigo 215 e que não se limita às informações de caráter artístico ou científico, por exemplo, mas também dos fatos da cultura política.

²⁹ Regulamentada pelo Decreto nº 2.134/97, revogado pelo Decreto nº 4.553/2002. Posteriormente o Decreto nº 5.301/2004 alterou o Decreto nº 4.553/2002 reduzindo a possibilidade de prorrogação da classificação por apenas uma vez, quando antes era indeterminado.

O sigilo não pode ser um instrumento do encobrimento oficial de delitos, que põe o interesse de grupos, classes e corporações acima do direito coletivo à verdade, em uma negação frontal do princípio republicano, além dos princípios informadores da Administração Pública, especialmente a legalidade, a publicidade e a impessoalidade.

Porém, mesmo quando a “razão de Estado” é invocada para fundamentar o sigilo, considera-se o próprio bem do Estado contra a dignidade da pessoa humana (COMPARATO, 2004), o que é contrário ao que dispõe o artigo 4º da CF/88.

Em um Estado republicano, e especificamente em face do artigo 5º, XXX, da CF/88, o sigilo é excepcional e a sua necessidade deve ser provada caso a caso. Para Comparato (2004), o sigilo dos documentos do período da ditadura militar tem o objetivo de preservar, a despeito da verdade, determinados indivíduos que violaram os direitos humanos, afirmando que “é óbvio, portanto, que não se tratou de nenhum lapso de memória do legislador. As autoridades do nosso pretense Estado republicano quiseram deixar os criminosos do período castrense isentos de toda responsabilidade”.

É fato que no momento em que o Estado Brasileiro reconhece a existência de vítimas do terrorismo estatal – denominação genérica dos atos atentatórios à dignidade humana por seus agentes – cumpre-lhe cobrar regressivamente dos torturadores o valor das indenizações, com base no artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Se essa responsabilização acontecerá em algum momento, à semelhança do que vem acontecendo na Argentina e Chile, e o modo como o Brasil vai lidar com os fatos também faz parte da sua História.

Além da anistia e do silêncio, a fabricação do consenso também é um mecanismo da manipulação e construção deficiente da memória, realizado principalmente através do discurso de superação das ideologias, facilmente observável no contexto da política partidária brasileira. Depois, há a busca da reconciliação nacional, especialmente através da manutenção e atualização dos mitos da harmonia racial e da idealização de um futuro promissor que nunca se concretiza³⁰ e de um ufanismo renovado.

Um exemplo notável da postura conciliatória é a Lei nº 9.140/95, que reconheceu como mortos os desaparecidos políticos vitimados pela ditadura militar (período de 1961 a 1979), possibilitando inclusive o pagamento de indenizações aos familiares, ao dispor que “a aplicação das disposições desta Lei e todos os seus efeitos orientar-se-ão pelo princípio de

³⁰ Especialmente quanto ao futuro promissor é impossível esquecer os *slogans* cunhados durante o período da ditadura militar, que permanecem vivos na memória dos cidadãos que viveram esse período, dos quais se destacam: “O Brasil é o país do futuro”, “Ninguém segura este país”, “Prá frente, Brasil”. É a idéia do Brasil como “pátria superlativa”, lugar acolhedor e amável, cheio de belezas, que foi bem explicitada e desconstruída por Lima Barreto (2001), em seu “Triste fim de Policarpo Quaresma”.

reconciliação e de pacificação nacional, expresso na Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 - Lei de Anistia”.

Mesmo quando busca estabelecer a verdade dos fatos, é uma verdade conciliatória, como se pode constatar do relatório da Comissão de Mortos e Desaparecidos (2007), que apesar de citar nomes de pessoas desaparecidas, agora reconhecidamente mortas, e dos seus algozes não traz uma sugestão para punições dos responsáveis, mas tão somente do reconhecimento e indenização de vítimas e familiares.

Finalmente, o mecanismo da comemoração da versão oficial. Comemorar significa partilhar e reviver uma memória coletiva, que é a portadora dos valores e ideais da comunidade, servindo para construir e aprofundar as suas raízes identitárias. Um exemplo ilustrativo desse mecanismo foi a comemoração dos quinhentos anos da descoberta do Brasil: o evento teve a iniciativa oficial do Governo federal, através do Decreto de 11 de março de 1998, posteriormente alterado pelo Decreto nº 3.155, de 27 de agosto de 1999.

Essas normas instituíram o Conselho Empresarial “Brasil 500 anos”, responsável pelo estabelecimento das diretrizes da comemoração. Nessa oportunidade celebrou-se a visão idealizada do Brasil, como lugar de convergência democrática de uma pluralidade étnica e da diversidade cultural, apagando a idéia de tensão e conflito cultural e social que são reais na sociedade. Ou seja, foram reforçados os mitos de origem enraizados na memória coletiva, os quais permitem uma imagem reconfortante e cômoda de nós mesmos.

Revelador é que paralelamente às comemorações oficiais parte da sociedade realizou outra manifestação, não de celebração mas de protesto, intitulada de “Brasil: outros 500”, que culminaram em violência e repressão por parte dos órgãos oficiais. Além, evidentemente, dos problemas com a nau capitânia. Nesse momento de comemoração e reflexão, foi reforçada também a crença de que o Brasil é o “país do futuro” pois, tal como revelado pela pesquisa do Datafolha (2000), três em quatro brasileiros afirmam que será uma potência, com grande importância no cenário mundial, e que tem muito a contribuir especialmente no tocante ao relacionamento entre as pessoas e à mistura das raças.

À parte dessas considerações, destaca-se a importância da promoção da memória pelos poderes constituídos, na medida em que ela é um processo dialético entre o passado e o presente. Porém esse diálogo não é linear, mas fragmentado, cabendo ao Estado e à sociedade preservar ao máximo os bens culturais para que sejam oportunamente interpretados e utilizados. Portanto, a memória que se quer preservar não é a oficial e nem a marginal. Na verdade, trata-se de garantir às pessoas a liberdade de salvaguardar uma gama de valores e bens heterogêneos e igualmente importantes para as futuras gerações.

Não se pode conceber, nem admitir, que seja a eleita a memória de apenas uma classe social em detrimento das memórias existentes em uma sociedade heterogênea e multicultural como é a brasileira. Além reconhecer a diversidade de memórias existentes, e igualmente valiosas, é preciso atentar para a necessidade de adotar estratégias também diversas para a preservação compatíveis com tais diferenças.

No Brasil há sociedades sem escrita e sua memória, como destaca Le Goff (2000, p. 13), reside nos mitos de origem e é repassada pelos homens-memória, que são depositários da história objetiva (descrição de fatos) e da história ideológica (ordenação de fatos segundo a tradição estabelecida). Suas funções principais são a consolidação da identidade coletiva, baseada em mitos de origem; a genealogia (manutenção do prestígio das famílias dominantes) e a transmissão do saber técnico através de fórmulas mnemônicas, razão pela qual é denominada “memória étnica”.

Os grupos que não possuem escrita, tais como tribos indígenas e comunidades analfabetas, necessitam de estratégias de preservação bem diferentes daquelas adotadas pelos grupos que dispõem das mais avançadas tecnologias de registro. Portanto a preservação deve observar as características de cada coletividade, especialmente admitindo-se a coexistência de temporalidades diferentes entre os grupos formadores da sociedade brasileira.

Tudo isso permite afirmar que a memória não é mera recordação passiva, mas sim uma constante reconstrução e recriação, que permite estabelecer relações e novas associações entre fatos passados e presentes (FILLOUX, 1959, p. 46). Uma recordação encerra um conjunto de significados, valores afetivos, intelectuais e morais, que permitem situar o indivíduo e os grupos sociais no processo histórico geral em que se encontram envolvidos, contribuindo para a formação de sua identidade individual e coletiva.

A memória possui uma dimensão conservativa, pois deve evitar que mudanças abruptas afetem os referenciais fundadores e ameacem a própria manutenção da identidade dos grupos, mas também possui uma dimensão transformadora porque permite a construção de novos significados (GOMES, 1996, p. 19).

2.3 Conceito do direito fundamental à memória

Tomando por base o conceito material de direitos fundamentais, e demonstrado nos itens anteriores que a memória é uma necessidade fundamental, pode-se afirmar que o direito à memória existe e consiste no poder de acessar, utilizar, reproduzir e transmitir o

patrimônio cultural, com o intuito de aprender as experiências pretéritas da sociedade e assim acumular conhecimentos e aperfeiçoá-los através do tempo. Como afirma Tomasello (2003, p.6), essa capacidade humana de produzir cultura, acumular experiências e aperfeiçoá-las constitui a nota distintiva característica do Homem em relação aos demais animais. Ou seja, a própria noção de “humanidade” encontra-se vinculada à capacidade específica de aprender, memorizar e transmitir conhecimentos através do acervo denominado “patrimônio cultural”.

O direito fundamental à memória pode ser classificado como um direito de primeira, segunda ou terceira dimensões, dependendo da posição jurídica analisada, consistindo no acesso igualitário de cada cidadão ao acervo cultural da coletividade, como condição indispensável às suas liberdades civis, já que a compreensão do contexto social em que vive é pressuposto da atividade política consciente.

Para tornar efetivo o direito à memória o Poder Público, em suas diversas esferas de competência, deve promover ações sistemáticas de proteção ao patrimônio cultural, bem como políticas educacionais eficientes. No Brasil, o Ministério da Educação (1999) já reconheceu a essa necessidade, como podemos comprovar no seguinte trecho dos Parâmetros Curriculares Nacionais para o Ensino Médio:

O direito à memória faz parte da cidadania cultural e revela a necessidade de debates sobre o conceito de preservação das obras humanas. A constituição do Patrimônio Cultural e sua importância para a formação de uma memória social e nacional sem exclusões e discriminações é uma abordagem necessária a ser realizada com os educandos, situando-os nos “lugares de memória” construídos pela sociedade e pelos poderes constituídos, que estabelecem o que deve ser preservado e lembrado e o que deve ser silenciado e “esquecido”(MEC, 1999).

De outro ponto de vista, o direito fundamental à memória é o direito subjetivo de conhecer, resgatar e refletir sobre o passado da sociedade, através do acesso orientado e gratuito ao patrimônio cultural brasileiro, em sua dimensão *tradicional*. Não é simplesmente o acesso à Cultura, mas à parte dela que evoca a origem do povo, os seus valores fundantes e as suas raízes.

Ainda, considere-se que o direito à memória tem como um dos seus principais aspectos a possibilidade de conhecer o passado através da livre investigação. Isso conduz à necessária busca pela verdade dos fatos da História, a liberdade de construir uma história revisionista e, principalmente, de cicatrizar fatos dolorosos do passado, não através do esquecimento, mas do combate à impunidade.

A História recente do Brasil é pródiga em violência contra os seus cidadãos, contra os valores da sociedade, contra as suas normas. Então, o direito fundamental à memória pode garantir que essas violações não caiam no esquecimento que leva à impunidade. A sociedade e os indivíduos que não têm acesso à verdade e experimentam a impunidade acabam por ver prejudicada a sua capacidade de percepção, de distinguir entre o certo e o errado, gerando a insegurança, incerteza, ansiedade e a perda da confiança que destroem a solidariedade social (BAEZA, 2005). Não é exatamente esse o diagnóstico da atual sociedade brasileira?

Por outro lado, a imprensa noticia com frequência a destruição de documentos administrativos e históricos, possivelmente por agentes do Estado brasileiro, e do patrimônio cultural em geral, o que permite perceber não só a existência de um direito à memória do povo brasileiro, a exigir a conservação e a exposição do seu passado, por mais doloroso que seja, como também que sem a proteção garantida por esse direito à memória, muito de nós será perdido ao longo do tempo, sem que isso represente necessariamente um interesse social.

Portanto, pode-se afirmar que o direito à memória pode ser concebido como fundamental simplesmente porque, sem ele, a sociedade brasileira perderia o seu fundamento de coesão. Seguindo a concepção de Alexy (1999, p. 61) e Sarlet (2004, p. 104), quanto ao conceito material de direitos fundamentais, tal como explicitado no capítulo 2, é possível afirmar que o direito à memória é materialmente fundamental, exatamente por ser o guardião dos valores reconhecidos pela sociedade.

É certo, também, que o direito fundamental à memória compartilha das qualidades geralmente atribuídas aos direitos fundamentais, quais sejam a relatividade (ou historicidade), porque o seu conteúdo pode variar no tempo e no espaço; a universalidade, porque se refere a todo e qualquer indivíduo, solitária ou socialmente considerado; é igualitário pois deve ser atribuído igualmente a todos e inalienável pois diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo insuscetível de negociação ou renúncia.

Resta, pois, demonstrado que o direito à memória pode ser concebido como uma espécie de direito fundamental, cabendo inseri-lo nas classificações correntes a fim de ressaltar as suas qualidades específicas.

2.4 Caracterização

Para iniciar o raciocínio, proceder-se-á à análise do direito fundamental à memória em duas etapas: a primeira será a sua caracterização, enquanto gênero ou espécie de direito

fundamental e a segunda será o seu enquadramento dentro das classificações aceitas na doutrina dos direitos fundamentais.

a) A definição do conteúdo do direito à memória depende, em primeiro lugar, da sua caracterização enquanto espécie ou gênero de direito fundamental. À primeira vista, ambas as concepções são teoricamente possíveis pois se entendido o direito à memória como espécie autônoma, o seu conteúdo será referente à garantia de acesso aos registros culturais da sociedade, em suas mais variadas formas.

Se concebido enquanto gênero, pode-se validamente considerá-lo enquanto um conjunto de direitos culturais, como referidos no art. 215 da Constituição Federal, ou ainda de forma dispersa e indireta como direitos individuais nos artigos 5º (IX, XXVII, XXVIII e LXXIII), 202, §2º e §3º; como valor econômico, nos art. 219 e 221; como correspondente ao dever difuso no art. 227 e no art. 231, com referência específica aos índios.

A caracterização depende de como é exercido na prática e definido pela Jurisprudência, mas neste estudo provisoriamente o direito à memória é concebido como uma espécie autônoma.

b) Os direitos fundamentais quanto ao nível de cognição classificam-se em auto-suficientes e coalescentes, e quanto ao dever correlativo em direitos de abstenção (ou defesa), que pretendem um comportamento negativo do sujeito passivo, e direitos a prestações, visando a uma conduta ativa consubstanciada na prestação de dar ou fazer (MARTINS NETO, 2003, pp. 126-139).

Auto-suficientes são os direitos fundamentais previstos autonomamente na norma constitucional, significando que independem de interposição legislativa para complementar o seu sentido. Mesmo quando contêm conceitos vagos, essa espécie de direito fundamental é imediatamente aplicável, ainda que o seu sentido dependa da atividade judicial para ser estabelecido, ou ainda sofra restrições por parte de norma infraconstitucional.

Já os direitos fundamentais *coalescentes* são aqueles que dependem de interposição legislativa complementar, e o seu sentido somente é fixado pela combinação da norma constitucional e da(s) norma(s) infraconstitucionais que completam, razão pela qual podem ser perseguidos através de mandado de injunção.

Conforme o exposto, pode-se assumir que o direito fundamental à memória é *auto-suficiente*, em sua dimensão de defesa, na medida em que não depende da interposição da legislação infraconstitucional para ser devidamente fixado, portanto possui uma densidade normativa suficiente para a sua imediata aplicação. Já quanto às posições prestacionais é considerado enquanto direito coalescente.

O plano eficaz de qualquer direito fundamental será composto, necessariamente, pelo conteúdo jurídico-atributivo de condutas exigíveis (direitos) e exigidas (deveres), que podem ser de diversas espécies e gerações. No presente caso, como se trata de um direito fundamental complexo, não há dúvidas de que a forma de posituação é capaz de interferir em sua eficácia, que será diretamente proporcional à densidade normativa da norma constitucional que o prevê.

Depois, é preciso considerar que, mesmo quando o concebemos como uma espécie de direito fundamental, o direito à memória encerrará diversas posições jurídicas, dada a complexidade de sua formulação. Por isso admite-se que o direito à memória pode manifestar-se sob variadas formas: como direito de primeira, segunda, terceira ou quarta dimensões (nesse último caso como um direito fundamental ao pluralismo na sociedade global), conforme a posição jurídica sob análise³¹. Isso não significa uma contradição em termos pois, como adverte Sarlet (2004, p. 62) mesmo os direitos de 3ª e 4ª dimensões guardam um cunho individual.

Ademais, como afirma Gomes (2003, p. 128) a compartimentalização entre direitos fundamentais em gerações ou dimensões individuais ou coletivas é absolutamente inadequada haja vista que eles não podem ser concebidos isoladamente dada a sua evidente complementariedade.

2.5 A justificação dogmática

a) Âmbito internacional

Realizando a pesquisa exploratória sobre o tema, conseguiu-se verificar a existência em documentos internacionais de referências ao direito à memória (*right of remembrance*, *droit de la memoire* ou *droit a la memoire*), em formulações genéricas.

Efetivamente, a fundamentação dogmática do direito à memória no Direito Internacional pode ser localizada no artigo 4º da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural³², cujos objetivos são: a) fomentar a

³¹ O mesmo fenômeno pode ser constatado na análise do direito à educação. Sobre essa possibilidade, de conceber um direito como conjunto heterogêneo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, de feição defensiva e prestacional, veja Sarlet (2004, p. 324).

³² Assinada em Paris em 1972, que foi promulgada no âmbito interno pelo Decreto nº 80.978, de 12 de dezembro de 1977, com a ressalva contida no Decreto Legislativo nº 74/77. O Decreto Legislativo nº 74/77, em seu artigo 1º, ressaltou o artigo 16, §1º, da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972, impugnando a contribuição financeira nele prevista.

institucionalização da proteção do patrimônio cultural e natural no âmbito dos Estados: políticas, estrutura administrativa (jurídicas, econômicas) e b) criar um sistema de cooperação e assistência internacional destinado a secundar os Estados Partes nos esforços dispendidos para identificar e conservar o patrimônio. O artigo 4º dessa Convenção estabelece que:

Cada um dos Estados Partes na presente Convenção reconhece que a obrigação de identificar, proteger, conservar, reabilitar e transmitir o patrimônio cultural e natural situado em seu território às gerações futuras incumbe-lhe primordialmente. Procurará atuar com esse objetivo por seu próprio esforço e até o máximo dos recursos que disponha, e chegado o momento, mediante a assistência e cooperação internacionais de que se possa beneficiar, sobretudo nos aspectos financeiro, artístico, científico e técnico³³.

O artigo supratranscrito pode ser considerado como o fundamento dogmático do direito à memória no âmbito internacional porque estabelece para os Estados-partes o dever de conservar, reabilitar e, especificamente, o dever de *transmitir* o patrimônio cultural às futuras gerações, consagrando o princípio da solidariedade intergeracional também do ponto vista cultural. Exatamente porque o patrimônio é o objeto material ou imaterial que, resistindo à ação do tempo conseguiu projetar-se no futuro, é natural que mesmo fortemente marcado pela temporalidade, esteja intimamente associado o conceito de futuras gerações (SOARES, 2001, p. 455).

O patrimônio cultural é, portanto, o conteúdo da memória individual e coletiva, o qual precisa ser preservado através da transmissão. Como ressalta Hannah Arendt (2005, p. 31) a tradição é o testamento que transmite o passado, ao tempo em que lhe dá a consciência do seu valor. Se uma geração não transmite o conhecimento, os valores e a tradição de forma eficiente, em poucas décadas essa memória pode morrer.

A transmissão e o controle das tradições são feitos pela observação e pela imitação, que dependem diretamente da educação formal e informal, como ressalta Stille (2005, p. 220), processo esse que deve ser capitaneado pelo Estado conforme o art. 4º da Convenção acima citada.

É possível formular o direito à memória a partir do dever de conservação e transmissão estabelecido entre os Estados-partes da Convenção. Entretanto, admitir exclusivamente um dever do Estado nessa matéria não asseguraria o necessário pluralismo e heterogeneidade dos bens culturais a serem transmitidos como herança cultural.

Diante disso, é importante analisar as diretrizes interpretativas surgidas posteriormente, em especial aquelas estabelecidas pela Organização das Nações Unidas em

³³ Tradução própria a partir do texto oficial da Convenção em francês.

Goa (1988) sobre a equidade intergeracional, formuladas nos seguintes termos: “todos os membros de cada geração de seres humanos, enquanto espécie, herdaram o patrimônio cultural e das gerações passadas, como beneficiários e guardiões do dever de transmitir a herança para as futuras gerações”³⁴.

O ponto central da equidade intergeracional é o direito que cada geração possui de se beneficiar da herança cultural, inseparavelmente acompanhado da obrigação de usar esse patrimônio de maneira tal que possa ser transmitido às futuras gerações nas mesmas condições (*no worse*) que receberam da geração anterior (CANÇADO TRINDADE, 1993, p. 297). Ou seja, tanto os Estados parte como os indivíduos, considerados individualmente, em grupo ou mesmo agrupados segundo um critério temporal (geração), têm o dever de transmitir a herança cultural, viabilizando o exercício do direito à memória.

b) Âmbito constitucional

O art. 5º, §2º da CF/88 prevê a existência direitos fundamentais implícitos, que podem ser deduzidos do regime e dos princípios por ela adotados, bem como em Tratados Internacionais do qual faça parte o Brasil. A sua finalidade é evitar que o rol nele previsto seja interpretado como excludente de outros direitos consagrados na Constituição (MELLO, 2001, p.17).

O direito fundamental à memória é um desses direitos implícitos, cuja existência e eficácia pode ser deduzida das normas de competência legislativa ou material, como se fosse uma contrapartida tácita das competências estatais de dimensão jusfundamental, que serão detalhadas no item 4.1.4, e especialmente quanto às disposições contidas no artigo 215, 216 e 225 da Constituição.

Para a configuração da fundamentalidade de um direito implícito faz-se necessário demonstrar que o seu conteúdo é equiparável ao dos direitos fundamentais (SARLET, 2004, p. 104). Tal equivalência é aferida através dos critérios da relevância e da substância: pelo primeiro são indagadas as condições históricas e valores concebidos socialmente, capazes de elevar determinados direitos ao patamar da fundamentalidade, enquanto que pela substância, o conteúdo deve ser análogo àqueles direitos fundamentais previstos pelo catálogo constitucional (LIMA NETO, 2005, p. 80).

³⁴ Formulação no original em Inglês: “All members of each generation of human being, as a species, inherit a natural and cultural patrimony from past generations, both as beneficiaries and as custodians under the duty to pass on this heritage to future generations” Goa Guidelines on intergenerational equity (CANÇADO TRINDADE, 1993, p. 296).

Não há dúvidas de que tais elementos caracterizadores da fundamentalidade também podem ser identificados no direito à memória pois, como foi exposto no item 3.1, ela é uma necessidade individual e coletiva, parte integrante da dignidade humana, especificamente no que toca à identidade e à autodeterminação, cuja relevância foi declarada nos arts. 215 e 216 da Constituição Federal, guardando uma íntima correlação e equivalência com diversos direitos fundamentais, como será visto no capítulo 7.

Portanto, considerando a possibilidade de caracterizar o direito fundamental à memória como implícito na Constituição Federal, é viável demonstrar indiretamente a sua justificação dogmática, que repousa sobre três alicerces: a existência do dever de transmitir o patrimônio em tratado internacional, o regime de competências constitucionais (arts. 5º, §2º, 21 a 26) e os arts. 215 e 216.

Uma alternativa à justificação indireta, em não sendo admitida a existência de direitos fundamentais implícitos, é considerar o direito à memória como uma faceta do direito fundamental à herança, previsto pelo artigo 5º, XXX, da CF/88.

É certo que a visão tradicional do direito à herança apenas o concebe do ponto de vista da sucessão privada de bens, como prevista pelo Direito Civil. Não obstante, é teoricamente possível ampliar e ressignificar o conceito de “herança” para além dos bens familiares e atingir a esfera pública, abrangendo a transmissão dos bens integrantes do patrimônio cultural. Essa é, inclusive, a visão do Direito Internacional ao tratar da matéria como “herança cultural” (*heritage*)³⁵.

2.6 Princípios aplicáveis

“Princípio” é uma idéia que traduz, imediatamente, uma relação de antecedência cronológica, de começar alguma coisa. É nesse sentido que podemos falar em “principiar” a exposição. E, mais ainda, valorativamente indica a noção de precedência: algo que deve ser tratado primeiramente, servindo de base à toda explanação futura³⁶.

Para interpretar e emprestar coerência e consistência à exposição, necessário faz-se partir da análise dos princípios aplicáveis ao direito fundamental à memória, para definir corretamente o seu conteúdo e extensão. Por isso, desenvolver-se-á uma análise sistemática e

³⁵ A idéia de considerar o patrimônio cultural como herança de todo o povo surgiu com a Revolução Francesa, ao reconhecer o valor de identidade nacional que eles veiculam (CHOAY, 2001, p. 119).

³⁶ Exatamente por serem juízos fundantes, os princípios não precisam de uma causa. Como afirma Souto Maior Borges (1996.p. 25): “os princípios não se fundam em nenhuma coisa, do contrário não seriam princípios, mas derivações”, concluindo ser descabido buscar-lhes o fundamento.

teleológica dos chamados “princípios constitucionais interpretativos”, ou seja, aqueles vetores hermenêuticos cujo conteúdo axiológico confere um fundamento ético à Constituição Federal, permitindo adaptá-las às necessidades sociais (OLIVEIRA, 2003, p. 2284), subdividindo-os em gerais, quando referente aos direitos fundamentais em gênero, e específicos quando aplicáveis diretamente ao direito fundamental à memória e complementares, quando referentes à preservação do suporte material, ou seja, dos bens culturais.

2.6.1 Princípios Gerais

São aqueles aplicáveis na interpretação das normas constitucionais em geral, e decorrem da necessidade de sistematizar a abordagem hermenêutica da Constituição, pelo que, é evidente, serão também aplicáveis na configuração e determinação conceitual do direito fundamental à memória. Por essa razão esse item conterá uma explanação breve sobre cada princípio, demonstrando a sua aplicação ao tema específico:

O *princípio da dignidade da pessoa humana*, embora seu conteúdo seja de difícil definição, é atualmente considerado o mais importante dentre todos, servindo de fundamento axiológico dos ordenamentos constitucionais democráticos.

Existem muitas maneiras de compreender e explanar o significado da expressão “dignidade da pessoa humana”, porém, para não cair no formalismo estéril, como adverte Ribeiro (2004, p. 112), é preciso iniciar refletindo sobre a condição humana e os aspectos que a integram, permitindo perceber a *suficiência* de direitos subjetivos que cada uma dessas dimensões exige.

A condição humana, na reflexão de Hannah Arendt (1983, p. 22), é soma das atividades e capacidades do Homem para existir (nascer, viver, morrer), conviver e manter-se. Para tanto, precisa garantir a sua subsistência (labor), incrementar a sua ação com a transformação e/ou na imitação da Natureza (ROSSET, 1989, p. 13), compensando suas deficiências físicas através das ferramentas para viver *melhor*, com a atenuação da luta pela sobrevivência³⁷, o que denomina *trabalho*.

A terceira dimensão da condição humana é a ação política, que consiste na capacidade de organizar publicamente os processos vitais realizados pelo labor e pelo trabalho. Ou seja, percebendo que essas atividades são comuns à sobrevivência da espécie, o

³⁷ Toda coisa viva é uma espécie de imperialista, buscando transformar o mais possível seu meio em proveito de si e de sua semente” (RUSSELL, s.d., p. 33).

Homem consegue unir forças, especializar conhecimentos e dividir tarefas para facilitar a subsistência de todos.

Através da ação política, e no exercício de sua liberdade, a sociedade realiza escolhas, elege prioridades, de acordo com a disponibilidade dos recursos naturais e artificiais que a cercam e condicionam a sua existência. Esse é o âmbito da política que parte do reconhecimento da existência de necessidades comuns aos indivíduos que a formam, e que precisam ser coletivamente gerenciadas.

A dignidade seria, então, a construção de direitos subjetivos capazes de garantir a *suficiência* dos recursos e bens à satisfação das necessidades dos indivíduos em cada um dos aspectos acima citados – labor, trabalho e ação política, que serão atendidas em conformidade aos hábitos culturais de cada povo, determinando o seu *modus vivendi*.

Para exemplificar o dito acima, analise-se como a CF/88 busca observar cada um desses três aspectos: do ponto de vista da atividade *laborativa*, busca a satisfação das necessidades primárias do indivíduo prescrevendo direitos subjetivos como à alimentação, à moradia, à dessentação, entre outros; quanto ao trabalho, existe a regra da não discriminação e os princípios da ordem econômica; quanto ao âmbito *político*, a idéia principal é a de participação igualitária não só quanto à elaboração dos programas mas também na distribuição equitativa dos bens sociais e serviços sociais. A dignidade então se revela como igualdade de oportunidades, daí a previsão de direitos como à educação, à intimidade, à imagem, à memória.

Portanto, os direitos subjetivos construídos para atender às necessidades básicas em cada uma das citadas dimensões são fundamentais, e devem ser contemplados em políticas públicas específicas voltadas à sua efetivação. Não se trata, simplesmente, de garantir a mera sobrevivência física do indivíduo, mas também criar condições propícias ao desenvolvimento pleno de suas capacidades e habilidades (SANTOS, 1999, p. 97).

É forçoso reconhecer que as necessidades humanas são multiformes, não só do ponto de vista da sua percepção pelo sujeito mas também na maneira, e por que não à quantidade, de sua satisfação. Para as necessidades materiais, a satisfação será feita através da distribuição de bens suficientes, conforme uma escala ou padronização de valores aceitáveis, por exemplo, o número de calorias que cada indivíduo deve consumir por dia. Entretanto, existem necessidades imateriais, ou pós-materiais, ligadas a aspectos espirituais, psicológicos, dos indivíduos, que são igualmente importantes para o seu pleno desenvolvimento, devendo também ser contempladas através da construção de direitos subjetivos e de políticas públicas voltadas à sua efetivação.

Por esse motivo o princípio da dignidade da pessoa humana alicerça a concepção de que os direitos sociais são também fundamentais, visto que estão ligados à condição humana, nas dimensões laborativa, do trabalho e política. Nesse sentido, observa José Afonso da Silva (1998, p. 92):

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do Homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a no caso dos direitos sociais, ou invocá-la para construir a ‘teoria do núcleo de personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.

O direito fundamental à memória encontra-se intrinsecamente ligado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, na medida em que o acesso e o resgate do patrimônio cultural constituem *conditio sine qua non* para o desenvolvimento integral das capacidades cognitivas e das relações sociais do indivíduo, determinando o grau de eficiência de sua adaptação à sociedade e ao entorno natural, exatamente porque a Cultura é concebida como um equacionamento entre esses dois fatores e o Homem.

A aquisição e a continuidade culturais estão intimamente ligadas ao desenvolvimento das potencialidades humanas individuais e coletivas, na medida em que dão ensejo às liberdades de pensar, criar, investigar, ensinar e aprender. Todas essas capacidades conduzem à identificação do segundo princípio geral: a *autodeterminação dos povos*.

A autodeterminação significa a capacidade de decidir o próprio destino, e baseia-se na idéia de igualdade entre os povos. Esse princípio determina o grau de legitimidade das instituições governamentais, que devem exercer o poder em nome do povo, em conformidade à sua identidade histórica, atributos sociais e objetivos comuns.

O exercício institucionalizado do direito à memória é um instrumento capital para a preservação da Cultura e da identidade das minorias, e conseqüentemente de sua autodeterminação, garantindo o seu direito à diferença e a constituição plural da sociedade brasileira. Falar em autodeterminação significa considerar três aspectos: a construção autônoma do próprio destino, o direito à resistência e o efetivo exercício da democracia.

Em geral, o princípio da autodeterminação dos povos é vinculado ao princípio do respeito à soberania de Estados estrangeiros, considerando o modelo de Estado Nacional. Não

obstante, atualmente estendeu-se a sua aplicação para garantir aos grupos sociais diferenciados também o direito à autodeterminação.

O reconhecimento da autodeterminação depende de como determinado grupo ou comunidade é simbolicamente representado. Veja como foram retratados os indígenas brasileiros pelo Barão de Rio Branco (PARANHOS; ZABOROWSKY, 2001, p. 50), no estudo enciclopédico sobre o Brasil coordenado por Levasseur, publicado pela primeira vez em 1889:

Tal é ainda seu estado de selvageria indomável que os brasileiros civilizados não conhecem e não freqüentam senão uma fraca porção deles, chamados “Botocudos *tratáveis*”.

Esses indivíduos um pouco civilizados estão no entanto sempre num estado de inferioridade intelectual e moral em relação aos brancos e aos negros, com os quais partilham o gênero de vida. Existem também alguns mestiços, e estes se mostram mais inteligentes e mais ativos.

Essa maneira de enxergar os povos indígenas refletiu-se no âmbito da legislação, aos serem considerados civilmente incapazes e submetidos a um regime tutelar da FUNAI, exatamente em função de sua inadaptação à cultura hegemônica. A idéia de “civilizar” os índios permaneceu até a desvinculação da sua capacidade à condição de aculturação no novo Código Civil, e ainda está pendente de regulamentação, o que demonstra a falta de reconhecimento e valorização da sua Cultura.

Evidentemente que o reconhecimento dessa autonomia deve fundar-se no *princípio da não-discriminação*, também compreendido como a “igual dignidade dos diferentes”, entre os diversos povos ou grupos que integram uma sociedade pluralista, como se autodefine a sociedade brasileira na Constituição Federal. No caso específico da memória coletiva, esse princípio impõe preservar todas as matrizes culturais, reconhecendo-lhes igual valor.

O princípio da não discriminação é intimamente ligado ao princípio da tolerância constitucional, que consagra o reconhecimento e o respeito pelas diferenças, destacando aquilo que é singular, especial e único e que identifica os indivíduos e grupos, ao mesmo tempo que supera as particularidades para destacar o que há de essencialmente comum (WEILER, 2004, p. 115).

A autodeterminação e a não-discriminação permitem que os diversos povos ou grupos sociais, se admitido o sentido amplo do segundo princípio citado, forjem o seu próprio conceito de desenvolvimento econômico e político, como é destacado no princípio nº 22 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento 1992. A idéia de desenvolvimento e sustentabilidade dos países ocidentais é bem distinta desse conceito nos

Estados asiáticos, e isso determinará políticas diferentes, e por vezes divergentes, na utilização dos recursos naturais, por exemplo. A idéia de desenvolvimento dos povos indígenas do Brasil é certamente diferente daquela explicitada através das políticas e programas públicos que lhes são destinados.

Em relação ao princípio do desenvolvimento sustentável, o direito fundamental à memória permite duas realizações: uma, impõe a preservação dos bens culturais para as futuras gerações, mediante o seu uso racional; e também funda a idéia de desenvolvimento que, ligado à noção de aperfeiçoar, pressupõe a persistência e a continuidade das instituições.

Pode-se, então, especificá-lo falando em um princípio do desenvolvimento *culturalmente* sustentável, assentado na idéia da escassez dos bens culturais, determinada pelo tráfico ilícito, pela falta de preservação ou pela descontinuidade da produção, entre outros fatores. Ressalta então a sua base econômica, significando que a manutenção da disponibilidade do bem tem limites quantitativos e qualitativos (BEGOSSI, 1999, p. 66), dependendo da conservação e uso racional, através da reposição, preservação ou reprodução,

Além da base econômica, o conceito de desenvolvimento culturalmente sustentável possui também uma dimensão social para os bens culturais, referente à distribuição equitativa de riquezas para assegurar o bem estar coletivo, dependendo *in concreto* das condições reais de produção social, isto é, do estado da técnica e da organização social (DERANI, 1997, p. 128).

Como se pode perceber, o conteúdo do “desenvolvimento sustentável” é extremamente fluido, indeterminado, pois depende da noção de desenvolvimento que cada povo formula variavelmente, condicionada por seu estilo de vida, sua Cultura, seus anseios, bem como pelos recursos naturais e artificiais disponíveis para prover suas necessidades.

O conceito de desenvolvimento culturalmente sustentável depende de uma análise estrutural e conjuntural de cada sociedade, sendo mais fácil ser definido por exclusão: não sustentável é o modo de vida social, cujo padrão de consumo e produção implique no comprometimento dos bens culturais, de modo a impossibilitar a manutenção do provimento das demandas atuais e futuras de cada sociedade.

É certo que todos os princípios acima citados dependem do ambiente adequado para a sua manifestação, que não pode ser outro que a Democracia. Por isso, afirma Cançado Trindade (1994, p. 22): “invoca-se a democracia em sua dimensão social, com a finalidade de assegurar que os direitos humanos consagrados não sejam indevidamente limitados. Trata-se,

pois, de uma aplicação específica da cláusula democrática em sua dimensão social, diretamente ligada à plena efetividade dos direitos humanos”³⁸.

Um exemplo da aplicação do princípio democrático ao tema específico é o artigo 216, §1º, onde se reconhece o valor da colaboração da comunidade no reconhecimento do valor dos bens integrantes do patrimônio cultural e na elaboração das políticas públicas através de audiências públicas e conselhos. O direito fundamental à memória depende diretamente da efetivação da Democracia, não só porque o seu conteúdo deve ser democraticamente selecionado, mas principalmente porque permite o reconhecimento e a expressão de identidades coletivas diferenciadas.

O *princípio da cooperação* estabelece que todos (Poder Público, indivíduo e Sociedade) devem agir em conjunto para garantir a máxima proteção dos bens ambientais, e dentre esses, os bens integrantes do patrimônio cultural. Tal entendimento resulta do caráter solidário da convivência social e no reconhecimento de que esses bens constituem-se em um interesse transindividual.

A grande utilidade política desse princípio é impor a cooperação ativa entre as entidades que integram o Estado Federativo, ao mesmo tempo em que viabiliza a formação de grupos de pressão na sociedade para que os cidadãos possam efetivamente interferir no processo decisório. É fato que a conformação constitucional das competências comuns e concorrentes, que visava a estimular a eficiência e a colaboração, não logrou aumentar a integração entre os entes públicos em diversas áreas (MUKAI, 1991, p. 489), o que é particularmente sentido nas políticas de preservação do patrimônio natural e cultural. Por outro lado, a sociedade brasileira ainda está buscando os canais institucionais para a manifestação da sua vontade política o que, acredita-se, depende do aperfeiçoamento das instâncias e dos instrumentos democráticos.

O *princípio da função social* é fundamental para a proteção dos bens culturais pois, enquanto a propriedade era concebida como um poder exclusivo, consistindo em usar, dispor, gozar e reivindicar as coisas para satisfazer um interesse individual do proprietário, não foi possível elaborar uma legislação protetiva. A limitação promovida nesses poderes pelo princípio analisado permite harmonizar os interesses privado e público, impondo à propriedade uma finalidade social ao seu exercício mas também proibindo o abuso de direito.

³⁸ Tradução própria do original em Espanhol: “aquí se invoca la democracia en su dimensión social, con el fin de asegurar que los derechos humanos consagrados no sean indebidamente limitados. Se trata, pues, de una aplicación específica de la cláusula democrática en su dimensión social, directamente ligada a la plena vigencia de los derechos humanos”.

O caráter comunal do patrimônio cultural autoriza a submissão de toda atividade pública e privada de fruição dos bens materiais e imateriais ao interesse público, publicizando o uso da propriedade para nela introduzir um certo controle social a compatibilizar a satisfação de necessidades individuais à necessidade de realizar concomitantemente o interesse coletivo (BORGES, 1999, p. 44).

Na visão de Bercovici (1999, p. 43), a função social da propriedade é mais do que uma limitação, representando a própria legitimação do lucro e da propriedade dos bens de produção, através de sua compatibilização com o interesse social, o que pode ser constatado pelo art. 1.228 do Código Civil, que considera a preservação do patrimônio histórico e artístico como parte integrante da função social da propriedade.

Em síntese, a função social transforma o proprietário em guardião, impondo a fruição do bem cultural em favor da coletividade, como forma de legitimação. Entretanto, como destaca Miranda (2006, p. 32), esse princípio não impõe ao proprietário o dever de suportar a visitação pública ao bem cultural, o que leva ao paradoxo da preservação em nome da sociedade, sem que ela possa usufruir do bem.

Ao lado desses princípios de cunho material, existem três princípios sistêmicos que devem ser aplicados quando formulação da delimitação do direito fundamental à memória, quais sejam: o princípio da unidade da Constituição, que impõe a compatibilização do direito fundamental à memória às demais normas constitucionais, através de instrumentos como a concordância prática e a ponderação; o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da imperatividade ou da máxima efetividade da norma constitucional (OLIVEIRA, 2003, p. 2287).

2.6.2 Princípios específicos

Embora reconhecendo que os princípios aplicáveis a uma temática jurídica estão em permanente construção, para os fins deste estudo serão destacados aqueles que esclarecem como os bens culturais devem ser preservados e acessados, em razão da sua importância específica para o direito à memória.

Iniciando pelas diretrizes que tratam da preservação dos bens culturais, a idéia central é reconhecer que os bens culturais produzidos em diversas épocas e sociedades são igualmente importantes para a memória coletiva. Ou seja, não há *a priori* uma hierarquização

capaz de determinar a relevância dos bens culturais, que deve ser aferida casuisticamente, atendendo ao critério da representatividade ou ressonância social.

A consagração da igualdade nesses termos impõe reconhecer o valor dos diferentes bens culturais produzidos pela sociedade, implicando a necessidade de conservar a heterogeneidade do patrimônio cultural. A diversidade é um bem em si mesmo porque a realidade diária da sociedade é a diferença e não a homogeneidade: as diferentes maneiras de viver, criar fazer, sentir e expressar criam um mundo variado, que aumenta as escolhas, as capacidades e os valores humanos, contribuindo para o desenvolvimento.

Em 2005, a UNESCO elaborou a “Convenção para a proteção e promoção da diversidade de expressões culturais”, reconhecendo-a tão importante para o gênero humano quanto a diversidade biológica, e deve ser estimulada e consolidada em benefício das presentes e futuras gerações. Por outro lado a Declaração de Desenvolvimento Sustentável de Johannesburg afirma que a diversidade é a nossa força coletiva, é a “pluralidade de conhecimento, descoberta e energia que contribui para o aperfeiçoamento mundial” (UNESCO, 2005).

Dois aspectos fundamentais devem ser destacados: primeiro, a Convenção de 2005 viabiliza a proteção de conhecimentos tradicionais, que são fundamentais para a sociedade e para o crescimento dos indivíduos; e, em segundo lugar, ressalta que a aceitação da diversidade enobrece a Humanidade, e representa a tolerância que viabiliza a convivência pacífica entre os povos, bem como a proteção das minorias.

Esse *princípio da multidiversidade* é especialmente importante no contexto da globalização, que tem aumentado o desequilíbrio entre países pobres e ricos, esses últimos impondo a sua visão de mundo, estilos de vida e valores, o que pode comprometer a autodeterminação dos povos. Por isso, visa a promover as expressões da diversidade cultural como veículos da identidade, dos valores e dos significados dos povos, em síntese a sua memória, e ao intercâmbio equilibrado de bens culturais, dentro da perspectiva da interculturalidade e da multiculturalidade.

Entretanto, nem tudo que é produzido pode ou deve ser preservado. O *princípio da seletividade* impõe a discriminação entre os bens que são preservados e transmitidos e os que serão esquecidos, impondo a criação de critérios de seleção. Por exemplo, a inclusão de um bem cultural na Lista do Patrimônio Mundial depende do reconhecimento de sua excepcionalidade, ou seja, do seu valor extraordinário para a Humanidade.

O art. 216 da CF/88 estabeleceu como parâmetro de seleção a representatividade do bem ou conjunto bens para a memória (referente ao passado e à ação passada), a identidade e a ação (presente) dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira.

O patrimônio cultural selecionado e transmitido deve ser capaz de representar simbolicamente esses grupos, nos aspectos da identidade, ação e/ou memória, e só então será legítima a ação estatal do esforço de preservação. Aqui cumpre indagar se o patrimônio tutelado pelo Estado Brasileiro, e protegido com recursos públicos, realmente está obedecendo aos parâmetros constitucionais, ou se em verdade ainda são observados apenas os parâmetros estabelecidos pelo Decreto-Lei nº 25/37, como será analisado no capítulo 5.

A seletividade é uma faca de dois gumes porque pode descurar bens importantes para sociedade, cujo valor não foi reconhecido em determinada época. Cabe então invocar o *princípio da conservação das opções*, pelo qual bens que são abrangidos pela tutela estatal, e aqueles que não o são, devem ser considerados recursos ou opções para as gerações futuras, cabendo ao Estado e à sociedade preservá-los ao máximo, a fim de possibilitar o poder de escolha. Não é porque a presente geração não reconhece o valor de determinado bem cultural que ele deve irremediavelmente esquecido e destruído porque, em outra realidade social, a sua interpretação e função podem cambiar.

Muitas opções ou recursos são perdidos por causa do contato cultural, que implica a modificação das culturas. Por isso, associado ao princípio da conservação das opções deve estar *princípio da cooperação cultural com equilíbrio*, de modo que o intercâmbio de informações não seja instrumento de imposição de valores.

Não basta conservar as opções, mas fazê-lo de modo a transmitir os bens culturais em bom estado de preservação e com a sua funcionalidade intacta: é o princípio da *qualidade*. Se a criação de laços entre as gerações é a essência das políticas de preservação do patrimônio cultural, cada geração tem o dever de preservar a herança cultural no mesmo patamar de qualidade que recebeu dos antepassados (MARCHESAN, 2007, p. 163).

Preservados os bens na maior diversidade possível e com qualidade compatível ao seu aproveitamento, impõe-se transmiti-los da maneira adequada criando verdadeiros laços de solidariedade e equidade entre as gerações. Como visto no item 3.4, o *princípio da equidade intergeracional* impõe evitar ações que causem danos irreversíveis para o patrimônio cultural, além de adotar medidas preventivas e conservativas em relação às atividades que possam causar danos às futuras gerações (CANÇADO TRINDADE, 1993, p. 297).

Já o *princípio da solidariedade intergeracional* assenta em uma moderna noção de povo, formado por uma contínua geração de cidadãos, em seu conjunto unitário e multiforme,

ou seja, do conjunto dos indivíduos que derivam da sucessão das gerações concretas (ROLLA, 2004, p. 142), e consiste na manifestação da racionalidade através dos tempos, evitando que as decisões tomadas hoje afetem negativamente a qualidade de vida das pessoas que sucederão (MARCHESAN, 2007, p. 155-158).

Para evitar que cada geração roube as opções das gerações sucessoras criou-se a fórmula do pré-compromisso (HOLMES, 1999, p.248), estipulando orientações e restrições às decisões das futuras gerações. Parte-se do pressuposto de que esse pré-compromisso não é, em si um atentado à democracia e à autodeterminação das gerações futuras porque, quando se aceita um legado, aquele que não firmou o contrato original consente implicitamente com as condições políticas que tornaram possível a sua herança (HOLMES, 1999, p. 234).

Só há verdadeira contradição quando há desacordo, que é motivado pela insuficiente ou ineficaz transmissão de valores entre gerações³⁹. E, não se deve esquecer, que o pré-compromisso possui uma dimensão positiva, que é libertar as gerações futuras de preocupações obsoletas: como sintetiza Holmes (1999, p. 262), os mortos não devem governar os vivos, mas podem facilitar que governem a si mesmos.

Por isso, a transmissão da memória depende de duas condições básicas: a primeira é a mútua inteligibilidade entre a pessoa ou geração que transmite e a que recebe as informações, o que exige a comunhão de vida e de discurso às vezes modificada pela rápida mudança social; e segundo, da permanente adaptação dessa memória aos tempos atuais para evitar que os conhecimentos e as próprias pessoas tornem-se obsoletas.

Fixado o dever de transmitir, que é base do direito à memória, é necessário fazê-lo de forma democrática, partindo do pressuposto de que todos têm direito a acessar igual e livremente os bens culturais.

Pelo *princípio da igualdade material* todos, brasileiros e estrangeiros, podem participar equitativamente na distribuição dos direitos e garantias fundamentais. Significa que todas as pessoas estão aptas a participar do bem comum, como titulares de direitos fundamentais e também deveres jurídicos, na forma prescrita pela Constituição e pela Lei.

A igualdade é uma relação de conformidade quantitativa, podendo assumir uma forma absoluta (quando a correspondência entre os termos relacionados é direta) ou proporcional, em que são estabelecidos tratamentos aparentemente “desiguais”. Discriminar é algo inerente ao Direito, já que sua função precípua é dispensar tratamentos desiguais,

³⁹ Aqui é necessário advertir, com Sirinelli (2005, p. 137) que “geração” não é uma estrutura cronologicamente invariável, que sirva de padrão para qualquer época e local. Na verdade é mais uma escala móvel de tempo, que pode ser compreendida como uma faixa etária com identidade diferencial.

estabelecendo regimes normativos diferenciados, para realizar a Justiça em sua concepção aristotélica sempre atual: tratar os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 11).

O que repugna ao princípio da igualdade não é *discriminar* situações diferentes, mas estabelecer desigualdades artificiais e arbitrárias para utilizar a norma jurídica como instrumento de privilégios e perseguições. Nessa perspectiva, a igualdade será um princípio diretivo inarredável na formulação de normas jurídicas, limitando a discricionariedade do juízo político do Legislador, bem como dos seus aplicadores.

O enunciado semântico da igualdade é rico em conteúdo valorativo, politicamente determinado, modificando-se segundo cada área de aplicação: em relação ao direito fundamental à memória a igualdade refere-se às possibilidades de acesso, escolha e na participação na construção do patrimônio cultural que será legado às futuras gerações.

Essa igualdade depende da inexistência de obstáculos e da promoção do conhecimento do patrimônio material e imaterial, evitando que a legislação impeça o trânsito dos indivíduos pelos bens culturais, sendo consagrado o *princípio do livre acesso aos bens culturais*, como poder ser visto no artigo 215 da CF/88.

A partir dos princípios acima referidos, acredita-se ser possível tratar os marcos de institucionalização do direito fundamental à memória que, conforme Alexy (1999, p. 63-64), consistem em: reconhecê-lo no escalão hierárquico supremo e considerar que possui máxima força de concretização, enquanto limites à ação do legislador e do Poder Executivo, passível de proteção pelo Poder Judiciário (justiciáveis) devido ao seu conteúdo sumamente importante.

2.6.3 Princípios complementares

São aqueles que contribuem para a proteção do patrimônio cultural, e indiretamente podem ser utilizados para a interpretação do direito fundamental à memória, dos quais podem ser destacados:

a) Princípio da *prevenção*, pelo qual devem ser evitados os danos iminentes e concretos aos bens culturais, uma vez que são únicos e não renováveis;

b) princípio da *precaução*, que sugere a adoção de instrumentos capazes de evitar riscos (danos potenciais e abstratos) ao patrimônio cultural (MARCHESAN, 2007, p. 115-124), que é complementado pelo princípio do *in dubio pro monumento*.

c) princípio da conservação *in situ*, pelo qual o bem cultural não deve ser descontextualizado, mas preservado no local da ocorrência e no entorno adequado.

d) princípio do uso compatível, pelo qual o bem cultural deve ser utilizado continuamente para continuar vivo, desde que tal uso seja compatível com as suas características e com as necessidades da preservação.

Para finalizar a caracterização, por exclusão, é preciso esclarecer o que não é direito à memória. Não se trata de cultivar o sentimento nostálgico passivo, essa sensação de perda pela impossibilidade de retornar capaz de adoecer o corpo e alma⁴⁰, porque a memória assim exercitada acaba por se tornar um esquema repetitivo e engessado, uma mera reprodução das coisas passadas.

Também não se trata de fazer um culto à saudade⁴¹, em que a recordação é afetiva e idealizada, permeada pelo sentimento de ausência que leva à tristeza ou ao doce pesar. Tanto a saudade como a nostalgia consideram o passado como algo fixo, quando na verdade, deve ser continuamente revisto e adaptado para que não perca o seu significado, por isso o direito à memória deve ser o impulso permanente à pesquisa, à busca pelo conhecimento, a revisão e a projeção do passado, enfim, deve manifestar-se como um ato construtivo de recordar.

⁴⁰ “Nostalgia” é um termo criado em 1688 pelo médico suíço Johannes Hoffer para designar uma doença que atingia os soldados suíços em serviço no exército francês, caracterizada por febre, vômito e falta de apetite, formada pelas palavras gregas “nostos” (retorno) e “algos” (dor), ou seja, dor pela impossibilidade do retorno. Depois passa a ser considerada uma doença da alma, causada pelo excesso de identificação com as coisas do passado e/ou pela insatisfação com o presente (ROSSI, 2007). No Brasil, essa doença é também conhecida como “banzo”, nostalgia que acometia os escravos africanos, capaz de causar-lhes a morte.

⁴¹ Segundo Nascimento e Menandro (2007), o vocábulo saudade decorre de “soedade”, um lugar ermo e isolado, ou distante, que pelo seu isolamento causa sentimentos como a ausência, abandono, falta, carência, que geralmente levam à tristeza, mas que para outras pessoas é desejável e bom.

3 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À MEMÓRIA

Quanto faças, supremamente faze.
Mais vale, se a memória é quanto temos,
Lembrar muito do que pouco.
E se o muito no pouco te é possível,
Mais ampla liberdade de lembrança
Te tornará teu dono.
(PESSOA, Fernando, 2005).

O plano eficaz do direito fundamental à memória será composto pelas condutas exigíveis (direitos) e deveres, que serão deduzidos principalmente do sistema de competências estabelecido para a promoção e salvaguarda do patrimônio cultural. Por esse motivo, o presente item será dividido em três partes: a primeira tratará do conteúdo do direito fundamental à memória, explicitando os direitos e deveres nele contido, por se tratar de estrutura complexa; na segunda parte demonstrar-se-á como as competências constitucionais delineiam a atuação do Estado na proteção dos suportes da memória, e a terceira trará uma investigação sobre a sua efetividade.

O mundo jurídico pode ser concebido a partir de três planos: *existência*, quanto um fato social realiza a hipótese de incidência normativa, isto é, verifica-se na realidade a situação social prevista hipoteticamente no descritor da norma jurídica; *validade*, em que são verificados se os fatos jurídicos lícitos cumprem os requisitos estabelecidos em Lei para a produção normal de efeitos; e *eficácia*, em que são instituídas as relações jurídicas, genericamente caracterizado pela criação, modificação e extinção de direitos e deveres (MELLO, 1995, p. 77-83).

Embora o direito à memória seja definido como de terceira dimensão⁴², e por isso a sua titularidade seja coletiva ou difusa, o seu conteúdo pode abranger também aspectos individuais fundamentais. Na verdade, como afirma Pires (1994, p. 222), o direito/dever de preservação do patrimônio cultural e da memória abrange três níveis diferentes de interesse: o individual, no tocante à proteção do bem; o interesse coletivo de preservação, vinculado a grupos definidos (como os indígenas) e o mais abrangente, o interesse difuso de sujeitos

⁴² Seguindo a orientação de Sarlet (2004, p.53) adota-se a nomenclatura “dimensão” em substituição à “geração” porque essa última dá a errônea idéia de que os direitos fundamentais são substituídos a cada geração, enquanto que a palavra “dimensão” encerra as idéias de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos fundamentais sendo, portanto, mais conforme à realidade do Ordenamento Jurídico e à sua finalidade.

indetermináveis. Cada um desses níveis demandará a adoção de instrumentos específicos para a sua tutela.

Posto isso, pode-se detalhar que o direito à memória abrangerá as seguintes posições jurídicas:

3.1 A dimensão individual do direito fundamental à memória: vivos e mortos

O direito individual à memória dos vivos liga-se aos direitos de personalidade, em especial aos direitos à honra, à imagem e à intimidade, mas também pode referir-se à possibilidade de aprender e transmitir os modos de fazer, viver, e sentir de um grupo. Por isso, será analiticamente exposto em seis posições jurídicas distintas: o direito à integridade do passado, o direito à veracidade do passado e o direito à reserva do passado, ligados aos direitos de personalidade; direito de acessar as fontes da cultura nacional, de criar e transmitir memória, abaixo analisados.

O direito à integridade do passado de uma pessoa física consiste na faculdade de conhecer as origens familiares, as raízes e os ancestrais: crianças abandonadas, adotadas e aquelas nascidas a partir de inseminação artificial, cujo pai ou mãe biológicos são doadores desconhecidos, têm o direito de saber as suas origens. Uma justificativa pragmática para o reconhecimento desta posição jurídica refere-se aos problemas de saúde hereditários, visto que os médicos em geral no primeiro contato que têm com o paciente realizam a anamnese, consistindo em obter informações sobre as doenças mais frequentes ocorridas na família do paciente, que podem indicar a sua predisposição para problemas cardíacos, diabetes, hipertensão, entre outros.

Além dessa questão pragmática, os indivíduos também têm direito à própria história, de saber como os seus laços familiares foram construídos. Um exemplo trágico é o dos netos da Praça de Mayo, filhos dos opositores à Ditadura na Argentina torturados e assassinados, que foram adotados pelos militares, alguns deles com envolvimento direto no desaparecimento e morte dos seus pais.

De outro ponto de vista o direito individual de lembrar pode ser concebido como o poder de conhecer e refletir sobre o passado e às suas origens familiares e culturais, portanto, conhecer a memória coletiva. A Convenção sobre os Direitos das Crianças trata, em seu art.

8º sobre um direito à identidade familiar, e no seu art. 20, III, sobre o direito à origem cultural.⁴³

Ligado aos direitos à honra e à própria imagem, o direito à veracidade do passado consiste na faculdade de não permitir a divulgação de boatos inverídicos ou especulações sobre fatos recentes ou distantes vinculados ao indivíduo. A necessidade teórica dessa posição jurídica decorre da constatação de que muitas afirmações sobre o passado da pessoa, capazes de atingir a sua honra e imagem, não configuram injúria, calúnia ou difamação e são apenas infundadas ou inverídicas, e por isso mesmo, capazes de violar a sua memória pessoal.

A terceira posição é o direito à reserva do passado, especialmente quanto aos fatos e comportamentos velados que alguém não quer ver publicados. É visceralmente ligado ao respeito à intimidade, mas são diferentes porque esse último depende do estilo de vida que o indivíduo leva: quem é *persona* pública têm o âmbito da privacidade diminuído (embora nunca totalmente destruído), mas que pode ser recomposto caso deixe de ser famoso ou adote um estilo de vida retirado (COSTA JR, 2004, p. 37). Já os fatos que integram o passado famoso podem ser continuamente lembrados, salvo se limitados pelo direito ao esquecimento em suas várias formas previstas em Lei, ou até a sociedade perder o interesse neles, o que não seria tão incomum no “país sem memória”.

E, diferentemente do que acontece com a honra, a reserva do passado não guarda relação com a veracidade dos fatos: mesmo verdadeiros fatos íntimos não devem ser publicados sem o consentimento. O problema torna-se mais complexo quando a intimidade é compartilhada, e há a divulgação indevida de documentos pessoais (cartas e mensagens eletrônicas) ou informações trocadas em função de relações de amizade ou de intimidades decorrentes da relação entre cônjuges ou concubinos. A questão pode ser sintetizada assim: é lícito ao amigo ou cônjuge, renunciando à própria intimidade, divulgar fatos privados pertinentes a outras pessoas?

Ainda quanto à reserva do passado, surge a questão das pessoas que são familiares de *personas non gratas*, dos descendentes de pessoas que a História consagrou como “vilões”⁴⁴. O peso de um sobrenome maldito pode ser uma justificativa para invocar o direito à reserva do passado, dissociando o indivíduo da relação de parentesco com o infame, para preservá-lo da execração pública, até pela aplicação do princípio da intranscendência.

⁴³ O texto dessa Convenção foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 28 de 1990, promulgado através do Decreto nº 99710, de 21/11/1990.

⁴⁴ Sobre as consequências desse parentesco há o interessante texto de Lebert & Lebert (2004, *passim*), que sob o título de “Tu carregas o meu nome” mostra como os filhos e cônjuges dos nazistas famosos suportaram a prisão, humilhações, exclusão, com prejuízo para suas escolhas profissionais e afetivas.

Paralelamente, existe o direito que a pessoa tem de acessar as fontes da memória coletiva e individual, que pode ser considerado como o direito de lembrar, ou “liberdade de lembrança”, consistindo na faculdade de acessar direta ou indiretamente as fontes da cultura nacional sem sofrer interferências indevidas por parte do Estado ou de particulares.

Existem várias formas pelas quais o Estado pode obstacular a formação e a transmissão da memória, especialmente quando não fomenta ou proíbe uma prática cultural. Algumas manifestações foram sistematicamente perseguidas no Brasil até quase o seu total desaparecimento, podendo citar-se como exemplo a prática do candomblé no Recife, que durante o governo Agamenon Magalhães foi duramente perseguida através do fechamento de “centros espíritas”, de intervenções policiais nos terreiros e na humilhação pública dos praticantes, que eram considerados “malandros”, loucos, vagabundos, como forma de minar a memória africana (ALMEIDA, 2001, p.158).

De outro ponto de vista, podemos considerar que a liberdade de lembrança está vinculada ao direito de obter informações a partir de documentos e/ou fontes históricas, só excepcionalmente limitável, como decidiu o Supremo Tribunal Federal no RMS 23036/RJ. Nesse processo, os Impetrantes impugnaram o ato do Presidente do Superior Tribunal de Militar que lhes negou o acesso às fitas gravadas em processos que tramitaram perante aquela Corte à época da ditadura militar, inclusive mandando apreender aquelas que já havia sido gravadas, sob o argumento de que tais gravações não integravam os autos. A questão é que foram acessadas por quem não era advogado, razão pela qual entendeu a autoridade apontada como Coatora que houve violação ao art. 40 do Estatuto da OAB.

Os Impetrantes solicitaram tais gravações porque estavam escrevendo um livro baseado na atuação dos advogados de presos políticos, e alegam que as gravações são públicas, podendo delas ter acesso qualquer cidadão, uma vez que não tramitou o processo em segredo de Justiça. A segurança foi denegada por entender o Tribunal *a quo* que não se pretendia a defesa de direito subjetivo qualquer, mas subsidiar atividade de caráter comercial, qual seja, a publicação de livro.

No Supremo Tribunal Federal, o Relator Ministro Maurício Corrêa considerou que o direito à informação é balizado pela inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, no caso, dos Advogados e Ministros envolvidos. Por isso, negou provimento ao recurso por entender que as fitas só poderiam ser acessadas pelos Ministros, membros do Ministério Público, partes e advogados envolvidos nos respectivos processos.

Após intenso debate e pedido de vistas pelo Ministro Nelson Jobim, e afastado o foco da questão do exercício da advocacia, indagou-se se deveriam ser liberadas ou não as

gravações e notas taquigráficas de um julgamento (haja vista a intimidade dos Ministros e advogados). A conclusão é que não houve violação à intimidade porque as pessoas envolvidas exercem *múnus publico*, além do que não há discricionariedade possível em limitar o direito à informação: só a justificativa pautada em princípio estruturante do sistema brasileiro (interesse público ou defesa da intimidade) legitimaria a restrição. Vencido o relator, foi provido o recurso.

O direito de criar e transmitir memória consiste na faculdade de livre criação e expressão culturais como forma de incrementar o patrimônio cultural, além da possibilidade de reinterpretar livremente o passado, porque a interpretação de um fato muda com o passar do tempo. É uma questão de permitir que o passado seja analisado em perspectiva, que é o distanciamento ou a mudança de percepção ocasionada pelo decurso do tempo e pela transformação das relações sociais (CHALHOUB, 2007).

Os mortos não têm direitos de personalidade, uma vez que a morte a extingue, mas a memória permite que vestígios dessa personalidade finda permaneçam e até sejam transmitidos aos herdeiros como patrimônio moral. Sobre a questão da defesa da respeitabilidade do falecido, a doutrina em geral aponta duas situações bem diferentes (COSTA JR., 2004, p. 75): a primeira quando a ofensa à memória do morto atinge os sucessores diretamente, que podem pleitear a recomposição de danos por direito próprio; a segunda, quando a memória do falecido é ofendida mas não atinge diretamente os sucessores, mas esses como continuadores da personalidade extinta podem pleitear a reparação de danos (PÉREZ, 2007).

O art. 12 do Código Civil considera o cônjuge e/ou parentes como legitimados a exigir a reparação por dano moral por lesão ao direito de personalidade do falecido, além de lhes caber a autorização ou proibição de divulgação de escritos, a transmissão da palavra, publicação, exposição ou utilização da imagem, caso atinja a honra, a boa fama ou a sua respeitabilidade, ou se for destinada a fins comerciais.

Essa proteção estabelecida pelo Código Civil é importantíssima para coibir publicação de obras póstumas não autorizadas próprias do falecido ou de terceiros, ou mesmo de autoria contestável tributada a personalidades falecidas (apócrifas ou mesmo psicografadas), bem como a “atualização” de obras que utilizam o nome do Autor falecido quase que como parte do título, com a finalidade proteger a integridade da sua obra e os direitos autorais.

Portanto o Código Civil instituiu explicitamente os “gestores da boa memória”, a quem incumbe zelar para que os mortos sejam lembrados com respeito, já que a memória

transcende a morte física do indivíduo, garantindo-lhe a permanência do nome e da imagem. Entretanto, a concepção exclusivamente privatística da gestão da memória é insuficiente, especialmente quando se considera que os próprios legitimados podem abusar da memória do falecido, ou serem negligentes com a sua defesa, além do que pode não haver parentes vivos.

Há que considerar também que pode existir uma memória coletiva sobre o falecido, talvez não afetivamente valorizada ou defendida, justificando a preservação e o acesso público ao seu passado. É uma demanda dos arquivistas, genealogistas e historiadores contra o exercício abusivo do direito à privacidade, uma vez que existem detalhes privados de pessoas notórias que podem ser do interesse de toda a sociedade: segundo tal ponto de vista é preciso fixar um limite temporal final para a necessidade de consentimento pelos familiares, e reconhecer que a pesquisa científica é argumento bastante para o acesso aos documentos pessoais de personalidades famosas extintas (BAILLARGEON; BURGESS, 2007).

Além da defesa da memória pelos familiares, o respeito aos mortos pode ser manifestado por outras três maneiras: a *lembrança celebrativa*, em relação aos vultos e personalidades históricas; a *reabilitação*, quando o indivíduo falecido não teve em vida o reconhecimento ao qual fazia jus e o *direito genérico de respeito aos mortos*.

Como exemplo de lembrança celebrativa podemos citar a Lei nº 4.897, de 9 de dezembro de 1965, que visa a manter viva a memória de Tiradentes, alçado à condição de Patrono Cívico da Nação Brasileira⁴⁵ ou ainda, o Decreto nº 1.320, de 24 de janeiro de 1891, que instituiu honras e homenagens à memória do general de brigada Benjamin Constant Botelho de Magalhães⁴⁶. A prática de nomear ruas, edifícios e instituições públicas e privadas com o nome de autoridades falecidas também se enquadra nessa hipótese, haja vista a finalidade homenageá-las e imortalizá-las, consoante a Lei nº 6.454/77.

Quanto à segunda manifestação, o respeito à memória individual pode ser demonstrado através de reabilitação póstuma, tal como aconteceu com Sua Alteza Princesa D. Isabel, que através do Decreto nº 15.116, de 16 de novembro de 1921, do Presidente Epitácio Pessoa, tributou-lhe as honras fúnebres de Chefe de Estado e decretou luto nacional por três dias. Note-se que até a data da promulgação do referido Decreto a Princesa Isabel era tão somente uma exilada e sua importância pública e histórica foi então restabelecida.

⁴⁵ Veja a Lei nº 4.897/65, artigo 3º, *in verbis*: “Esta manifestação do povo e do Governo da República em homenagem ao Patrono da Nação Brasileira visa evidenciar que a sentença condenatória de Joaquim José da Silva Xavier não é labéu que lhe infame a memória, pois é reconhecida e proclamada oficialmente pelos seus concidadãos, como o mais alto título de glorificação do nosso maior compatriota de todos os tempos”.

⁴⁶ As honras consistiram em erigir a estátua de Benjamin Constant na praça da República (art. 1º), denominar o Instituto dos Meninos Cegos com o seu nome (art. 2º), cunhar uma medalha comemorativa em sua honra (art. 3º) e erigir um mausoléu onde foi enterrado para guardar suas preciosas cinzas.

O dever genérico de respeito aos mortos impõe que, na ausência, não lhes sejam imputadas características injuriosas, difamatórias ou caluniosas. A memória dos falecidos confunde-se, neste ponto, com a sua própria honra (biográfica), em respeito à conduta socialmente aceitável que a pessoa exerceu em vida, e que por isso a fez merecedora do apreço coletivo.

A memória como parte da honra dos mortos é tutelada penalmente pela Lei nº 6.640/79 (Imprensa), em especial o art. 40, I, d (SILVA, 2000, p. 795), embora a doutrina majoritária o perceba como um direito dos descendentes, ou seja, de não serem ofendidos os parentes. A caracterização da violação da memória como um variante dos crimes contra a honra pode ser visto no Habeas Corpus nº 69323/GO julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

O tratamento dispensado ao cadáver também é uma das maneiras de aferir o nível de respeito à memória, enquanto bem jurídico protegido, pois o desrespeito simbólico na modalidade vilipêndio⁴⁷ é considerado crime pelo Direito brasileiro, conforme art. 212 do Código Penal. É definido como crime formal que engloba uma grande variedade de condutas reveladoras do desprezo contra cadáveres sepultados ou não, além de restos mortais e cinzas, por exemplo, a injúria, a necrofilia, a necrofagia e gestos obscenos, entre outros (SILVA, 2000, p. 782).

Os familiares, que são os gestores da boa memória, em tese podem pleitear a reparação por danos morais contra aqueles que cometem o crime de vilipêndio. E nessa seara, duas situações são especialmente problemáticas: o uso de cadáveres para fins científicos e os preparativos realizados para o sepultamento pelas funerárias.

O cadáver não reclamado destinado à pesquisa científica em faculdades de Medicina pode ser alvo do vilipêndio, mas a Lei nº 8.501/92 apenas estabelece o procedimento para a identificação e liberação para estudos, não esclarecendo as obrigações que as Instituições de Ensino têm em relação ao mesmo. Por exemplo: quanto tempo o cadáver pode ficar à disposição, como e quando pode ser exposto, se é necessário elaborar protocolos de pesquisa para a sua utilização, especialmente porque há que se considerar o *jus sepulchri*, o direito de ser sepultado.

Não é porque foi obtido lícitamente que o cadáver pode sofrer todo tipo de exposição (VIEIRA, 2001, p. 61). Mesmo nas Faculdades de Medicina pode ocorrer o vilipêndio, por isso é parte obrigatória da educação dos médicos respeitar o ser humano em

⁴⁷ Do Latim *vilipendium*, que significa desprezar (CUNHA, 2001, p.822).

vida ou na morte, mesmo aos pedaços, o que é extensivo às funerárias, ainda que a importância ritual fúnebre tenha decrescido bastante.

Outra situação que merece especial atenção é a exposição de cadáveres em museus ou mesmo como obras de arte. As múmias e outros restos mortais humanos, antigos ou atuais, são expostos à visitação pública sem que exista uma legislação específica garantidora do respeito e da sua conservação, o que pode ser extensivo aos objetos rituais encontrados nos túmulos.

Ainda em relação ao dever genérico de respeito aos mortos, constata-se que a atribuição de logradouros públicos com o nome pessoas ilustres pode, na verdade e ao fim, significar uma espécie de vilipêndio à memória, caso eles não sejam adequadamente conservados.

Por exemplo, em Recife existe uma Avenida denominada “Engenheiro Abdias de Carvalho”, um eminente profissional que foi Diretor de Obras da Prefeitura do Recife e que participou destacadamente da reforma do Teatro de Santa Isabel, em maio de 1950. Essa avenida hoje é sinônimo de degradação e perigo, encontrando-se repleta de buracos e sendo palco de vários assaltos trágicos. O mesmo acontece com postos de saúde, escolas públicas, viadutos, praças e ruas que, não obstante absolutamente degradados, trazem o nome de pessoas ilustres como forma de homenagem, mas o seu estado de conservação talvez seja o pior dos vilipêndios.

É de se questionar se a intenção da homenagem subsiste à degradação dos aparatos públicos. É péssimo para a lembrança do homem Abdias de Carvalho ter o seu nome associado a uma via pública completamente danificada, que acaba por também corroer a sua imagem, razão pela qual assistiria teoricamente à família, guardiã da sua memória, o poder de exigir judicialmente a retirada do seu nome, ou indenização ou, *ad argumentandum tantum*, alternativamente até mesmo a reparação da via pública caso fosse mantida homenagem.

Convém ainda destacar que, muitas vezes com o pretexto de homenagear personalidades, nem sempre reconhecidas pela população, comete-se uma violência contra a memória dos lugares, mudando o nome de bairros e ruas de forma autoritária. Em Recife, várias ruas tiveram os seus nomes substituídos sem consulta à população, que assim também perde um pouco desse patrimônio imaterial⁴⁸ e de sua própria identidade.

⁴⁸ O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) reconheceu a denominação de ruas e logradouros públicos como patrimônio imaterial na Ap. 238/89, em jurisprudência citada por MIRANDA (2006, p. 271).

O raciocínio usado para a defesa da memória dos mortos pode ser estendido também para os ausentes, haja vista que igualmente podem ser vítimas de especulações quanto ao seu passado.

3.2 Estudo de caso: Mefisto

Mefisto é o nome de uma lendária figura diabólica, cuja missão é encaminhar os homens à perdição, cujo comportamento para com os seres humanos varia entre a brincadeira, a ironia e o cinismo. Mas também é o título de um romance do escritor alemão Klaus Mann (1906-1949), publicado em 1936 em Amsterdã onde este estava exilado.

A publicação do livro Mefisto na República Federal da Alemanha, em 1964, foi alvo de intenso interesse jurídico e levou a uma importante decisão do Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), em que se discutiram, com maior intensidade, a natureza e os limites da criação artística, bem como o respeito pela honra e a memória de pessoas já falecidas. O “caso Mefisto”, de 1971 (BVerfGE, 30, 173) é, sem dúvida um dos *leading cases* na interpretação e efetivação dos direitos fundamentais nessa área.

Na sua mais famosa obra *Fausto*,⁴⁹ Johann-Wolfgang von Goethe (1749-1832), considerado o maior poeta alemão, narra a tragédia do Erudito, que consiste na consciência do pouco tempo disponível e da efemeridade da vida humana para conhecer todos mistérios e as artes existentes, resumido no verso: “O tempo é curto e a arte é longa”. O Doutor Fausto, um homem culto versado nas artes do seu tempo, vive plenamente essa tragédia, frustrado por estudar tanto e saber tão pouco; por isso, é insatisfeito com a vida, deprimido e ansioso, sentindo-se impotente e culpado pela sua ignorância e condição humana limitadora, pensando até em tentar o suicídio⁵⁰.

Para superar essa natural limitação, Fausto invoca espíritos maus, dentre eles Mefisto, com quem celebra o famoso “pacto demoníaco”: se um dia ele ficar contente com o

⁴⁹ Em virtude da importância, envergadura, profundidade e do impacto deste monumental poema há quem afirme que o *Fausto* está para a Modernidade assim como a *Divina comédia* de Dante para a Idade Média e a *Ilíada* de Homero para a Antiguidade (cf. MAZZARI, 2004). A tragédia é inspirada num livro popular alemão, do século XVI, no qual já aparecem os principais personagens e o motivo do “pacto demoníaco”, prefigurado na tentação de Cristo no deserto (Mateus 4, 8-10). A “obra de vida” de Goethe tem duas partes: a primeira (de 4.614 versos) foi publicada em 1808, a segunda (de 12.111 versos) em 1831, um ano antes de sua morte. Existe uma excelente tradução portuguesa da brasileira Jenny Klabin Segall, que consegue reproduzir o ritmo dos versos originais.

⁵⁰ Para Ost (2004, p.315) a angústia de Fausto decorre do espírito de especulação levado ao extremo: ousar saber por todos os meios, inclusive diabólicos.

mundo, a ponto de deleitar-se com qualquer coisa, tornar-se-á o servo do diabo.⁵¹ Então, para seduzir Fausto, Mefisto apresenta-lhe os prazeres da vida mundana e sobrenatural, propiciando o encontro entre ele e Margarete (*Gretchen*), que tornar-se sua amante e futura mãe do seu filho. A história termina com conseqüências funestas para ambos: a sua aproximação com o Mal (personificado em Mefisto) os transforma em homicidas e condena a inocente donzela à loucura e à pena de morte por infanticídio.

“Mefisto – romance de uma carreira”, é o título do livro de Klaus Mann, suposta biografia de um obscuro ator de teatro chamado Hendrik Höfgen, que por meios torpes alcança o poder e a fama na Alemanha nazista. O personagem de Höfgen é caracterizado como um “gracioso filho do inferno” que saltita sobre cadáveres e não tem limites morais para ascender na carreira de ator. É inescrupuloso, egoísta, infame, covarde (pela sua alienação confortável), depravado, vaidoso, oportunista, adulator, insensível, alpinista social, incapaz de atos sinceros como a generosidade e o companheirismo (MANN, 2000, p. 234).

No ambiente do *III Reich*, o personagem mantém-se convenientemente alijado do processo político, não obstante integrasse o *staff* do regime nazista, com o qual afirma não se identificar, apenas para fazer carreira. Em que pese todos os adjetivos acima, o talento do ator é indiscutível, sendo freqüentemente reafirmado no livro. O seu papel mais destacado é o do Mefisto na peça *Fausto* de Goethe porque, no palco do teatro e na vida, Höfgen é a encarnação diabólica e bufa do Mal, ou seja, o seu sucesso em representar o papel se deve à própria personalidade como homem. Conclui-se a caracterização de Höfgen e Mefisto com palavras do próprio livro, que sintetizam a sua idéia central: “O sucesso, esta sublime e irrefutável justificativa de todas as infâmias, fizera ambos esquecerem qualquer pudor” (MANN, 2000, p. 216).

a) Gustav Gründgens: o retratado?

O ator alemão Gustav Gründgens nasceu em 1899, em Düsseldorf. Alcançou a fama fazendo papéis de vilões em peça teatrais e também atuou no cinema, a partir dos anos 30 do século XX; até hoje, é considerado um dos atores mais talentosos de língua alemã. Ao

⁵¹ “Vamos embora, ora essa! Este antro de martírio acaso te interessa? Levar tal vida é o que te agrada, maçar-te a ti e à rapaziada? (...) Vai-te e despreza o gênio e a ciência, do ser humano a máxima potência! Deixa que em cega e feiticeira gira te embale o demo da mentira, e já te prendo em meu enlace. Deu-lhe o destino um gênio ardente que, invicto, aspira para frente. E, em precipitação fugace, da terra o Bom transpõe fremente. Arrasto-o, em seu afã falace, pela vida impetuosa e nula. Lute, esperneie, se espedace, veja a sua insaciável gula, o alimento a flutuar-lhe ante a sedenta face, debalde implore alívio refrescante. E, se antes ao demônio já não se entregasse, pereceria não obstante.” (GOETHE, 2006, p. 179-180).

casar com Erika Mann (filha do famoso escritor Thomas Mann), tornou-se cunhado e amigo de Klaus Mann, que era socialista e, por isso, teve de fugir da Alemanha em 1933 e, um ano depois, perdeu a cidadania alemã. Mann faleceu em 1949, em Cannes (Suíça), por consumo de uma dose demasiadamente alta de tranqüilizantes.

O papel que alçou Gustav Gründgens à condição de astro foi justamente o Mefisto da peça *Fausto I*. Apadrinhado por Hermann Goering, um dos homens mais poderosos da Alemanha nazista, tornou-se superintendente do Teatro do Estado (*Staatstheater*) de Berlim, em 1935. Ele não possuía um ideário político explícito: era “de esquerda” porque se relacionava bem com artistas comunistas em Hamburgo, mas também mantinha boas relações com os altos mandatários nazistas. A falta de clareza ideológica foi justificada por ele como uma forma de respeito ao Teatro, que seria um “local sagrado”, avesso e protegido das influências da realidade exterior, e só deveria servir aos valores da beleza e da verdade.

Reporta-se que ele nunca procurou ajudar os seus colegas, exilados ou presos, mesmo antes da instalação do regime nazista, em 1933, ao qual acabou dando credibilidade artística e intelectual. Com o fim da Guerra, foi aprisionado num campo russo, mas após sua reabilitação, voltou às atividades culturais em Berlim, Düsseldorf e Hamburg e a ser um dos mais conhecidos atores-diretores de teatro da Alemanha. Faleceu – supostamente por uso excessivo de drogas – em 1963, na capital das Filipinas, Manila.

b) O duelo dos mortos

Em 1964, Peter Gorski, filho adotivo e herdeiro do falecido Gründgens, propôs ação judicial contra a Editora *Nymphenburger* para evitar a distribuição do livro na Alemanha, sob o argumento de que o seu pai era facilmente reconhecível como o personagem Hendrik Höfgen, com violação ao seu bom nome e memória. Rejeitada a queixa, o livro foi publicado com a tiragem de dez mil exemplares. O recurso interposto foi também indeferido, porém determinou-se a inclusão de um “prefácio” ao livro (SPANGENBERG, 2006, p. 306):

Ao Leitor: O autor Klaus Mann emigrou voluntariamente em 1933, levado por seus ideais, e em 1936 escreveu este romance em Amsterdã. Em virtude de suas idéias de então e de seu ódio contra a ditadura hitlerista, criou um quadro crítico da história do teatro da época em forma de romance. Ainda que não se possa negar que tenha tomado por modelo pessoas daquela época, ele configurou os personagens do seu romance fazendo uso apenas de sua imaginação literária. Isso vale, sobretudo, para o personagem principal. De qualquer modo, as ações e ideais atribuídos a esse personagem no romance correspondem em grande parte à imaginação do autor. Daí ele ter

acrescentado à obra a seguinte explicação: “Todos os personagens deste livro representam tipos, e não pessoas reais”.⁵²

Embora discordando do teor do prefácio determinado pelo Judiciário, por entendê-lo como uma intromissão indevida nos direitos do autor, o editor o incluiu nos livros distribuídos. Em 1966, o Tribunal Estadual de Apelação Civil proibiu a circulação da obra, decisão essa mantida pelo Supremo Tribunal de Justiça (*Bundesgerichtshof*), que aceitou, dois anos depois, o direito de proteção à pessoa falecida (honra *post mortem*), que se sobrepôs ao direito de liberdade artística do autor e do editor, ao afirmar categoricamente que foram violadas a reputação, a honra e a memória de Gründgens⁵³. O fundamento para a proteção reside no fato de que a memória do ator ainda “estava viva”, havendo por parte do público o interesse de que ela não fosse distorcida ou desfigurada para a posteridade.

Então, o editor interpôs queixa de inconstitucionalidade ao BVerfG, destacando aspectos jurídicos, artísticos (especialmente quanto à caracterização do realismo e do romance-verdade) e políticos. No julgamento, em 1971, houve empate no placar de três votos favoráveis e contrários dos integrantes do Primeiro Senado (= Turma) do BVerfG prevalecendo, nesse caso, a tese que rejeita o recurso.⁵⁴ Mesmo considerando que o problema do nazismo permanecia atual, na ponderação entre a dignidade humana e o direito de liberdade artística, a decidiu pela prevalência do direito de personalidade, mesmo em relação a um sujeito depois da morte. Argumentou-se que os direitos fundamentais (como os de personalidade) não são limitáveis, enquanto que a liberdade artística sim, em face ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é o seu instrumento de legitimação.

Entretanto, o Supremo Tribunal de Justiça disse também que, com o passar do tempo, a lembrança do ator se desvaneceria, possibilitando que a sua reivindicação de direito pessoal se extinguisse. Ou seja, assim como a memória diminui com o passar do tempo, também a sua proteção jurídica seria gradualmente reduzida,⁵⁵ razão pela qual o respeito

⁵² Segue o trecho do telegrama que Klaus Mann enviou à redação do jornal *Pariser Tageblatt*, em 1936: “Sou obrigado a declarar solenemente; quando escrevi o *Mefisto* – Romance de uma carreira, o que menos me importou foi contar a história de uma determinada pessoa. O importante para mim foi representar um tipo e, com ele, os diversos ambientes (meu romance de modo algum refere-se apenas aos “nazistas”), os pressupostos sociológicos e intelectuais que possibilitaram uma tal ascensão.”

⁵³ Textualmente, conforme transcrito no acórdão analisado: “Der Roman verletze Gründgens in seiner Ehre, seinem Ansehen, seiner sozialen Geltung und verunglimpfe gröblich sein Andenken”.

⁵⁴ “Embora tenha havido empate também em outras decisões, o Primeiro Senado do TCF talvez nunca tenha ficado tão dividido assim em outra decisão passada ou futura”; *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal*. Schwabe, Jürgen (coord.); Martins, Leonardo (org.). Trad.: Beatriz Hennig et alii. Berlim/Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer (KAS), 2005, p. 500, rod. 297).

⁵⁵ Conforme excerto: “Das Oberlandesgericht als letzte Tatsacheninstanz hat festgestellt, bei Gründgens handle es sich um eine Person der Zeitgeschichte und die Erinnerung des Publikums an ihn sei noch lebendig. Aufgrund dieser Feststellungen sind das Oberlandesgericht und der Bundesgerichtshof davon ausgegangen, daß der Schutz

social em relação ao falecido após sua morte tinha tempo limitado. Em 1976, foi realizada uma pesquisa de opinião por uma grande emissora de rádio alemã, que perguntou: “Você sabe quem foi Gustaf Gründgens?” O resultado demonstrou que a lembrança do ator já havia se desvanecido (SPANGENBERG, 2000, p. 310).

O editor do livro *Mefisto*, Berthold Spangenberg (2000, p. 308), vencido no processo, chegou a afirmar que o fundamento para a rejeição do recurso pela Corte Constitucional não teria sido jurídico, mas político; as mesmas razões que causaram o exílio e a cassação da nacionalidade de Klaus Mann teriam levado à proteção da honra *post mortem* de um alto dignatário do regime nazista. Ele reputou inaceitável a interferência do BVerfG no conteúdo da obra e alega que essa medida só teria servido para permitir o lucro com publicações clandestinas, já que o livro foi legalmente publicado na Alemanha apenas em 1981, pela Editora Rowohlt.

c) Análise

O caso *Mefisto* envolve questões interessantes em relação ao direito à memória, especialmente quanto ao conflito entre a liberdade artística, como direito fundamental, e o respeito aos mortos, mas também (e principalmente) porque impede o avanço do primeiro sobre a esfera do segundo, condicionando-o ao gradual esvaimento da memória. Em síntese, o caso explicita que o limite da liberdade artística é ultrapassado se, a pretexto de descrever a vida ou a conduta de determinada pessoa, atribui-se a ela prática de atos estranhos à sua biografia, sem que exista determinação sobre o caráter satírico da afirmação (MENDES, 2000, p. 288). Portanto, é possível concluir que a biografia do morto quedaria protegida contra deturpações e desfigurações, enquanto a sua *memória* fosse objeto de interesse social.

No caso, o mais interessante é que a memória social aparentemente confirma o retrato de Gründgens por Klaus Mann, especialmente porque na biografia do ator os fatos narrados são basicamente verdadeiros, não obstante a sua interpretação ou extensão possa ser fantasiada. De qualquer maneira, a memória de Gustav Gründgens está indelevelmente vinculada ao romance *Mefisto*, especialmente depois da rumorosa ação judicial que transformou a matéria em uma discussão sobre a liberdade artística e os seus limites.

des Achtungsanspruchs des verstorbenen Gründgens im sozialen Raum noch fortduere. Hierbei hat der Bundesgerichtshof zutreffend berücksichtigt, daß das Schutzbedürfnis - und entsprechend die Schutzverpflichtung - in dem Maße schwindet, in dem die Erinnerung an den Verstorbenen verblaßt und im Laufe der Zeit auch das Interesse an der Nichtverfälschung des Lebensbildes abnimmt.”

3.3 A dimensão prestacional do direito fundamental à memória

O direito à memória possui uma dimensão prestacional, envolvendo o direito a participar da elaboração de políticas públicas para a conservação do patrimônio (proteção e participação na organização e procedimento), a prestações materiais (conservação do patrimônio cultural) e à utilização dos bens públicos que constituem o patrimônio cultural, que se enquadram nas prestações de cunho existencial.

Evidentemente que o direito à memória, em sua dimensão prestacional, terá sua eficácia condicionada à existência e disponibilidade de recursos financeiros, limitada pela “reserva do possível”, bem como depende de uma inserção ampla nas políticas sócio-econômicas formuladas em conformidade às limitações orçamentárias. A sua forma de positivação vaga e aberta, previsto que está em norma programática, determina a sua baixa densidade normativa, afetando a sua eficácia.

A dimensão prestacional pode compreender outras posições jurídicas:

- a) direito à prestação estatal de informação sobre o patrimônio cultural, inclusive com a garantia de acesso a arquivos e bibliotecas;
- b) direito de participar da elaboração das políticas públicas em defesa da memória e do patrimônio;
- c) direito à fruição do patrimônio cultural;
- d) direito à verdade, isto é, de livre investigação e conhecimento sobre o passado próprio e nacional.

3.4 A dimensão transpessoal do direito fundamental à memória

A dimensão transpessoal do direito fundamental à memória é composta por sua manifestação como direito de terceira e de quarta dimensão, tendo por destinatário o gênero humano mesmo, abrangendo sujeitos atuais e as gerações futuras, que são ligados por laços de solidariedade intergeracional.

Considerando que no Ordenamento Jurídico brasileiro o patrimônio cultural – suporte do direito à memória – é parte integrante do meio ambiente, pode-se caracterizá-lo como um direito de terceira dimensão, de caráter difuso, que impõe a fruição conjunta dos bens culturais comuns.

Pode também ser caracterizado como direito de quarta dimensão, uma vez que no âmbito internacional já se reconheceu a importância universal de determinados bens culturais

para a memória da Humanidade. O programa “Memória do Mundo” da UNESCO, por exemplo, é um registro do patrimônio documental que traça a evolução do pensamento e das conquistas culturais da Humanidade, cuja finalidade é ajudar na preservação, facilitar o acesso e criar uma maior consciência da existência e da importância desses documentos em sua integridade (autênticos, sem mutilação, censura ou manipulação) para as atuais e futuras gerações (UNESCO, 2007-c).

O critério para o registro de um documento na Memória do Mundo⁵⁶ consiste em sua importância transcendente, para além dos limites de uma época ou povo particular, e sua capacidade de interessar a Humanidade como todo porque ele, o documento, é capaz de ilustrar a sua própria evolução. Note-se que esse programa registra não apenas os bens atualmente existentes, mas também o patrimônio perdido e desaparecido.

Nessa dimensão transpessoal é praxe pensar em um direito das futuras gerações de acessar o patrimônio cultural diversidade e em bom estado de conservação. Entretanto, com Bobbio (2004, p.28) destaca-se também o seu dever de continuar preservando o passado, pois a atual geração é futura em relação às precedentes e cabe-lhe preservar o passado e o presente para as gerações vindouras.

Os itens e parágrafos anteriores trataram das dimensões individual, prestacional e transpessoal do direito à memória, mas como acontece com a maioria dos direitos fundamentais, o seu conteúdo geralmente é carente de preenchimento pois dependerá do valor histórico, artístico e arqueológico, por exemplo, que são indeterminados. Faz-se necessário determinar o conteúdo dessa valoração, o que leva a um problema quanto ao critério a ser adotado para reconhecer os valores⁵⁷.

Para Larenz (1997, p. 178), esses critérios devem ser extraídos dos princípios do Ordenamento Jurídico, visto que esses são a mediação entre a idéia de Direito e o Direito Positivo. Assim, os valores a serem considerados seriam aqueles que, reconduzidos aos princípios, mostrassem concretizar a idéia de Direito. Nesse processo poder-se-iam utilizar os métodos racionais de valoração, quais sejam, à subsunção do fato à norma (lógico), a interpretação e a complementação da Lei (métodos literal, sistemático, histórico e teleológico) e a comparação de tipos.

Para o Estado, por outro lado, identificamos os seguintes deveres fundamentais:

⁵⁶ No Brasil foi instituído o Comitê Nacional do Programa Memória do Mundo pela Portaria nº 259, de 2 de setembro de 2004, do Ministro da Cultura. Várias instituições participam desse Comitê, o Arquivo Nacional, o IPHAN, a Fundação Biblioteca Nacional, entidades privadas, entre outras. Em 2003 a “coleção D. Maria Thereza Cristina” de fotografias foi inscrita na Memória do Mundo.

⁵⁷ Cf. Capítulo 4.

a) positivamente, o dever de implementar políticas públicas para conservar, proteger e difundir o patrimônio cultural brasileiro, nas três esferas da Federação. Especificamente quanto à memória, a obrigação de transmitir os valores e conhecimentos às gerações futuras de modo a garantir a continuidade do processo civilizatório (CUREAU, 2003, p. 191).

b) positivamente, o dever de memória, consistindo em recordar os fatos dolorosos da sociedade, que encerrem violações aos direitos humanos, a fim de que os mesmos não mais se repitam, portanto, com uma finalidade didática⁵⁸. Um exemplo do reconhecimento do “dever de memória” no âmbito internacional é o projeto “Slave Route” da UNESCO (2007-d), cuja finalidade explícita é recordar a escravidão e o tráfico de escravos para investigar as suas implicações na maneira como são manifestados o racismo e o preconceito nos dias atuais, bem como apontar caminhos para a construção de uma nova forma de cidadania, respeito pela diversidade cultural e o fomento à construção de um diálogo intercultural.

c) negativamente, o dever de abstenção de promover a memória de uma matriz civilizatória em detrimento das demais.

d) negativamente, o dever de abstenção de destruir o patrimônio cultural, pois o Estado pode fazê-lo por diversas condutas diferentes tais como obras públicas sem o devido estudo de impacto ambiental e de vizinhança, destruindo documentos públicos, ou modificando autoritariamente o nome das ruas de uma cidade, que também integram o seu patrimônio imaterial⁵⁹.

Ainda, para o indivíduo e para a sociedade podemos conceber um *dever de memória ou testemunho* relativamente aos fatos sociais que causem comoção, com o intuito de prevenir ocorrências similares no futuro. A sociedade e o indivíduo devem, assim, tornar-se vigilantes quanto aos erros do passado, possibilitando o aperfeiçoamento das instituições e da vida social.

Em síntese, o direito fundamental à memória encerra diversas posições jurídicas, devido à sua constituição complexa, manifestando-se através de direitos de primeira, segunda, terceira ou quarta dimensões, aos quais correspondem deveres do Estado, da sociedade e do indivíduo. Não há contradição, ou transbordamento lógico, em admitir que um direito

⁵⁸ Interessante o que dispõe a Lei 10861/04, art. 3º, III, onde se coloca como critério avaliativo obrigatório para as instituições de Ensino Superior a memória cultural.

⁵⁹ Existe um projeto de Lei Nº 608/2003, da lavra do Deputado Elimar Máximo Damasceno (PRONA-SP), apensado ao Projeto de Lei nº 1.626/2003 (Deputado Sandes Júnior), visando a alterar a Lei nº 6.454/77 para proibir a alteração de nomes de logradouros públicos com mais de quinze anos de utilização, como forma de proteger a tradição e a memória. A alteração só poderia ser feita com a manifestação dos munícipes. Até essa data (12/10/2005), o projeto ainda se encontra em fase de tramitação na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

subjetivo, tal como o objeto deste estudo, possa ter várias manifestações, dependendo a sua classificação da ênfase dada ao aspecto abordado: se individual, coletivo ou difuso.

Apenas com o intuito de complementação, é possível admitir-se um direito fundamental à memória também para pessoas jurídicas de Direito Público e Privado, considerando que elas podem ser titulares de direitos fundamentais, a exemplo do que ocorreu com o direito ao sigilo da correspondência, inviolabilidade de domicílio e as garantias previstas no artigo 5º, XVIII e XIX da Constituição Federal (BRANCO, 2000, p. 165).

3.5 Quanto às competências constitucionais

Sem dúvida, uma das principais manifestações da eficácia de qualquer direito é o sistema de competências criadas para efetivá-lo. Em relação ao direito à memória, a conservação do patrimônio cultural que lhe serve de suporte pode ser assim sistematizada:

Quanto à competência legislativa, a União deve legislar privativamente sobre jazidas, minas e outros recursos minerais (art. 22, XII), visto que o patrimônio arqueológico e o paleontológico podem ser enquadrados como jazidas, além de constituírem-se em bens da União; o inciso XIV, relativo às populações indígenas, em especial quanto à proteção dos modos de viver e fazer desses povos, e do conhecimento tradicional; o inciso XXIV, quanto às diretrizes e bases da educação nacional, porquanto integram a política cultural.

Há também a competência legislativa concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal, fixada pelo artigo 24 da Constituição Federal, especialmente quanto ao direito tributário, fundamental para o financiamento da Cultura e preservação do patrimônio, bem como o direito urbanístico (inciso I); inciso VII, proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; inciso VIII, quanto à responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; inciso IX, educação, cultura, ensino e desporto.

Esse artigo 24, VIII, da Constituição Federal, é considerado por José Afonso da Silva (2001, p. 43-44) como uma norma de difícil interpretação, haja vista que a responsabilidade civil e a criminal integram as matérias de competência legislativa privativa da União. Portanto, a norma só poderia ser relativa à responsabilidade administrativa, ou, significar uma exceção à exclusividade do artigo 22 da Constituição Federal, balizada pela natureza concorrente. Como consequência desse raciocínio, poder-se-ia afirmar que o artigo 216, §4º da CF/88 poderia ser regulamentado por lei estadual.

Conforme a reflexão de Farias (1997, p. 285), a previsão de uma competência legislativa concorrente procurou estabelecer preocupações comuns para os entes estatais, a demonstrar a relevância da matéria, e não uma divisão de trabalho entre os entes federativos, como em geral é interpretado. Para o direito à memória e o patrimônio cultural poderia significar uma garantia a mais, otimizando a proteção na medida em que não relega às mãos de um só ente essa tarefa tão importante.

Os Estados são dotados de competência legislativa remanescente, cabendo-lhes legislar sobre tudo aquilo que não foi atribuído (enumeradamente) à União, nem integre o interesse local dos Municípios (por exemplo a proteção de determinada manifestação cultural típica do lugar), especialmente no que tange à administração do seu próprio patrimônio, do qual fazem parte os bens culturais.

Quanto à competência administrativa, à União cabe exclusivamente elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX), no qual o patrimônio cultural pode ser um importante fator de prosperidade, especialmente através do Turismo; exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão (XVI), competência essa que se refere diretamente à produção e difusão do patrimônio artístico; organizar a defesa civil (XVIII), importantíssimo para proteger os bens culturais contra calamidades e no inciso XX instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano.

O art. 23 da CF/88 estabelece ainda a competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, consistindo em conservar o patrimônio público (art. 23, I), pois alguns dos principais monumentos do país são bens públicos; proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (III); impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (IV); proporcionar meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (V), proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (VI), e genericamente melhorar a qualidade de vida através da promoção da moradia, saneamento básico e combate à pobreza (IX e X).

Esse artigo 23 trata da competência para as tarefas tidas como tão prioritárias que deveriam conjugar-se esforços para efetivá-las (KRELL, 2004-a, p. 101), e sua regulamentação depende de uma lei complementar nunca editada, trazendo problemas como a superposição de comandos e recursos, conflitos interinstitucionais e falta de responsabilização dos entes estatais, o que acaba causando a ineficiência de sua atuação.

Ao lado dessas competências comuns são fixadas competências exclusivas para os Estados e Municípios, cabendo aos primeiros instituir as políticas de gestão dos seus próprios bens culturais, com base nas autonomias política e patrimonial consagradas expressamente pelos arts. 25 e 26, enquanto que a competência municipal é prevista pelo art. 30 da CF/88 para promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual (IX) e para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

O interesse local para fins de determinar a competência municipal pode ser definido por critérios geográficos, demográficos, *culturais*, ecológicos, sócio-econômicos, administrativos e financeiros (KRELL, 2004-a, p. 100), ressaltando-se que não dispensa nem a aplicação de normas estaduais e federais e nem a fiscalização por parte dos outros entes federativos.

Essa distribuição das competências visa a maximizar a proteção do meio ambiente, no qual se insere o patrimônio cultural, sendo comum quanto às administrativas e predominantemente concorrente no plano legislativo, para forçar a cooperação entre os entes estatais, independentemente da edição de Lei Complementar (FIGUEIREDO, 1997, p. 5). Como se aplica imediatamente viabiliza e autoriza a atuação de um ente público na proteção dos bens de outros, inclusive mediante a aplicação e elaboração de normas ambientais: o Município, por exemplo, havendo omissões das demais Pessoas Políticas, estaria autorizado a legislar e aplicar normas protetivas ao patrimônio cultural da União e do Estado, sem invadir quaisquer competências (VITTA, 1998, p. 100).

O problema é que o fato da CF/88 estabelecer competências não significa um dever jurídico em sua concretização. Só quando a regra de competência claramente estabelece um dever é que se pode falar em atuação obrigatória, ou quando se tratar de norma sobre direitos fundamentais ou da dignidade da pessoa humana (KRELL, 2004-a, p. 126). Portanto, o Brasil não possui um real federalismo cooperativo, por não realizar o princípio da solidariedade funcional entre as diversas esferas de competência, de modo a estabelecer um equilíbrio dinâmico de atuação dos entes estatais (KRELL, 2004, p. 96).

Como destaca Mukai (1991, p. 489) o modelo de Federalismo Cooperativo adotado pela Constituição de 1988, que visava a estimular a eficiência e colaboração no exercício das competências, especialmente administrativas, não logrou aumentar a integração entre os entes públicos na defesa do meio ambiente. E isso se deve à falta de entendimento ou prática do que seja “integração” e “cooperação”.

Para Clève e Peixoto (1991, p. 293), “integração” na praxe interpretativa e administrativa no Brasil seria, em verdade, uma forma de sobrepor a União aos demais entes federativos, em uma tendência centralizadora verificada desde a Constituição de 1891, na medida em que lhe atribui maiores poderes, ainda que enumeradamente, em detrimento dos Estados e Municípios. Reduziu-se o âmbito da atividade legiferante, quer pela imposição desses limites explícitos, quer implicitamente, deixando ao legislador estadual e municipal apenas a incumbência de repetir, copiar as normas federais, por receio de afrontar a supremacia constitucional ou comodismo.

A referida tendência centralizadora encontra o seu fundamento nas origens da Federação Brasileira, criada a partir de um Estado Unitário. Não existe fundamento o entendimento de que a centralização indevida decorre da distribuição das competências na Constituição Federal, pois é assegurada aos Estados – a base da Federação – uma competência própria **remanescente**, maior em abrangência e conteúdo que aquela atribuída à União.

Tal fenômeno - a centralização indevida - deve-se mais a uma interpretação equivocada das normas constitucionais, a determinar a concepção de uma Federação falaciosamente hierarquizada, em dissonância ao texto e à vontade da Constituição, mas conforme à necessidade e ao comodismo dos Estados e Municípios brasileiros que, por razões diversas (políticas, econômicas, sociais e etc.), não impuseram à União a sua autonomia. Exatamente por essa centralização, Bonavides (1980) destaca que o Federalismo brasileiro apenas conseguiu aprofundar as diferenças regionais, o que levaria à decadência funcional dessa forma de Estado.

3.6 Efetividade

A efetividade de uma norma consiste em verificar o seu poder de disciplinar a sociedade, fazendo com que as condutas prescritas sejam realmente observadas. Ou, no sentir de Bobbio (2004, p. 80) é a “tensão entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações”, especificamente falando dos direitos humanos.

Já a efetividade de um direito subjetivo pode ser aferida pelo exercício individual e social das posições jurídicas consagradas, acima explicitadas, bem como pelo exercício das competências previstas para a sua implementação. Resta saber se o direito fundamental à memória é efetivamente exercido pela população e se os órgãos aplicadores da Lei o observam.

Existem muitas maneiras de sindicarmos a efetividade do direito à memória, desde avaliar a atuação das entidades públicas encarregadas de sua preservação, ou mesmo verificar se população realmente compartilha com os valores implícitos e explícitos que orientam as políticas públicas de fomento e preservação da Cultura, onde são utilizados recursos públicos expressivos, até mesmo quanto ao tipo de participação que os cidadãos têm na elaboração e implementação de tais políticas.

Apenas para ilustrar um caso em que a memória do brasileiro é mal constituída, e portanto não efetivando plenamente o seu direito a ela, toma-se como exemplo a distância entre a concepção do Sete de Setembro, dia da Independência do Brasil, como manifestação cívica, e sua efetiva implementação.

O motivo da escolha é que essa data é *representativa* da fundação da identidade nacional, e como tal baseia-se na lei da repetição que cria a memória cívica. Como afirma Walter Benjamin (1994, p. 253) “toda experiência profunda deseja insaciavelmente, até o fim de todas as coisas, repetição e retorno, restauração de uma situação original que foi o seu ponto de partida”. Se a essência da representação não é fingir, mas reviver continuamente, então indaga-se: como o brasileiro revive e comemora a Independência?

O Decreto nº 4.175, de 11 de novembro de 1920 autorizou o Poder Executivo a promover a comemoração do Centenário da Independência Política do Brasil⁶⁰, destacando no seu art. 2º a preferência pela realização de uma Exposição Nacional na capital da República. Em 7 de setembro de 1922 foi inaugurada tal Exposição, que além de pontuar o centenário da Independência, também tinha a finalidade de mostrar o progresso do Brasil como nação republicana.

Posteriormente, a Lei nº 5.571, de 28 de novembro de 1969, instituiu e denominou a data do Sete de Setembro como o “Dia da Independência”, devendo ser comemorado anualmente em todo o território nacional, cabendo ao Ministério da Educação e Cultura organizá-lo, em cooperação com as Secretarias de Educação do Estado e das Prefeituras.

A finalidade dessa comemoração, conforme art. 3º da referida Lei, consiste em exaltar a idéia da “Pátria”, estimulando o amor à liberdade, o *culto às tradições nacionais*, além de elevar o sentimento de solidariedade e amor ao trabalho construtivo, como fatores de preservação e fortalecimento da Independência.

Uma das finalidades mais interessantes, e que se deve dar destaque, é que tal celebração tem o escopo de explicar ao povo o significado político da Independência. Se

⁶⁰ A primeira referência ao Sete de Setembro como feriado foi encontrada no Decreto nº 1285, de 30 de novembro de 1853, que instituiu as férias forenses, mas não há indicação de tratar-se do Dia da Independência.

considerarmos que essa Lei foi editada em 1969, no auge da Ditadura militar, poderemos compreender o distanciamento popular e, diga-se, ideológico, existente entre a letra da Lei e da realidade dos desfiles “cívicos”, que têm a rara participação dos cidadãos. Até mesmo visualmente pode-se constatar que a população fica à margem da comemoração, apenas como desfile caracteristicamente marcial e solene, que em nada lembra o costume das festas populares no Brasil, cujo grau de espontaneidade é tão propalado.

Outro ponto a ser destacado é que a Lei nº 5.571/69 prevê em seu art. 3º que a Independência do Brasil será celebrada através de “festas e espetáculos públicos, preferentemente de cunho folclórico, palestras e conferências, se possível irradiadas e televisadas, exposições, divulgação de poemas, artigos, estudos, contos, fotografias e outros alusivos à data”. Não obstante, não se verifica a realização desses eventos patrocinados pelos entes e órgãos competentes no perfil desenhado pela Lei: de fato, a única manifestação que se conseguiu observar, porém ainda de forma assistemática, é a realização de um desfile de caráter militar, sem qualquer referência à tradição cultural e ao folclore brasileiro.

Na verdade, a celebração do “Dia da Independência” coincidiu com uma necessidade estratégica do Governo de fortalecer a sua propaganda política, finalidade essa explicitada no parágrafo único do art. 3º da citada Lei, onde há a previsão de que, sempre que possível, faça-se coincidir com essa data a inauguração de obras públicas e particulares, capazes de realizar o significado para o progresso nacional.

As comemorações procuram criar um envolvimento emocional, proporcionando o “desabrochar de sentimentos comunitários” que favorecem a coesão social, como destaca Lúcia Oliveira (2000, p. 189). Quando há uma dissociação entre a vida da sociedade os ritos e imagens que integram a iconografia oficial, a relação do povo com esses símbolos é meramente formal, daí porque a população não os experiencia com plenitude (CASTRO; ORTIZ, 2004), que é o que ocorre com o “Dia da Independência do Brasil”.

Não é à toa que os organizadores do “Grito dos Excluídos” elegeram o sete de setembro como data da convergência de suas atividades no Brasil porque, devido ao seu caráter simbólico, é a oportunidade ideal de projetar os anseios incorporando-os aos valores declarados da sociedade brasileira.

A memória (individual ou coletiva) é aperfeiçoada e melhorada através do uso e do exercício (IZQUIERDO, 2002, p. 73) e não há dúvidas quanto à sua importância porque a representação do passado é constitutiva da identidade individual e coletiva, destacando-se que o indivíduo tem a necessidade de pertencer a um grupo e a um tempo, e aí afirmar a sua existência (TODOROV, 2000, p. 51).

A memória permite uma análise distanciada do presente, mas não pode significar a ignorância de misérias atuais. A sua função é exemplar, e por isso serve-se do fato rememorado como modelo para compreender situações novas, através da generalização, construção de exemplos ou conhecimentos: o fato analisado deve ser a chave para compreender o futuro e significa dar um passo adiante a partir do infortúnio, escolhendo tirar uma lição do passado (TODOROV, 2000, p. 31). Mas como qualquer outro, o direito fundamental à memória é passível de abuso, bastando para a sua caracterização a investigação sobre os resultados bons ou não da evocação.

4. O PATRIMÔNIO CULTURAL COMO SUPORTE DO DIREITO À MEMÓRIA: ANÁLISE DO ART. 216 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Honra o teu pai e a tua mãe...
(Deuteronômio, 5,16, p. 170)

Suporte é sinônimo de alicerce ou base de sustentação. Neste capítulo pretende-se demonstrar que o patrimônio cultural é o suporte do direito à memória porque nele ela encontra o seu fundamento e o seu conteúdo⁶¹.

Os suportes da memória coletiva são muito variados e, hoje, não há mais hierarquia rígida entre as diversas formas de registro: a chancela oficial não é mais o critério da fidedignidade ou da importância de uma lembrança. A multiplicidade de elementos e registros do patrimônio não permite reduzi-los a um denominador comum que sirva de critério de definição do que é preservável. Por isso, é exatamente na escolha e aplicação do critério de identificação que a dimensão política-ideológica aparece de forma mais contundente, pois a “possibilidade de construção fechada de uma versão unívoca do passado repousa no poder de decidir sobre o que será ou não preservado enquanto registro à disposição da posteridade”(SILVA, 1992, p. 19).

A epígrafe deste capítulo faz parte do Livro de Deuteronômio da Bíblia que, conforme Le Goff (2000, p. 27), organiza a memória do povo hebreu e cria o dever de recordação, como fundamentos de sua identidade. Como ver-se-á adiante, a transmissão dos conhecimentos entre as gerações, honrando assim pai e mãe, é o alicerce da construção do patrimônio cultural e da idéia de “Pátria”.

Verificar-se-á também como a legislação estabelece os critérios para identificação dos bens culturais a serem preservados, tarefa essa que se inicia pela análise comparativa das construções doutrinária, legal e jurisprudencial do conceito de patrimônio cultural, bem como pela verificação da validade da valoração e da interpretação em sua aplicação.

⁶¹ O hino da Ilha de Itamaracá, instituído pela Lei nº 397/73 e cuja letra é da autoria de Fernando Pio, ilustra essa idéia nos seguintes versos: “Lua cheia, dize-me ó lua/que mistério pelos ares anda/É o passado que desperta/nas asas de uma ciranda. (...) Lua cheia, dize-me ó lua/porque o forte o tempo não destrói: cada pedra é uma história/e cada história, um herói”.

4.1 Delineamento do patrimônio cultural brasileiro

4.1.1 Conceito doutrinário

A construção de um conceito doutrinário de patrimônio cultural depende da análise de três conceitos complexos: “Cultura”, “bens culturais” e de “patrimônio cultural” em si.

Para defini-lo é preciso adotar uma conceituação específica do termo *Cultura*, palavra cuja etimologia remonta ao Latim, significando primitivamente o ato de cultivar⁶², semear ou conservar (CUNHA, 2001, p. 233). Em uma segunda acepção, Cultura é o “conjunto de características humanas que não são inatas, e que se criam e se preservam através da comunicação e cooperação entre os indivíduos em sociedade”. Ou ainda, a “parte ou aspecto da vida coletiva relacionados à produção e transmissão de conhecimentos, criação intelectual e artística” (BUARQUE DE HOLLANDA, 1999, p. 591).

A moderna concepção de Cultura surgiu no século XVIII, mas o desacordo quanto à sua definição, ou de sua aplicação a essa ou aquela realidade, decorre do desacordo social e nacional de determinado contexto. Para Cuche (1999, p. 12). “as lutas de definição são, em realidade, lutas sociais, e o sentido a ser dado às palavras revela questões sociais fundamentais. As mudanças semânticas da “cultura” são reflexo de profundas mudanças sociais”.

Existe um forte elemento ideológico naquilo que se chama “Cultura”, termo largamente usado sentido normativo. Entretanto, cientificamente, não se trata de dizer o que deve ser a “Cultura”, mas de dizer como ela é, tal como aparece na sociedade, cabendo à Etnologia ressaltar o caráter descritivo do seu conceito, buscando-o sem julgamentos de valor ou pretensamente livre de implicações ideológicas. Nesse sentido, pode ser definida como um conjunto de conhecimentos, costumes, crenças, valores, regras, capacidades, entre outras aquisições do Homem em sua luta pela sobrevivência, enquanto membro da sociedade.

Segundo Cuche (1999, p. 10) a Cultura é um processo de adaptação imaginada e controlada pelo Homem, consistindo em uma substituição dos instintos, de forma mais flexível, fácil e célere do que a adaptação genética, permitindo adaptar-se ao meio e adaptá-lo ao homem (*cultural pattern*), tornando possível a transformação da Natureza, além de ter a vantagem de ser facilmente transmissível.

⁶² Nesse sentido, veja o art. 243 da CF/88.

Desse ponto de vista, a Cultura pode ser definida como um conjunto de estratégias de sobrevivência que, acumuladas e transmitidas ao longo do tempo, constituíram o acervo de conhecimentos e experiências de um povo. O conteúdo dela é uma síntese entre os problemas do meio e as soluções encontradas, que são um reflexo da vontade do corpo social, constituída não pela simples soma das vontades individuais, essas freqüentemente conflitantes, mas pelo que possuem de essencial e comum, o que confere uma identidade própria à coletividade (DURKHEIM, 1994, p. 43). Portanto, “Cultura” é tudo aquilo idealizado, vivenciado e/ou produzido pela sociedade.

Embora o seu conceito seja bastante específico, ainda que referente a um fenômeno complexo, de substrato ideologicamente determinado, a Cultura geralmente é identificada com a palavra “civilização”, que significa construção de cidades. Nesse sentido, é um conceito que privilegia realizações materiais, e por isso, seria inaplicável aos povos primitivos, enquanto que o termo “Cultura” permite pensar também o imaterial.

Em sentido mais abstrato, a civilização pode ser definida como o processo de consolidação das instituições de uma determinada sociedade, tal como referido pelo art. 216 da CF/88⁶³. Evidentemente, que esse processo civilizatório não pode ser encarado de forma *evolutiva*, no sentido de haver culturas primitivas que passam por estágios necessários até chegar ao modelo atual de civilização ocidental, inexistindo qualquer comparação possível, nestes termos, entre as Culturas de agora e as do passado.

Toda Cultura é singular e possui um espírito próprio que constitui o seu diferencial, expresso através da língua, das crenças, dos costumes, ou seja, do seu patrimônio cultural. Esse conjunto de bens culturais traça o *modus vivendi* e *agendi* das diferentes sociedades, contextualizando-o em um sistema próprio de valores e representações.

Pode-se, assim, afirmar que a coletividade assume manifestações diferentes, segundo cada época e lugar, como resposta adequada aos desafios enfrentados pelos agrupamentos humanos. Cada uma delas encontrará suas próprias soluções para sobreviver, condicionadas por fatores ambientais, econômicos e sociais, dando ensejo à diversidade cultural.

Para fins da análise aqui desenvolvida, adotar-se-á um conceito formal de “Cultura”, que será concebida como o *sistema*⁶⁴ formado por um conjunto heterogêneo de

⁶³ Um exemplo do uso dessas expressões, em Gilberto Freyre (2001, p.161): “Os espanhóis apressam entre os Incas, Astecas e Maias a dissolução dos valores nativos na fúria de destruírem uma cultura já na fase de *semicivilização*”.

⁶⁴ A idéia de “sistema” adotada não se conforma à tradicional concepção sistemática, visto que não se exige a observância absoluta dos critérios da não-contradição, coerência e consistência.

elementos (os bens culturais), bem como a forma específica de relacioná-los em um todo relativamente coerente, tornando-o uma “expressão de Humanidade única e autêntica” (CUCHE, 1999, p.90).

Os bens culturais são os elementos heterogêneos que compõem a Cultura e são identificados porque indivíduos ou grupos sociais conferem-lhes algum tipo de *valor*, capaz de torná-los importantes e aptos ao reconhecimento e à proteção.

O patrimônio cultural é o conjunto formado por esses bens culturais, valorados pela sociedade, que assume um conteúdo e um perfil diferenciado consoante cada contexto social e histórico. Conforme Barretto (2000, p. 9-11), até a primeira metade do século XX o patrimônio cultural era “sinônimo de obras monumentais, obras de arte consagradas, propriedades de grande luxo, associadas às classes dominantes, pertencentes à sociedade política ou civil”, tais como palácios, residências dos nobres ou locais relevantes para a História Política. Tal entendimento refletiu-se na legislação, como se pode observar na Constituição de 1934 e posteriores, ao consagrarem a existência de bens *notáveis*, aqueles que por sua grandiosidade ou beleza passavam a constituir referências para determinado povo.

Entretanto, o conceito de patrimônio cultural mudou, como também mudaram os conceitos de História e de Arte: por exemplo, antes o “histórico” consistia no relato das grandes batalhas e feitos, mas agora também abriga o cotidiano das pessoas, pelo que o patrimônio cultural passou a englobar todos os utensílios, hábitos, usos, costumes, crenças e a vida cotidiana de todos os segmentos que compuseram e compõem a sociedade. É fato que não constitui o conjunto de *todas* as coisas, mas daquilo que é passado através de seleção consciente ou inconsciente, pelo desejo legá-las ao futuro (SILVA, 2003).

A noção de patrimônio surge quando o indivíduo ou grupo de indivíduos reconhece como seu um objeto ou grupo de objetos. Essa concepção de patrimônio traz embutida a idéia de apropriação pelos indivíduos, e sugere que ele possui *valor*, aqui entendido como o apreço individual ou social atribuído aos bens de uma circunstância histórica e segundo o quadro de referências e representações. Portanto, o patrimônio é uma construção social, que depende daquilo que um determinado grupo humano, em dado momento, considera digno de ser legado às gerações futuras.

Essa afinidade do grupo com determinados bens culturais constitui a sua identidade, que aliada à sensação de continuidade de valores transmitidos pela tradição, faz com que se perpetue o seu patrimônio cultural. Esse acervo perpetuado, o passado comum dos indivíduos, lhes dá um sentido de identidade, de pertença, e faz-lhes conscientes de sua continuidade, enquanto grupo, através do tempo.

Toda herança é uma dádiva e um destino, uma maneira de perseverar na existência nem sempre pacífica, pois reproduzir o modo de ser ou emancipar-se em busca da própria identidade é o que permeia o conflito entre gerações (BOURDIEU, 1998, p. 587-595). Entretanto, a transmissão eficiente de conhecimentos entre gerações é uma necessidade de sobrevivência e um dever de solidariedade de compartilhar a riqueza comum do conhecimento, como destaca Marcel Mauss (2001, p. 197):

Os povos, as classes, as famílias, os indivíduos poderão enriquecer, mas não serão felizes senão quando souberem sentar-se, tal como cavaleiros [da Távola Redonda] à volta da riqueza comum. É inútil procurar o bem e a felicidade, pois ele está ali, na paz imposta, no trabalho bem ritmado, comum e solitário alternativamente, na riqueza acumulada e depois retribuída, no respeito mútuo e na generosidade recíproca que a educação ensina.

Embora esse modelo de identificação esteja perdendo sua funcionalidade, devido à extrema velocidade das mudanças sociais e do dinamismo cultural que fragmenta o passado e o torna tão estranho ao povo, resulta evidente que a perfeita construção da identidade deve ser realizada através da educação e da valorização do patrimônio (SILVA, 2003).

Conforme a doutrina majoritária, embasada na legislação pertinente, o patrimônio cultural classifica-se em duas categorias: *material*, definido conjunto de objetos móveis ou imóveis, portanto tangíveis, representativos da Cultura, cuja principal função é informar o contexto histórico, social, tecnológico e político no qual estão inseridos (HORTA *et al*, 1999, p. 13). Note-se que a função (ou utilização) desses bens pode continuar a mesma ou mudar, visto que lhe foram agregados outros significados e funções; e *imaterial*, definido como o conjunto dos bens intangíveis que, exemplificativamente, podem ser as danças, o folclore, os modos de fazer, viver e criar, o sotaque das diversas regiões do Brasil, entre outras manifestações.

Essa última categoria –patrimônio imaterial- é uma das grandes novidades incorporadas pela CF/88 e também pelas recentes normas internacionais, podendo citar-se a Convenção da UNESCO de 2003 para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial e a Convenção da UNESCO de 2005 para a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. A principal característica do patrimônio imaterial, segundo Mendes (2005) é que a sua constituição decorre de um processo dinâmico, marcado pela fluidez e pluralidade de conformação, além de uma grande oscilação espacial e temporal.

A distinção entre bens materiais e imateriais não é tão imediata como pode parecer, pois como bem destaca Souza Filho (2005, p. 48):

Os bens culturais só o são porque guardam uma evocação, representação, lembrança, quer dizer, por mais materiais que sejam, existe neles uma grandeza imaterial que é justamente o que os faz culturais. A razão cultural da obra de arte não está no suporte nem nas tintas, mas na imaterialidade complexa deles criada. Uma casa, beleza natural, objeto ou instrumento tem valor cultural não pelo material com o qual estão construídos, mas pelo que evocam, seja um estilo, um processo tecnológico ou um fato histórico. A última casa de adobe de uma região não será preservada por ser de adobe, mas porque, sendo de adobe e a última, é uma referência a um processo construtivo, portando cultural⁶⁵.

A preservação às vezes parte do pressuposto equivocado de que conservando a matéria o significado permanecerá, o que leva à conservação descontextualizada dos bens. O contrário deveria acontecer, preservando-se a descrição detalhada e acrescida de novas evocações, enquanto o suporte material seria apenas o seu veículo (SOUZA FILHO, 2005, p. 49), razão pela qual se pode afirmar que os bens culturais, enquanto suporte, são apenas a memória externa, que depende da memória interna (dos membros e dos grupos) para obter o significado (DAVALLON, 1999, p. 32).

Em síntese, pode-se afirmar que o patrimônio cultural é o conjunto de bens materiais e imateriais que exprimem as representações simbólicas e ideológicas de uma sociedade, fundantes de sua identidade cultural (GOUVEIA, 2004, p. 82).

4.1.2 Definição legal

No âmbito do Direito Internacional o patrimônio cultural foi primeiramente definido a partir dos seus bens constitutivos. O art. 1º da “Convenção da Haia para a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado” de 1954⁶⁶ define o que são bens culturais, dispondo que são considerados como tais, qualquer que seja a sua origem ou o seu proprietário. Esse artigo traz também importantes inovações: adota a expressão “bens culturais”, determina a salvaguarda e o respeito por eles independentemente da sua origem e propriedade e cria o conceito de Patrimônio Cultural dos povos, prevendo dois âmbitos de proteção - geral e especial.

A “Convenção sobre as medidas que devem ser adotadas para proibir e impedir a importação, exportação e a transferência de propriedade ilícita de bens culturais – CUPPI”

⁶⁵ No mesmo sentido Miranda (2006, p. 59).

⁶⁶ Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 44.581, de 11 de Novembro de 1958.

(Paris, 1970)⁶⁷, em seu art. 1º estabelece o conceito de bens culturais a serem tutelados, assim considerados os objetos que, por razões religiosas ou profanas, sejam designados por cada Estado como valiosos para a Arqueologia, a Pré-História, a Literatura, a Arte ou Ciência, e façam parte das categorias especificadas nas alíneas, por exemplo, os produtos de escavações ou descobertas arqueológicas, antiguidades com mais de cem anos, quadros, pinturas, entre outros.

Conforme a CUIP é ilícito é importar, exportar ou transferir bens sem respeito às normas da Convenção, em que a proteção se faz em função de reconhecer o pertencimento de um bem cultural a um povo, a um patrimônio nacional, conforme se pode constatar do seu artigo 4º. Os signatários reconhecem que o tráfico ilícito empobrece a vida cultural dos países de origem e que a colaboração internacional é um dos meios mais eficazes para proteger e se comprometem a suprimir as causas, deter e ajudar a efetuar as reparações necessárias.

A Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, citada no item 3.1 como um dos fundamentos dogmáticos do direito à memória, é de suma importância para a proteção dos bens culturais pois cria a figura do “tombamento internacional”, através da elaboração da Lista do Patrimônio Mundial e da Lista do Patrimônio Mundial em Perigo, voltada àqueles bens que figuram na Lista anterior mas cuja proteção exige grandes trabalhos de conservação e para os quais se tenha pedido ajuda. Através da elaboração dessas Listas é reconhecido o “valor universal excepcional” de um bem cultural, tornando-o apto à tutela internacional.

Além disso, disciplina outros fatores de degradação do patrimônio cultural, como a própria evolução social, bem como admite que a proteção nacional é frequentemente insuficiente, por falta de recursos econômicos, científicos e técnicos, autorizando a assistência e a cooperação internacional.

Em seu primeiro artigo, a Convenção de 1972 fixa o conceito de patrimônio cultural, especificando três categorias - monumentos, conjuntos e sítios - que passam a constituir a noção de patrimônio comum, cujo pressuposto é admitir-se a Humanidade como sujeito de Direito Internacional, enquanto o conjunto das pessoas presentes e futuras, sem distinções (SILVA, 2003, p. 36). Entretanto, mesmo quando refere-se os denominados “bens naturais”, a proteção promovida para os fins dessa Convenção sempre implicará em sua

⁶⁷ A Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais foi promulgada através do Decreto nº 72.312, de 31 de maio de 1973, que utiliza o termo “transportação”.

valoração do ponto de vista cultural, haja vista a previsão de um “valor excepcional” do ponto de vista estético ou científico (COMPARATO, 2005, p. 380).

A inscrição dos bens culturais na Lista do Patrimônio Mundial é um ato constitutivo do regime de tutela diferenciado, tornando-os objeto de assistência e cooperação internacionais, ato que finda por delimitar o “Patrimônio Cultural da Humanidade”. Ao lado dessa, existe a Lista do Patrimônio Mundial em Perigo, definida como o conjunto daqueles bens culturais que figuram na Lista do Patrimônio Mundial, ou estão em fase de inscrição, mas cuja proteção exige grandes trabalhos de conservação para os quais se tenha pedido assistência internacional. A consequência de inscrever um bem nessa Lista é que ele passa a ser objeto de ajuda internacional imediata, na forma de financiamento e apoio técnico para a recuperação, devendo para tanto o perigo ser sério e concreto, comprovado ou iminente.

Tudo isso é fiscalizado por um sistema de monitoramento, que pode ser de três tipos: *sistemático* (permanente, com o acompanhamento do Estado de conservação e elaboração de resultados periódicos), *administrativo*, que consiste em acompanhar a execução das recomendações e monitoramento *ad hoc*, acompanhar os bens em perigo e fazer estudo de impacto e, finalmente o monitoramento reativo, no qual se avalia as condições de perigo que possam acarretar danos ao patrimônio cultural (SILVA, 2003, p. 164).

Ainda no âmbito do Direito Internacional, a “Convenção para a proteção do patrimônio subaquático” (UNESCO, 2001) o define como o conjunto dos vestígios da existência humana, de caráter cultural, histórico ou arqueológico, que estejam submersos, parcial ou totalmente, de forma periódica ou contínua, pelo menos por cem anos, excluídos os cabos e tubos, ou outras instalações submersas. A sua tônica é a preservação *in situ*, proibindo a exploração comercial do patrimônio subaquático e incentivando o acesso para pesquisa e documentação, em conformidade ao princípio do acesso responsável e não prejudicial.

No âmbito do Direito Positivo interno, o patrimônio cultural é definido a partir da delimitação de um conjunto de bens culturais preserváveis através da *tutela jurídica*. A evolução constitucional na matéria mostra uma gradual ampliação da abrangência do conceito de “patrimônio cultural”: a CF/37 trata de monumentos (art. 134); a CF/46 incluiu as obras e os documentos; CF/67 incluiu as jazidas arqueológicas e, finalmente, a CF/88 ampliou o rol para torná-lo exemplificativo.

A Constituição vigente é bastante confusa quanto ao delineamento do patrimônio cultural, concebendo-o ora como diverso de bem histórico e artístico (art. 23, III e IV), ora como diverso de educação e Ciência (art. 23, V), ou mesmo adotando o termo “Cultura” como sinônimo de cultivo (art. 243). Tal confusão ocorre porque as categorias de bens culturais não

foram formuladas de forma adequada: houve uma superposição de classificações, decorrente da inobservância das diferenças e das semelhanças específicas dos objetos.

O mais adequado seria, em primeiro lugar, estabelecer critérios de similitude e diferenças específicas entre os objetos, criando categorias suficientes e exaustivas para englobá-los (ARISTÓTELES, 1994, p. 40). É preciso, pois, um esforço de interpretação para delimitar o conceito de “Cultura” consagrado na Magna Carta, para então definir o que seja o patrimônio cultural, cuidando para não restringi-lo ou ampliá-lo em demasia, sob pena de deixar a norma constitucional sem parâmetro de tutela e incidência, como adverte José Afonso da Silva (2001, p. 20).

O termo “Cultura” foi empregado pela Magna Carta tanto em seu sentido *vulgar*, significando o fazer humano, manifestado através da Arte e da Ciência, como o fizeram as Cartas de 1934 (art. 10), 1946 (174 e 175), 1967 (art. 180) e a Emenda Constitucional nº 1/69, como também em um sentido técnico – *etnográfico*. Nesse último sentido, a CF/88 o concebe enquanto “conjunto de hábitos do homem em sociedade, que condicionam o seu comportamento, reações, seu modo de ser”(BULOS, 2002, p. 1253).

Formulada a partir dos elementos constitutivos da Cultura, a definição de patrimônio cultural contida na CF/88 o tem como o conjunto de bens de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da [das instituições] sociedade brasileira (processo civilizatório nacional).

Como se pode verificar, a identidade, a ação e a *memória* agora aparecem como critério de identificação e delimitação dos bens que compõem o patrimônio cultural. A relação entre patrimônio cultural e memória é quase que imediata, pois os elementos que o constituem são os referenciais de localização, situação, daquela no tempo e no espaço (FILLOUX, 1959, p. 63).

O art. 216 da CF/88 define o patrimônio cultural a partir de elenco apenas aparentemente taxativo, haja vista que contém expressões que tornam o seu objeto excessivamente amplo: formas de expressão; modos de criar, fazer e viver; criações científicas, artísticas e tecnológicas; obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Todos esses elementos podem ser patrimônio *desde que* portem referência à identidade, à memória e à ação dos grupos formadores da sociedade brasileira.

Percebe-se que tal conceito é formal, no sentido de que não se reporta a conteúdos específicos e nem traz definições dos elementos que arrola. A primeira grande questão a ser colocada quando da interpretação e da aplicação dessa norma à realidade social é identificar quais e quantos são os “grupos formadores da sociedade brasileira”, que determinam a multiplicidade de memórias a serem preservadas. Para ilustrar essa dificuldade, tome-se o que tradicionalmente se considera como “grupos formadores da sociedade brasileira”: o negro, o índio e o portugueses.

Se já parece complexo pensar na fusão de tão distintas vertentes, deve-se lembrar que quando se fala em “portugueses”, não se trata de um povo homogêneo, mas de uma miscelânea de influências árabes, romanas, africanas, fruto de um Estado bicontinental (FREYRE, 2001, p.80).

Somem-se as matrizes indígena e negra, cada uma composta por outras inúmeras nações, espalhadas pelo território, combinadas para formar uma nova estrutura societária e uma cultura própria, que não era nem portuguesa, nem africana e nem indígena, mas brasileira. Essa unidade, é certo, foi conseguida através de violentos processos de ordenação e repressão, chegando a configurar genocídio ou etnocídio (RIBEIRO, 1995, p.23), o que dificulta ainda mais a escolha de bens culturais perfeitamente representativos da identidade, memória e ação de grupos tão conflitantes.

As matrizes negra, indígena e portuguesa foram fortemente modificadas pela mestiçagem, surgindo assim um país de brancos, negros, índios, “mulatos”, “cafuzos”, “mamelucos”. Ora, os bens culturais resultantes dessas matrizes também foram modificados e sincretizados, dificultando o reconhecimento deles como exclusivamente portugueses, ou negro, ou indígena, mas brasileiros. Tal heterogeneidade de bens componentes do patrimônio cultural nacional dificulta a delimitação precisa do objeto da tutela.

O processo de construção da identidade cultural brasileira foi longo e dramático, passando pela anulação étnica de índios, africanos e europeus e a construção de uma nova identidade para todo o contingente de mestiços que não integravam qualquer dessas categorias. O processo civilizatório brasileiro consistiu na assimilação dos indígenas e africanos pela maioria portuguesa (que não é numérica, mas qualitativa), acarretando a perda de sua autonomia étnica e a deformação de sua cultura, mas não se pode esquecer que o contato também acarretou a mudança da cultura dominante lusitana.

Depois, juntou-se a essas matrizes tradicionais, já modificadas, o contingente dos novos imigrantes dos séculos XIX e XX: italianos, portugueses novamente, espanhóis, alemães, japoneses, poloneses, açorianos que, embora não tenham interferido diretamente na

formação da identidade brasileira, pois quando aqui chegaram essa já estava alicerçada etnicamente (RIBEIRO, 1995, p. 242), são componentes da cultura brasileira porque fizeram parte do seu processo civilizatório.

A despeito de toda essa diversidade, durante muito tempo a proteção do patrimônio cultural limitou-se à preservação dos marcos da presença portuguesa no Brasil mas o que hoje se entende por objeto da tutela é um conjunto mais vasto e heterogêneo de bens culturais. Entretanto, é preciso ir mais longe e superar o critério meramente racial ou étnico na definição das matrizes culturais não só porque, como acima demonstrado, essas aparentemente bem caracterizadas matrizes englobam povos e Culturas bastante heterogêneas, mas também porque o próprio conceito de “raça” foi profundamente modificado⁶⁸.

As matrizes culturais referidas no art. 216 da CF/88 possuem uma conotação mais étnica do que racial, mas não excluem, ou antes pressupõem, a preservação da memória de outras coletividades, tais como categorias profissionais. Assim, é possível a tutela normativa da história da saúde pública do Brasil, inclusive visando à análise da evolução/eficiência das políticas públicas dessa área, ou da memória dos médicos sanitaristas em particular.

Por outro lado, o critério formal da “inscrição”, seja através de tombamento ou outros tipos de registro, como o inventário e a catalogação, não resolve o problema do delineamento do patrimônio cultural pois, em primeiro lugar a CF/88 não exige mais o reconhecimento oficial para que um bem seja considerado “cultural” e, por outro lado, fica patente a necessidade de uma interpretação fundada em critérios claros e socialmente aferíveis. Nesse sentido, bem ressalta Richter (1999, p. 10) que o reconhecimento do “valor cultural” de um bem não precisa ser oficial e estatal, cabendo também à comunidade a tarefa de explicitar o interesse social em preservar determinado significado.

O art. 216 da CF/88 estabelece duas ordens de critérios: o primeiro – o valor – adjetiva o bem. Em segundo, como parâmetro da tutela, diz que esse bem adjetivado deve ser referente à identidade, à memória e a ação dos grupos formadores da sociedade brasileira, conforme acima exposto. Para esclarecer a aplicação desse dispositivo, tome-se o seguinte exemplo: uma escultura é um bem cultural, que pode ser adjetivado como histórico ou artístico, porém, só será considerado patrimônio cultural para fins de tutela jurídica por parte *do Estado*, através dos seus órgãos e entidades, se for representativo da identidade, da memória e da ação dos grupos formadores da sociedade brasileira.

⁶⁸ Cf. o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 82424-2/RS.

Logo, percebe-se que o conceito constitucional de patrimônio cultural é mais restrito que o conceito doutrinário examinado no item anterior, exatamente pela adoção de parâmetros (memória, ação, identidade) e da valoração, consoante os tipos de valor admitidos pela CF/88, e porque a identificação do bem para fins de tutela pressupõe a existência de um interesse público que legitime a atuação do Estado na preservação.

Vale a pena destacar a opinião contrária de Machado (2000, p. 800), que sobre esse aspecto afirma:

Temos que diferenciar o *caput* do artigo 216 e seus quatro incisos. O *caput* refere-se à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira. Os quatro incisos do mesmo artigo apresentam a relação de “bens de natureza material ou imaterial” que podem ou não se relacionar com os grupos formadores da sociedade brasileira. A distinção que se faz tem como consequência que os bens incluídos nos quatro incisos podem ser protegidos mesmo que não tenham direta ou indiretamente vínculos à identidade, à ação, à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira.

A interpretação dada pelo citado autor no texto supratranscrito é possível, entretanto, incorre no equívoco de ser assistemática, contrariando a regra da técnica legislativa de que o *caput* do artigo é a regra geral em relação aos incisos e parágrafos, que são apenas subdivisões e especificações. Se fosse correto o raciocínio do autor, poder-se-ia afirmar que o *caput* do art. 5º da CF/88 nenhuma função interpretativa tem em relação aos seus incisos, razão pela qual em alguns direitos e garantias poder-se-ia admitir um tratamento não isonômico entre homens, mulheres e estrangeiros, residentes ou não no Brasil.

É certo que o legislador brasileiro não prima rigorosamente pela boa técnica legislativa, o que em geral prejudica e dificulta a interpretação das normas, porém, nesse caso específico do art. 216 da CF/88, é evidente que os critérios do *caput* devem ser aplicados como regra geral para o reconhecimento dos bens elencados nos seus incisos. Ademais, a literalidade do *caput* desse artigo não admite interpretação diversa ao dispor que “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial (...) portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem (...)”, e segue especificando nos incisos vários bens culturais, de forma exemplificativa.

Finalmente, devemos considerar que a interpretação do texto acima transcrito, embora possível, ainda tem o inconveniente de permitir que o dinheiro público seja utilizado para proteger quaisquer espécies de bens, em inobservância e contra o expresso texto da

Constituição. O administrador público, seguindo esse entendimento, poderia no exercício do seu poder discricionário registrar, tomba e inventariar quaisquer bens que lhe conviesse, sem observar se são portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, o que se trata de verdadeiro absurdo interpretativo.

A definição legal do patrimônio cultural é bastante complexa, porque envolve a interpretação de conceitos indeterminados e valores constantes no art. 216 da CF/88, dependendo em concreto da atividade administrativa, que é discricionária. Nesse contexto uma instituição importante para delinear os contornos da definição legal do patrimônio cultural é o Poder Judiciário, não só por realizar o controle da discricionariedade da Administração Pública na valoração dos bens culturais, como será visto nos itens 5.2 e 5.3, mas porque pode ativamente reconhecer o valor cultural dos bens, avaliar a licitude/ilicitude de determinadas práticas culturais, o que determina se podem ou não ser objeto de proteção ou ser reprimidas, como também permitir que outros atores sociais, além da Administração Pública, possam atuar na identificação do patrimônio cultural, como se pode verificar dos exemplos seguintes:

1) Um exemplo em que o Poder Judiciário negou o caráter de patrimônio cultural a uma manifestação popular: Recurso Extraordinário nº 153531-SC.

Nesse Recurso Extraordinário a Associação amigos de Petrópolis, a APANDE, LDZ - Liga de Defesa dos Animais, a SOZED- Sociedade Zoológica Educativa e a APA – Associação de Proteção dos Animais, visavam à reforma da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que julgou improcedente a ação civil pública proposta para condenar o Estado de Santa Catarina a coibir a manifestação denominada “Farra do Boi”, devido ao seu caráter cruel, com fundamento no artigo 225, §1º, VII, da CF/88.

Na primeira instância, a ação foi julgada carente em razão da impossibilidade jurídica do pedido. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça reformou a sentença, considerando improcedente porque o Estado de Santa Catarina adotava medidas para fiscalizar e coibir os eventuais abusos na Farra do Boi, que é uma manifestação secular dos descendentes dos açorianos estabelecidos na região litorânea do Estado. Essa manifestação não é, em si, cruel, razão pela qual não deve ser proibida, mas apenas punidos os eventuais e pontuais excessos.

Os autores recorreram ao Supremo Tribunal Federal, onde o Relator Ministro Francisco Rezek opinou favoravelmente ao provimento do Recurso Extraordinário, porquanto o acórdão recorrido violara o artigo 225, VII, da CF/88. Discordando desse voto, assim manifestou-se o Ministro Maurício Corrêa:

Como se depreende, a manifestação popular dissentida pelos autores é uma tradição cultural regionalizada, e, como manifestação cultural há de ser garantida e assegurada pelo Estado (art. 215, §1º, da Constituição Federal), pois é patrimônio cultural de natureza imaterial do povo e expressa a memória de grupos, os açorianos, formadores da sociedade brasileira (art. 216 da Constituição Federal).

Segundo essa opinião, o Estado deve coibir os excessos, como vinha fazendo, mas não lhe cumpre, e nem ao Supremo Tribunal Federal, acabar com o folguedo, devido a razões antropológicas e sociológicas, opinando pelo improvimento do Recurso Extraordinário. Em conclusão afirma:

Desta forma, como costume cultural, não há como coibir a denominada “Farra do Boi”, por ser legítima manifestação popular, oriunda dos povos formadores daquela comunidade catarinense. Os excessos, esses sim, devem ser reprimidos, para que não se submeta o animal a tratamento cruel. Mas esta é outra história.

Em seguida, manifestaram os Ministros Marco Aurélio Melo e Néri da Silveira, pelo provimento do Recurso Extraordinário. Vale destacar a conclusão do voto desse último, ao afirmar que os direitos culturais são assegurados pela Constituição Federal, mas devem observar e respeitar os fundamentos da República:

A cultura pressupõe o desenvolvimento que contribua para a realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Esses valores não podem estar dissociados da compreensão do exercício dos direitos culturais e do acesso às fontes da cultura nacional, assim como previsto no artigo 215, susotranscrito.

Importantes conclusões podem ser extraídas desse julgamento do Supremo Tribunal Federal:

a) existe um limite tênue entre a tradição e o mau-hábito, o vício. Definir o lícito e o ilícito em uma manifestação cultural, e o limite entre ambos, depende de um juízo valorativo que, nesse caso, foi adotado pelo Poder Judiciário para proibir uma manifestação cultural.

b) O STF delimitou o contorno do direito cultural dos descendentes dos açorianos, para proibir-lhes uma manifestação secular e tradicional, com base em uma ponderação entre os princípios e objetivos da República e o art. 215 da CF/88. Em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana e através da proporcionalidade, a “Farra do Boi”, que é um bem

cultural, foi excluída pelo Supremo Tribunal Federal do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser proibida daí em diante.

c) O Poder Judiciário tem, portanto, um importante papel no delineamento do patrimônio cultural brasileiro, não só porque pode determinar a licitude e a ilicitude de manifestações e outros bens culturais, mas porque pode exercer a ponderação para delimitar o âmbito de exercício válido dos direitos culturais.

Um segundo exemplo da importância do Poder Judiciário na definição do patrimônio cultural é que ele pode ser um agente na identificação do valor cultural dos bens, quando não o fizer a Administração Pública. Nesse sentido, o Recurso Especial nº 147.949-MG no qual o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconhece a possibilidade de analisar e julgar o valor histórico e artístico de um bem, para fins de anular ou manter, e acrescente-se determinar, o tombamento de bens, desde que seja em procedimento ordinário ou de desapropriação, devido à necessidade de dilação probatória, inclusive com a produção de prova pericial.

Ainda, um terceiro exemplo: o STF reconheceu a existência do conceito amplo e restrito do patrimônio cultural no Recurso Extraordinário nº 182.782-3-RJ. Restrita seria a definição do Decreto-Lei nº 25/37 ao adjetivar como “históricos” apenas os bem vinculados a fatos memoráveis e como “artísticos” apenas aqueles dotados de valor excepcional; e ampla seria aquela decorrente do art. 216 da CF/88.

A questão posta sob a análise nessa decisão, basicamente, é se a ampliação do conceito de patrimônio cultural promovida pelo art. 216 da CF/88 possibilitaria o tombamento de bens fora dos parâmetros restritos do Decreto-Lei nº 25/37. A conclusão do STF, com o improvimento, foi pela impossibilidade de alargar as hipóteses de tombamento, devendo o conceito ampliado ser utilizado apenas para as hipóteses de desapropriação.

A identificação de um bem do patrimônio cultural *brasileiro* pode ser feita utilizando analogicamente os critérios tradicionais do Direito Internacional Público para a determinação da nacionalidade, quais sejam o *jus soli* e o *jus sanguinis*, referidos por Soares (2001, p.452-453): serão bens culturais brasileiros aqueles criados por brasileiros, ainda que residentes fora do Brasil, bem como aqueles aqui produzidos, independentemente da nacionalidade do autor, ao que acrescentamos aqueles que tenham por objeto aspectos ou referências à cultura brasileira.

Finalmente, é de se destacar que as legislações estaduais e municipais podem ter um conceito diferente de patrimônio cultural, mas não podem diminuir o nível de proteção

estabelecido por normas federais, nem contrariar a configuração dos institutos jurídicos de proteção, mas lhes é lícito criar novos instrumentos (SOUZA FILHO, 2005, p. 121-122).

4.1.3 Natureza jurídica dos bens componentes do patrimônio cultural brasileiro

Definir a natureza jurídica de um bem significa afirmar se é público ou privado, o que determina o regime (conjunto de normas e princípios) aos quais estão especificamente submetidos, visto que a dicotomia público/privado é a *summa rerum divisio* do Direito. Tal idéia funda-se na falsa concepção de que “Estado” e “sociedade” são realidades desvinculadas, pensamento que já se encontra superado pela demonstração de que na verdade são apenas as faces da mesma moeda, e que ambos reproduzem internamente os conflitos sociais (SILVA, 1994, p. 200).

O próprio Direito, para efeito didático, divide-se tradicionalmente em dois ramos: o “público” caracteriza-se pela participação relacional do Estado, enquanto detentor do *jus imperium*, em posição superior ao outro sujeito (individual ou coletivo), com marcada relação de subordinação. Já o “privado” caracteriza-se pela igualdade entre os sujeitos da relação jurídica, o que também é aplicável ao Estado quando não investido de suas prerrogativas (AFTALIÓÑ *et al*, 1999, p. 489-491).

Embora doutrinariamente a questão seja resolvida com relativa simplicidade, de acordo com os critérios acima expostos, deve-se refletir que na sociedade brasileira a relação público/privado é especialmente problemática, não só pela distinção inerente a esses espaços sociais, por si só complexos, mas principalmente porque são marcados por éticas diferentes, dúplices até.

O âmbito privado é bem caracterizado na sociedade brasileira: a *casa*, esse espaço privado por excelência, é onde o indivíduo transita com liberdade e constrói as suas relações sociais, com sua ética própria. Na reflexão de Roberto DaMatta (1997, p. 48), o discurso privado, caseiro, é típico das camadas populares. Em oposição, mas com caráter complementar, o âmbito público é dominado pelos donos do poder, onde são estabelecidas a Lei, a ordem e a política.

A dicotomia estabelecida entre esses âmbitos sociais parece influenciar a concepção de sociedade e cidadania no Brasil. Como o “privado” é mais bem caracterizado para o povo, a sua visão de sociedade e Estado será, evidentemente, privatística: para o indivíduo o Estado e o governo são os outros, e não o “nós”. Em consequência os bens públicos, que pertencem ao Estado, são dele e não “nossos”. É claro que muitos fatores

podem contribuir para esse distanciamento que existe entre indivíduo/sociedade e o Estado, dos quais se destacam a postura autoritária e a centralização do exercício do poder político no Brasil, que são excludentes da sociedade, e até mesmo a ausência do Estado no cotidiano de determinadas camadas da população, que sequer são contempladas com os serviços públicos básicos.

A legislação também contribui para essa situação na medida em que consagra uma visão personalista da propriedade: conforme o art. 98 do Código Civil bens públicos são aqueles que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Interno, enquanto que todos os demais são privados, independentemente da pessoa ao qual pertençam. Em seguida, no art. 99, classifica os bens públicos em: de uso comum do povo, de uso especial e dominicais. A exegese realizada com base no acima exposto permite concluir que nem mesmo os bens de uso comum pertencem ao povo, pois integram o domínio de pessoas de Direito Público interno⁶⁹, ou seja, são alheios.

Diante disso, a definição dos bens culturais como públicos ou privados revela-se também especialmente problemática: primeiro pela necessidade de adotar a classificação positivada, atribuindo-os segundo à espécie de pessoa à qual pertencem; em segundo lugar, atentar para o fato de que essa dicotomia deve ser atenuada não só pelo reconhecimento de um interesse público sobre os bens culturais, independentemente do domínio ao qual façam parte, mas pela adoção de princípios como a função social da propriedade e de instrumentos invasivos como o tombamento. Interessante notar que o “interesse público” nesse caso não é o interesse estatal, mas sim o interesse da sociedade na preservação de determinado bem cultural.

Os bens culturais são geralmente classificados como bens de uso comum do povo (COPOLA, 2004, p. 641), por integrarem o conceito amplo de meio ambiente (MORATO LEITE, 2003, p. 91), mas essa generalização é bastante imprópria pois a principal característica desse tipo de bem é a impossibilidade de apropriação, enquanto que os bens culturais podem sim ser apropriados exclusivamente, como acontece com jóias, quadros, livros, entre outros.

Portanto, os bens culturais podem ser públicos ou privados, mantendo essa natureza mesmo quando sujeito a regimes diferenciados do exercício do direito de propriedade, tal como acontece no tombamento. Essa circunstância permite afirmar que independe da sua titularidade, os bens culturais são de interesse público (MIRANDA, 2006, p.

⁶⁹ Consoante art. 41 do Código Civil, são pessoas de Direito Público interno a União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, autarquias e outras entidades públicas criadas por Lei.

53), e por isso têm um regime diferenciado quando ao gozo e disponibilidade, dependendo para isso da individualização que constitui o seu novo *status* para fins de tutela estatal.

4.1.4 Quanto à tutela jurídica de bens culturais

Os manuais de Direito Ambiental no Brasil costumam apresentar uma classificação tripartite de meio ambiente, que é subdividido nos aspectos natural, artificial e cultural. Já em 1981, José Afonso da Silva referia-se ao meio ambiente cultural como aquele formado pelo patrimônio cultural, que se diferencia do meio ambiente artificial, embora também o seja, porque possui um “significado” pelo valor especial que adquiriu (SILVA, 1981, p. 21). Concordando com essa definição e classificação, afirma Morato Leite (2003, p. 91) que a Lei brasileira adotou um conceito amplo de meio ambiente, envolvendo a vida em todas as suas formas, em seus elementos naturais, artificiais e culturais.

Isso é curioso porque a Lei nº 6.938/81 não inclui os bens culturais como recursos ambientais, como se pode constatar do seu artigo 3º, V. O entendimento de que os bens culturais integram o meio ambiente, ao que parece, não foi direta e explicitamente compartilhado pelo Direito Positivo interno nessa época, embora a Doutrina já o propagasse, e no âmbito do Direito Internacional já estivesse o mesmo consolidado desde a Convenção de Paris de 1972, relativa à proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural.

Atualmente não há dúvidas na localização dos bens culturais como parte do meio ambiente, modificado fisicamente pela ação humana e/ou pela atribuição de significado, vinculando ao artigo 225 da CF/88, em entendimento consolidado a partir da edição da Lei 9605/98 (MIRANDA, 2006, p. 11).

Na verdade, a razão pela qual o patrimônio cultural deve integrar a noção de meio ambiente é porque a Cultura é o *habitat* do Homem: o meio ambiente saudável é também o conjunto das condições culturais, psicológicas e morais. Os bens culturais constituem o meio ambiente artificial sem o qual o Homem não pode sobreviver, por isso os danos causados ao patrimônio cultural devem ser prevenidos e sancionados.

Para garantir a todos um *habitat* cultural saudável, é mister adotar os mesmos princípios e instrumentos utilizados para a tutela do meio ambiente, assumindo uma postura conservativa que determinará as espécies de normas jurídicas a serem utilizadas, genericamente classificadas em: normas de *proteção*, cujo conteúdo visa a adotar medidas preventivas para evitar danos aos bens culturais; normas de *conservação*, cuja tônica é a preservação, e principalmente no âmbito do Direito Internacional Público, as normas de

restituição (para a devolução de bens ilicitamente exportados) e normas de *retorno*, em que a restituição é promovida quando a aquisição do bem não resultou de afronta à legislação, sendo essas duas espécies geralmente frutos de normas bilaterais.

Portanto, a formatação jurídica da preservação do patrimônio cultural, como veículo transmissor da memória às futuras gerações, permite concebê-lo como um direito difuso, tal como ocorre com o direito ao meio ambiente hígido, referindo-se à qualidade de vida, com as características da transindividualidade, indeterminabilidade de sujeitos e ressarcibilidade indireta, e trazendo como consequências práticas a imprescritibilidade do dano à memória coletiva ou social e a atuação do Ministério Público e da sociedade civil através das ações civis públicas (MIRANDA, 2006, p. 19).

4.2 O problema da discricionariedade administrativa na definição do conteúdo do patrimônio cultural brasileiro.

A CF/88 indica, de forma genérica e não exaustiva, os elementos que compõem o patrimônio cultural, quais sejam: formas de expressão; modos de criar, fazer e viver; criações científicas, artísticas e tecnológicas; obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, desde portadores de referência à identidade, à memória e à ação dos grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216).

Algumas dessas categorias podem englobar outras, conforme a amplitude do conceito adotado. Por exemplo, “documento” em sentido amplo é o vestígio material da existência ou da ocorrência de um evento, caracterizando-se por um suporte físico que contém uma informação: cidades, florestas, uma música, dança ou mesmo um cadáver podem ser um documento, dependendo da finalidade para o qual é utilizado (DODEBEI, 1992, p. 59). Já as “formas de expressão” podem englobar manifestações tão diversas quanto o sotaque de uma região, o modo de fazer determinada comida típica ou uma dança.

Esses elementos são reconhecidos a partir da aposição dos valores elencados no art. 216 da CF/88, quais sejam: histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, para conjuntos urbanos e sítios, aos quais a legislação infraconstitucional acrescenta outros, que serão analisados no item seguinte. Essa lista não é exaustiva, como aparenta, até mesmo porque as categorias que ela contempla não são excludentes, o que torna confusa a classificação, como destacado no item 5.1.1 acima.

4.2.1 A questão dos valores

Segundo Grondona (2002, p. 90), o valor é um elemento componente de um sistema simbólico convencional, que serve de critério para escolha dentre as várias alternativas disponíveis. A sua função é dar significado a realidades materiais ou imateriais, possibilitando o exercício de preferências, consubstanciadas em escolhas, que podem ser hierarquizadas (SILVA, 2001, p. 23).

A atribuição ou aquisição de “valor” explica porque bens absolutamente ordinários tornam-se relíquias dignas de preservação (OPPERMANN, 2006, pb. 46-51). Basta que um bem pertença a alguém famoso para torná-lo valioso? Para muitos fãs de celebridades sim, que chegam a oferecer milhares de reais por bens que normalmente são baratos, como peças íntimas, instrumentos de higiene, e que não serão reutilizados para as finalidades a que destinam, mas tão somente guardados como relíquias.

Os valores, e a forma como em cada oportunidade eles são percebidos, veiculam informações e são suportes do conhecimento quanto à época, a técnica, as práticas e representações sociais (MENESES, 1992, p. 192). Tomando por base os valores expressos no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, embora com a advertência de que não são exclusivos, podendo o intérprete encontrar e construir outros, passa-se a analisá-los em espécie, no intuito de esclarecer a orientação interpretativa do artigo 216 da Constituição Federal:

a) Valor histórico

A primeira tarefa interpretativa é definir o que é História, e por consequência, o que merece ser considerado histórico. Tal empreitada não é fácil neste momento em que a História passa por um processo de revisão crítica, buscando a inovação e a interdisciplinariedade: se antes “históricos” eram os grandes eventos políticos, as revoluções e os atos de personalidades ilustres, hoje buscam os historiadores novos fundamentos e visões, chegando mesmo a questionar a noção de “tempo”⁷⁰ e “espaço” já consagradas.

⁷⁰ Especialmente se considerar que a duração do tempo nos diversos grupos sociais é múltipla e heterogênea, além do que existe um tempo (e suas divisões) socialmente convencionalizado. Como afirma Halbwachs (1990, p. 92): “tanto é verdade que a sociedade, obrigando-nos a medir sem parar a vida à sua maneira, nos torna cada vez mais inaptos para fazê-lo da nossa”. A noção de tempo também muda conforme o *status* social pois, como afirma DaMatta (1993, p.23), “os servos correm e o amo anda”.

Para o presente tema essa discussão tem uma capital importância: se a concepção de tempo não é mais linear, como tradicionalmente admitia-se, não se pode mais falar de uma “memória coletiva”, mas de sim memórias que coexistem, e que merecem ser igualmente preservadas. Não se pode sequer utilizar as noções de “novo” e “antigo” para a definição do objeto da tutela constitucional.

A História passa por um processo de renovação de temáticas, objetos e métodos, e parte da concepção de que a realidade histórica como múltipla e complexa, onde o documento é construído cientificamente pelo historiador, dentro de um contexto que lhe empresta significado. É esse caráter situativo que não permite mais considerar a História como produto de reis e autoridades mas, sim, o conjunto do agir de todos os homens (LE GOFF, 2001, p. 38).

Então pergunta-se: qual visão da História será utilizada para definir o valor histórico dos bens materiais e imateriais? Aquela tradicional, em que só os vestígios da História Política interessam, ou a visão mais crítica da denominada “História Nova”, em sua visão totalizante e meio iconoclasta⁷¹?

É certo que na construção do conceito de patrimônio histórico não se podem adotar concepções meramente abstratas do que seja História, dissociando-a da sua representatividade, pois assim não servirá como referência para uma reflexão e compreensão sobre a experiência social. A questão passa a ser: qual a História que se quer preservar? Apenas as dos vencedores e seus monumentos, esquecendo os conflitos e as servidões que lhe deram origem? Desse ponto de vista, e se concebermos a cidadania como participação ativa na política e na História, pode-se afirmar que o brasileiro é um mero espectador dos acontecimentos.

A verdade é que o povo brasileiro não aparece como ator na História do Brasil: talvez porque a versão oficial apenas consagre as ações da elite, talvez porque o brasileiro tem uma postura apática diante dos acontecimentos. Talvez por ambos os motivos: a participação popular não deve ser nem subestimada, como acontece atualmente, e nem superestimada, sob pena de desfocar a realidade histórica, como adverte Davies (2004, p. 95).

Para Paoli (1992, p. 26) a escolha da maioria das políticas de reconhecimento/preservação do patrimônio histórico no Brasil vem sendo consagrar os monumentos das elites governantes. São os seus feitos, as suas revoluções, com pouca

⁷¹ Ou completamente iconoclasta se, concordando com Le Goff (2001, p. 43), entender que o objetivo da História Nova, produzida pelos *Annales*, é quebrar os ídolos político, individual e cronológico.

participação popular no Brasil, os bens que mereceram a preservação por parte do Estado, levando à desconsideração e à invalidade da memória popular.

A vida diária, os modos de fazer tradicionais, os modos de viver com a sua alimentação, moradia e vestuários específicos podem, sim, contar a história do cotidiano, do saber anônimo e das visões populares de mundo, como destaca Ariès (2001, p. 175), mas ainda não são considerados tão “dignos” de preservação quanto os símbolos do poder instituído. Para verificar o acerto dessa afirmação basta analisar a lista dos bens tombados pelo IPHAN: a maioria é representativa das instituições que exerceram o poder, logo, é a memória específica da classe social dirigente que é preservada e celebrada, deixando à margem a história do povo.

Feita a necessária advertência sobre o conceito de História a ser utilizado, que talvez deva ser repensado em uma política de preservação realmente democrática, pode-se definir formalmente o patrimônio histórico como o conjunto dos elementos naturais ou culturais, materiais ou imateriais, herdados do passado ou criados no presente, em que um determinado grupo de indivíduos reconheça os sinais de sua identidade. Conforme Paoli (1992, p. 25), o patrimônio histórico é formado pelos “acontecimentos e coisas que merecem ser preservadas porque são coletivamente significativas em sua diversidade”.

Antes das Conferências Internacionais de Arquitetura dos anos 30, só os monumentos, antiguidades ou tesouros possuíam valor histórico. Essa visão foi profundamente modificada, e após a Convenção da Haia de 1954, que consagrou o termo “bem de interesse cultural”, a noção material cedeu lugar a uma concepção imaterial, razão pela qual mesmo um bem produzido presentemente pode ter valor histórico, desde que representativo das vivências e problemas de uma sociedade em dado contexto.

É preciso, pois, que se adote um conceito de História que realmente possa eleger bens representativos da sociedade em sua diversidade pois aí reside a maior importância do patrimônio histórico: servir de coluna da identidade cultural, como um dos principais elementos fundantes da coesão social (GARCÍA, 2003). O ensino da História, crítico, revisionista e interdisciplinar, é o principal instrumento formal para a transmissão da memória coletiva⁷² (BITTENCOURT, 2004, p.43) e, conseqüentemente, da efetivação democrática do direito que lhe corresponde.

⁷² Aqui é necessário abrir parênteses para uma especificação: a memória coletiva é inconfundível com a História em si, embora ambas tenham a função de construir uma ponte entre o passado e o presente. Halbwachs (1990, p. 79-82) procede uma distinção entre ambas, destacando as suas diferentes características, nos seguintes termos: a História é sistemática, esquemática, limitada em abrangência e concebe o passado de forma estanque a partir de marcos (datas ou épocas), portanto artificialmente. A memória coletiva é assistemática, possui limites irregulares

O valor histórico referido pela CF/88 é tão somente para conjuntos urbanos e sítios. Isso reforça a idéia de que os incisos são meramente exemplificativos, pois seria absurdo excluir da tutela documentos e obras históricos (art. 216), além de não falar em valor arquitetônico.

b) Valor estético

O art. 216 da CF/88 não se refere ao valor “estético” dos bens culturais, mas dele trata no art. 24, VII, ao dispor sobre a competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal quanto à responsabilidade civil por danos aos “bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

Por outro lado, a Lei nº 7.347/85, após sua alteração pela Lei nº 10.257/2001, disciplina em seu art. 1º as hipóteses de cabimento de ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a bens e direitos de valor estético, ao lado dos valores artístico, histórico, turístico e paisagístico, conforme o inciso IV.

É evidente que não se pretende neste item tentar uma definição de “estética”, da “beleza em si” ou do “belo” porque tal empreitada filosófica foge à abordagem aqui proposta. A idéia é chegar a uma definição instrumental, que possibilite identificar critérios interpretativos da legislação e avaliar a atuação dos órgãos competentes para a identificação do patrimônio cultural.

Dito isto, considere-se a “beleza” como uma percepção condicionada por esquemas mentais construídos historicamente, não havendo um critério ou padrão único capazes de determiná-la de forma exata. É certo que já se tentou identificar a beleza ora com proporção e simetria, ora com a sensação de deleite que a sua contemplação provoca, porém esses aspectos não contribuem para a interpretação e aplicação do art. 216 da CF/88.

Melhor então conceber a beleza como um processo de valoração culturalmente construído, que condiciona a percepção de agradabilidade que determinado bem provoca. Alguém ao *apreciar* um bem cultural experimenta sensações de deleite e maravilhamento decorrentes da conformidade de sua percepção ao conceito socialmente construído de belo.

Essa idéia encontra ressonância nas reflexões de Plotino (2002, p. 21), para quem a sensação estética é uma concordância, ou ressonância, da alma com a experiência, causando

e incertos e concebe o passado dinamicamente, porque na verdade torna-se presente pela rememoração. Essa diferença, na opinião de Halbwachs (1990, p. 108), decorre do fato de que a História retém principalmente a diferença e a mudança social, enquanto que a memória coletiva refere-se à continuidade.

um “súbito deleite”, um “benéfico estupor”, alcançado através da contemplação, observando-se duas condições: primeira, para reconhecer o belo, é preciso que a pessoa antes se torne bela, ou seja, possua o instrumental e os padrões necessários à compreensão do que é belo em determinado contexto, e em segundo lugar empreenda a atividade de inteligência do objeto.

Então valor estético seria o estabelecimento de um padrão de beleza, a partir do qual são apreciados os bens componentes do patrimônio cultural, classificados assim como “belos” e portanto aptos à proteção através de normas jurídicas. É claro que o conteúdo “estético” varia conforme o objeto considerado: para as cidades, por exemplo, está diretamente ligado à limpeza urbana, à criação de áreas de lazer e Cultura, fatores que interferem diretamente no bem-estar físico e psicológico dos seus habitantes e também referem-se à ordem urbanística.

É preciso destacar que o valor estético é classificado como bem difuso, devido ao seu caráter imaterial e por estar disponível a todos, devendo ser por todos protegido, inclusive através de ação civil pública, e pela União, Estados e Municípios, não obstante o Direito Urbanístico seja matéria exclusiva federal (SANTOS, 2001, p. 943).

A análise do valor estético para fins de proteção jurídica aqui empreendida o limitou ao “belo”, embora essa não seja única categoria estética existente: o grotesco, o bizarro e o feio também o são. Entretanto, apenas a beleza foi objeto de uma valorização e proteção específicas, justificando a restrição aqui efetivada.

c) Valor paisagístico

A paisagem é a disposição espacial de bens naturais e culturais e, não obstante a sua definição em geral remeta aos primeiros, a UNESCO reconheceu e declarou que ela pode ter também um significado cultural ao editar a “Recomendação relativa à proteção da beleza e do caráter dos lugares e paisagens”, de 1962, considerando-os como ilustrações da evolução da sociedade e da permanente transformação que o Homem promove no meio ambiente.

Como destaca Schama (1996, p. 17-19) a própria noção de “paisagem”, e o ato de identificá-la, pressupõe a presença humana com toda a sua pesada bagagem cultural, porque a “natureza selvagem não demarca a si mesma, não se nomeia”. Na verdade, é através de uma abstração que o homem transforma a topografia em uma experiência emocional e estética, atribuindo valor aos bens ambientais dispostos. Portanto a paisagem é uma obra da mente e

compõe-se de desejos, ritos e símbolos, enquanto prática social (SOUZA; SOUZA, 2001, p. 64)⁷³.

O cenário a ser preservado deve possuir características históricas, culturais, naturais, morfológicas e/ou estéticas próprias, que lhe confirmem uma identidade peculiar. Não se trata de meramente preservar a beleza natural contida na paisagem, mas de reconhecê-la como o reflexo das forças econômicas, políticas e avanços tecnológicos que constituíram a base da presença e subsistência de determinada sociedade, servindo de testemunho do seu passado. Nesse sentido, afirma Machado (2000, p. 112) que a finalidade da Constituição não é proteger apenas a paisagem virgem e intocada, mas também a ação humana transformadora.

A CF/88 não exemplificou que tipos de locais podem ser objeto de tutela paisagística, o que permite incluir os monumentos geológicos (quanto ao caráter morfológico), jardins, florestas, entre outros, na categoria “paisagem”, para fins de tutela constitucional.

A proteção da paisagem não é, e não pode ser compreendida, de maneira apenas visual. A importância do combate à poluição é evidente para preservar a qualidade dos bens ambientais e culturais dispostos no cenário, de modo que mantenham intacta a sua capacidade de impressionar os sentidos, do ponto de vista da beleza, do colorido, dos cheiros, disso ressaltando o seu valor ecológico, cuja proteção também pode ser realizada nos termos do art. 225 da CF/88.

Em relação aos critérios identidade, ação e memória, a importância da paisagem é evidente, pois a disposição espacial dos bens ambientais torna inteligível a posição do indivíduo no mundo, na sociedade, permitindo situá-lo nas relações com os outros e consigo mesmo. Para a memória coletiva a sua importância é capital, bastando salientar que nas sociedades antigas a memória apoiava-se na estabilidade espacial e das relações sociais: aspectos como a vizinhança, a família e o apego aos objetos e lugares biográficos eram os seus alicerces (BOSI, 1994, p. 51 e 447).

Nesses lugares biográficos, em especial, o direito à memória pode apresentar-se de forma perceptível. Por exemplo: uma casa de família que foi desapropriada para ser demolida, visando à construção de uma via pública. Em circunstâncias normais, os proprietários só

⁷³ Um exemplo notável da paisagem para a biografia individual e a memória coletiva são as “trilhas dos sonhos” dos aborígenes australianos, verdadeiros mapas mentais construídos com base no nome cantado dos marcos geográficos (*songlines*), que servem não somente como forma de orientação no espaço mas também no tempo, uma vez que esses cantos são repassados através das gerações e permitem aos indivíduos reconhecer a origem do seu clã e o território ocupado (não em termos de domínio). Esses caminhos também são chamados de “rastros de cantos”, “pegadas dos antepassados” ou “caminhos da Lei” e constituem-se em um excelente exemplo de prática memorial associada à paisagem (CHATWIN, 1996, p.9).

poderiam discutir o valor, mas não o mérito, do ato desapropriatório: mas, mostrando que o bem integra a biografia individual e comunitária, invocando o direito à memória, seria possível discutir a própria razoabilidade do ato.

Já do ponto de vista coletivo, a paisagem é fundamental pois, como destaca Halbwachs (1990, p. 159), “os lugares participam da estabilidade das coisas materiais e é baseando-se neles, encerrando-se em seus limites e sujeitando nossa atitude à sua disposição, que o pensamento coletivo do grupo dos crentes tem maior oportunidade de se eternizar e de durar: esta é realmente a condição da memória”.

O Brasil é um país com variadas paisagens, devido à sua grande extensão territorial, mas com sutis variações nos padrões e ecossistemas, que lhe dão o caráter de mostruário completo das principais paisagens e ecologias do mundo tropical. Para Ab’Saber (2000, p. 30), o patrimônio natural é a herança, em seu sentido mais amplo, dos processos geoquímicos e do território moldado pela atuação das comunidades, sintetizados na noção de paisagem.

Apesar da sua destacada importância, a paisagem sofre ameaças diuturnas diante da vida econômica, da execução de grandes obras públicas e privadas, que são inevitáveis porque inerentes à dinâmica da vida social. É preciso realizar a sua proteção gradativa, dada a impossibilidade de fazê-la estática e integralmente, através de variados instrumentos de conservação tais como planos de urbanização, classificação por zonas quando a área for extensa, criação de parques e áreas protegidas e a proteção de sua visibilidade, e até mesmo por direitos autorais.

d) Valor artístico

A definição de “arte” para fins de reconhecimento do valor artístico e conseqüente aplicação da legislação protetiva revestiu-se da mesma dificuldade apontada para definição do “valor estético”, causada principalmente pela complexidade do objeto. A estratégia para alcançar uma definição instrumental aqui é um pouco diferente porque a Arte pode ser pensada como uma forma de comunicação, de expressão de significados, que hoje vai além das modalidades reconhecidas (Teatro, Música, Pintura, Literatura, Escultura, Dança, Cinema), para englobar também aquelas decorrentes da evolução técnica e social, tais como a fotografia, a moda, *design* de móveis e de jogos de computador.

A linguagem artística pode ser verbal ou não verbal, prescindindo de tradução para ser entendida e apreciada, e freqüentemente combina diversas expressões diferentes, por

exemplo, o Teatro envolve pintura, dança e música, o que não permite pensá-las de forma isolada para fins de tutela jurídica. A questão não se resolve apenas classificando um objeto como “escultura” ou “pintura”, ou afirmando que tal som é “música” enquanto outro é ruído.

É preciso, pois, indagar qual é o conceito de “arte” vigente na sociedade que vai aplicar a norma jurídica protetiva ou descobrir quem a define, lembrando que como linguagem, veicula ideologias e significados (WOLLHEIM, 1993, p. 119). A construção e reconhecimento do valor artístico consistem em fixar padrões capazes de inserir um bem no estatuto de “arte”. Em cada época existem categorias estilísticas que tentam agrupar por afinidade os modos de fazer, existem instituições proclamadoras do valor artístico, e locais de exposição capazes de legitimar as obras (COLI, 2006, p.28).

É evidente que o valor artístico pode ser negado em um primeiro momento para depois ser consagrado: um exemplo disso é própria arte contemporânea, em que a representação do cotidiano conferiu tal *status* a objetos utilitários (CRIBARI; ARAÚJO, 2006), além de assumir a “impureza” sob a forma de hibridismo ou ecletismo como valor positivo (COCCHIARALE, 2006, p. 69).

Do ponto de vista do art. 216 da CF/88, o valor artístico refere-se à representatividade estética e simbólica que uma obra artística possui para a coletividade, especialmente quanto à sua capacidade de expressar a realidade espiritual de um povo ou determinada visão de mundo.

As instituições confirmam ou reconhecem o *status* artístico através da aplicação de regras e convenções que permitam reconhecê-lo, englobando aspectos da expressão e da técnica e do veículo material da obra. O Estado é uma das instituições mais atuantes na definição do valor artístico e freqüentemente coloca a Arte a serviço da ideologia, bastando citar como exemplo o “Dia das Artes” promovido pelo regime nazista como a forma artística do ideal de pureza e do padrão estético escolhido para representá-lo, elegendo as esculturas gregas e pinturas renascentistas como modelos de saúde e beleza para a construção do novo Homem (COHEN, 1992).

Essa fixação do padrão estético na Antiguidade Clássica tinha a dupla finalidade de conferir legitimação à ideologia e criar critérios de discriminação para distinguir a “Arte” daquilo que não o era: os problemas estéticos, considerando o ideal de pureza, são problemas médicos, razão pela qual a cruzada contra a Arte Moderna possuía um caráter higiênico, já que era associada à depravação intelectual e moral, à degeneração de artistas bolcheviques com problemas mentais (COHEN, 1992).

Falando especificamente em memória coletiva, é possível concluir que as obras artísticas (ou até mesmo o seu suporte material, como as partituras) também possuem um valor documental e podem ser protegidas não só pela sua autoria e pelas vantagens econômicas dela decorrentes (direitos autorais). É importante destacar que uma obra artística também pode servir de documento dos modos de fazer característicos de uma época, servindo como lição técnica para os artistas e artífices da posteridade (CHOAY, 2001, p. 48).

e) Valor científico

Segundo Viegas (1999, p.67), a palavra Ciência provém do Latim *scientia*, que por sua vez derivou do grego, significando “dividir”, “separar”, “partir ao meio”. Sua etimologia dá uma pista de que a atividade científica é, em princípio, uma análise minuciosa, um detalhamento explicativo sobre determinado objeto, que permite adquirir um conhecimento racional e sistemático dos fenômenos a partir de suas causas.

Existem outras espécies de conhecimento (religioso, filosófico, ideológico) e o conhecimento científico é deles extremado pela adoção de um método próprio para a produção do conhecimento, caracterizado pelo rigor racional, clareza, minúcia e refutabilidade. Declarar que um bem cultural possui valor científico significa reconhecer que porta informações capazes de contribuir para o aperfeiçoamento do conhecimento nos diversos ramos da Ciência reconhecidos e sistematizados, que segundo o CNPq (2007) classificam-se em grandes áreas: Ciências Exatas e da Terra, Ciências Biológicas, Engenharias, Ciências da Saúde, Ciências Agrárias, Ciências Sociais Aplicadas, Ciências Humanas, Lingüística, Letras e Artes.

Por exemplo, considerando que a Geologia é contemplada como parte das Ciências Exatas e da Terra (nº 1.07.01.00-1), os fenômenos geológicos, tais como vulcões, gêiseres, montanhas, alterações nas rochas, processos erosivos (eólicos ou por intemperismo), citados por Orioux *et al* (1968, *passim*), são um bom exemplo de dupla inserção em categorias, pois podem ser preservados pelo seu valor científico ou paisagístico.

O valor científico, por sua amplitude, compreende também os valores paleontológico e arqueológico, entre outros, já que ambos são Ciência em função do método utilizado, os quais foram destacados apenas para dar-lhes ênfase. Em relação ao valor arqueológico, embora não contemplado explicitamente pelo art. 216, é possível extrair-lhe a noção do art. 23, III, da CF/88.

A Arqueologia é a Ciência Humana que estuda os vestígios materiais, caracteristicamente em dispersão espacial, total ou parcialmente ocultos (JORGE, 2000, p. 11). Durante algum tempo foi vista de forma romântica, não só pelas bombásticas descobertas de tesouros antigos, mas principalmente pela imagem aventureira construída pelo cinema, e cuidadosamente cultivada sob a forma de estereótipo, mas recentemente houve um deslocamento de interesses na Arqueologia, que antes buscava os artefatos valiosos, hoje procura relacionar as informações com os sistemas sociais e econômicos (CLARK, 1985, p. 20)

Essa Ciência, mais que encontrar tesouros, permite o estudo de sociedades muito antigas, pré-históricas, a partir dos vestígios materiais achados, que podem indicar traços culturais, além de dados demográficos, o estado de saúde e os hábitos alimentares dos indivíduos (SIMON *et al*, 1999, p. 10-21). Esses vestígios são documentos da contínua realização e sucessivos estágios da evolução humana e permitem reconstituir, na medida do possível, os modos de viver dos antigos grupos humanos, e constituem o denominado “patrimônio arqueológico”.

No Brasil, as escavações arqueológicas datam do século XIX, e além de obter informações dos artefatos e sítios, serviu para traçar um perfil do “brasileiro primitivo”. Como destaca Ferreira (2005, 138-143), os arqueólogos pretendiam demonstrar a “evolução” do bípede carnívoro (antropófago) para a gradual civilização, através da análise de sambaquis: tal pesquisa viabilizou a classificação por graus de civilidade das diversas nações indígenas permitindo escolher o tipo de índio que iria contribuir para a construção da identidade nacional: descartaram-se os antropófagos e foram tomados como modelo aqueles fabricavam vasos semelhantes aos gregos.

A Lei nº 3924/61 inaugurou a proteção legal do patrimônio arqueológico, com vistas à conservação dos vestígios materiais, não obstante também tenha relevância imaterial, porque pode veicular informações quanto ao modo de fazer e viver de diversos grupos.

Aqui, como se tem feito em relação aos demais valores, cumpre questionar o que considera “arqueológico”. A Lei citada teve como principal objeto a proteção dos vestígios de paleoameríndios, mas é evidente que a proteção não pode se restringir a eles, especialmente porque se pode conceber uma Arqueologia em termos bem mais gerais e recentes. Outra importante inovação é a previsão de regras para a exportação desses bens condicionada à prévia análise do IPHAN, cuja previsão deve ser combinada à Lei nº 4.845/65, que proíbe em geral a saída de bens culturais produzidos até o fim do período monárquico, salvo situações excepcionais, quais sejam exposições temporárias e intercâmbio cultural.

É importante destacar que a Lei nº 3924/61 prevê o procedimento para concessão de permissão para a pesquisa do patrimônio arqueológico, que evidentemente deve ser lida agora sob as diretrizes da Lei 9784/99, que trata do processo administrativo.

Uma legislação eficiente na proteção do patrimônio arqueológico deve contemplar, no mínimo, regras quanto à sua gestão, especialmente quanto à concessão de autorizações, acompanhamento e fiscalização de trabalho, previsão da deposição dos resultados em institutos com credibilidade, valorização de sítios e estabelecimento de circuitos de visita (divulgação), standardização de critérios e procedimento para a recolha, armazenamento, tratamento e divulgação da informação arqueológica (JORGE, 2000, p. 197).

A Lei nº 7.542/86, com a redação dada pela Lei 10.166/2000, trata dos bens submersos, perdidos ou encalhados em águas de jurisdição nacional, em terrenos de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar. A pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos deve ser coordenada, controlada e fiscalizada pelo o Ministério da Marinha, podendo ser concedida licença a particulares para fins de pesquisa.

Embora o art. 5º da Lei afirme que a Autoridade Naval, a seu exclusivo critério, poderá determinar ao responsável a remoção ou demolição dos bens submersos, perdidos ou encalhados, é evidente que diante do disposto no art. 216 da CF/88, tais medidas só poderão ser adotadas após a elaboração de laudo pelos órgãos de preservação, no caso, do IPHAN, o que é confirmado pelo disposto nos arts. 18 e 20.

Ainda conforme o art. 20, as coisas e os bens resgatados de valor artístico, de interesse histórico ou arqueológico permanecerão no domínio da União, e não podem ser apropriadas, doadas, nem alienadas diretamente ou por meio de licitação pública. Já o art. 30 dispõe que os bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terrenos de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar, ocorrido há mais de 20 anos da data de publicação da lei, passaram ao domínio da União, salvo se os responsáveis não requereram a autorização para pesquisa com fins de remoção, demolição ou exploração, no prazo de 1 ano a contar da data da publicação da lei.

A exceção a esta regra são os destroços de navios de casco de madeira afundados nos séculos XVI, XVII e XVIII, os quais foram automaticamente incorporados ao domínio da União, independentemente do decurso de prazo de 1 ano.

O patrimônio paleontológico, definido como o conjunto dos fósseis, é contemplado pela Lei 4146/41, e sua importância reside em permitir conhecer mais sobre a

anatomia e a fisiologia dos animais e plantas fossilizados, e, especula-se, até clonar DNA para reproduzir as espécies nos dias atuais. Os bens paleontológicos são federais, inalienáveis e imprescritíveis, e hoje são fiscalizados pelo DNPM - Departamento Nacional da Produção Mineral (MIRANDA, 2006, p. 80).

A memória é fundamental para a Ciência porque essa última baseia-se na criação, acúmulo e revisão de informações. Por outro lado, a evolução do conhecimento científico permite analisar os modos de ser, fazer e viver característicos de dada época.

É claro que um bem cultural pode ser valorado a partir de diversos desses critérios, que como se demonstrou não são excludentes, razão pela qual o mesmo bem cultural pode possuir valor histórico, estético, artístico, científico. Um exemplo: Olinda foi tombada devido ao reconhecimento dos valores histórico, estético e artístico do seu casario e Igrejas, razão pela qual figura em diferentes livros de tombos.

Paralelamente, aos valores expressamente previstos na Constituição Federal, que se constituem em aspectos ou critérios para a identificação e reconhecimento do bem cultural, ainda podemos agregar os seguintes:

f) Valor econômico

No sentido econômico, o valor expressa a capacidade que um bem possui para satisfazer necessidades (RIBAS, 97, p.119). Não resta dúvida de que o patrimônio cultural também possui valor econômico que, conforme a classificação proposta por Moura (2000, p. 2-3), pode ser *de uso direto*, quando implicar seu consumo ou transformação, ou *de uso indireto*, no qual mantém-se intacto como, por exemplo, no turismo cultural; *de opção*, quando o valor do bem está em não ser utilizado e, finalmente, *valor de existência*, referente ao bem cultural preservado.

Entretanto, também valem para os bens culturais as observações feitas por Paraíso (1997, p. 99) quanto às dificuldades técnicas para determinar o seu valor, que depende de quantificar o bem-estar das pessoas através da utilidade daqueles, o que é extremamente subjetivo, além do que não se pode considerar apenas a relação oferta-demanda atual por produtos culturais, devendo incorporar as necessidades de atores econômicos que sequer existem no presente – as futuras gerações, além das variáveis de degradação, cuja irreversibilidade, durabilidade e extensão dificultam a fixação de preços e valores.

g) valor turístico

O valor turístico pode ser definido como a capacidade que um bem cultural e/ou natural, isolado ou em conjunto, possui de suscitar interesse, motivando a visita ou permanência do turista em determinado local. O interesse pode decorrer da própria maneira como o bem turistificado é apresentado, já sob a forma de produto, capaz de fornecer entretenimento, conforto, lazer e informação (MURTA; GOODEY, 2005, p. 43).

Como resta evidente, para se tornarem atrativos os bens culturais e naturais passam por um processo de construção que os torna produtos turísticos: agregam-se elementos viabilizadores da visita que ao final são incorporados à sua própria manifestação, tais como a acessibilidade, sinalização, infra-estrutura suficiente e compatível com o atrativo, organização temática e segmentação (MURTA; GOODEY, 2005, p. 43-44).

O Turismo é uma atividade econômica importantíssima para a memória individual e coletiva porque permite aos indivíduos aproveitar o tempo de lazer para aprender de forma lúdica, acessando diretamente as fontes primárias do conhecimento. Tal constatação impõe a sua definição como meio de aprendizado interativo, e não como “diversão” ou “distração” como impõem a cultura de massa e a sociedade de consumo.

Diversão e distração são desvios de atenção que acabam por minar a capacidade de memorização e ação: não é à toa que distraída é a pessoa esquecida. Portanto, além de reconhecer o valor turístico, é preciso advertir para a circunstância de que a visita não deve ser realizada apenas com o intuito de entretenimento, mas principalmente ilustrativo, e também não deve impor à comunidade local uma mudança dos seus modos de viver e de fazer para atender as expectativas e exigências mercadológicas.

Existem três dificuldades para reconhecer e determinar os valores acima referidos nos bens culturais:

1) Nem sempre essas espécies de valor estão suficientemente detalhadas na legislação, embora possam ser identificados pela comunidade e pelos especialistas.

2) O tombamento é tradicionalmente o instrumento legal mais utilizado para declarar o valor cultural de um bem, constituindo-o em novo regime de tutela. Porém, como destaca Richter (1999, p. 58), o artigo 1º, §1º do Decreto-Lei 25/37 está em desconformidade ao art. 216 da CF/88, que estabeleceu outros meios de tutela. Logo, o reconhecimento do valor cultural de um bem pode se dar apenas para fins de registro e vigilância, por exemplo, que dessa maneira passarão a integrar o patrimônio cultural nacional.

3) O subjetivismo que assume a forma de “discrecionalidade administrativa”, quando na verdade o gosto pessoal de técnicos acaba por definir quais bens devem ser protegidos, como será analisado no item seguinte.

Finalmente, é de se notar que até obras estrangeiras podem fazer parte do patrimônio cultural brasileiro, excluídas aquelas previstas no art. 3º do Decreto Lei nº 25/37. Por exemplo: as obras de Franz Post, Eckhout, Rugendas, que dizem muito sobre o passado da sociedade brasileira, são verdadeiros documentos que devem integrar o patrimônio cultural nacional, não obstante tenham sido elaboradas por estrangeiros.

Se a obra estrangeira encontrar-se revestida de quaisquer dos valores acima citados, ela pode integrar o patrimônio cultural brasileiro, não significando necessariamente que a obra passará ao domínio público nacional, ou seja, à propriedade do povo brasileiro, mas que mesmo pertencendo a outros Estados ou cidadãos estrangeiros, pode ser representativa da identidade, da memória ou da ação dos grupos que formaram a sociedade brasileira.

4.2.2 O problema da discrecionalidade administrativa no delineamento do patrimônio cultural.

Reconhecida a diversidade de valores a serem interpretados e aplicados na identificação dos bens culturais, o problema passa a ser o critério de escolha. Em outras palavras, a definição do que é “artístico”, “científico”, “turístico” etc., dependerá de uma apreciação do administrador público. E isso ocorre porque o principal responsável pela identificação de bens culturais, pelo delineamento do conteúdo e abrangência do patrimônio cultural e pela elaboração de políticas públicas de proteção é o Poder Público.

Para José Afonso da Silva (2001, p. 30) a definição desses valores é um ato de caráter nitidamente discricionário, embora técnico, “não sendo assim, de admitir-se a possibilidade de o Judiciário interferir nessa esfera, pois que ele só poderia fazê-lo também por um julgamento de valor idêntico, e não de legalidade”.

O entendimento majoritário na doutrina brasileira sobre atos discricionários, dos quais a especificação dos termos indeterminados contidos no artigo 216 da CF/88 é um rico exemplo, vedando ao Judiciário a sua apreciação. Entretanto, já na década de 40 o Supremo Tribunal Federal decidiu na Apelação Cível nº 7.377-DF que o Poder Judiciário tem competência para o pleno controle do “mérito” da decisão discricionária, especificamente

quanto a reconhecer e declarar o valor histórico ou artístico no âmbito do tombamento, não se restringindo apenas aos aspectos formais do ato administrativo.

Não obstante, reconhecer que o delineamento do patrimônio cultural é feito através da discricionariedade administrativa não significa admitir o puro arbítrio em sua definição. Neste item pretende-se analisar como o Poder Judiciário pode contribuir ativamente para o aperfeiçoamento dos critérios interpretativos e dos sentidos admissíveis para o patrimônio cultural, especificando os lugares-comuns e instituindo um sistema de controle efetivo da discricionariedade da Administração Pública nesta matéria.

Considere-se que os valores explicitados no item anterior manifestam-se como *standards* jurídicos, ou lugares-comuns (*topoi*), definidos por Perelman como manifestações da razão prática (prudência), os quais fornecem os fundamentos de decidibilidade a serem considerados em cada situação para a decisão. São noções de conteúdo variável que constituem, não um fator de insegurança como afirmam reiteradamente os juristas, mas uma abertura na lei para conferir ao administrador e ao juiz uma maior liberdade, adequando as normas (estáticas) à dinâmica realidade social (PERELMAN, 1968, p.132-133).

O conteúdo do *standard* jurídico é informado pela conjugação de fatos econômicos, religiosos, morais e jurídicos, refletindo a Cultura do grupo social onde ele é criado. Eles vêm atender à impossibilidade do legislador de prever todas as situações fáticas, solucionada pela inclusão de tais noções indeterminadas como forma de preservar a eficácia do ordenamento jurídico. Para Souto, ao contrário do que normalmente afirma-se, essa abertura não significa subjetivismo, mas objetivismo, porque o conteúdo do *standard* é ampla e objetivamente aferível na sociedade (SOUTO, 1992, p. 50-55).

Na verdade, o Direito possuiu um caráter situativo, isto é, trata-se de um sistema aberto constituído por diversas influências culturais, constituindo a decisão numa escolha, num juízo valorativo do órgão competente, ideologicamente fundamentado e consignado em uma norma jurídica. A inserção do conceito indeterminado permite uma abertura da norma para a mutável realidade social, melhorando o seu poder de adaptação.

Portanto, a interpretação e o reconhecimento do que seja patrimônio cultural com base no Direito Positivo será sempre problemática, dependendo da adequação da norma à realidade social, obrigatoriamente considerando as circunstâncias e o contexto social, que balizarão a interpretação da linguagem normativa.

A identificação de um bem cultural como parte do patrimônio cultural, preenchendo os conceitos indeterminados do artigo 216 da CF/88, resulta de um processo

interpretativo multidisciplinar, cujo objetivo é descobrir o seu sentido e importância para a coletividade, com vistas à sua preservação e transmissão (MIRANDA, 2004).

Conforme a legislação aplicável, o processo de interpretação consiste em reconhecer e atribuir valores a um determinado bem material ou imaterial, que assim passam a ser merecedores de proteção especial. A atribuição dos valores a esses bens é uma atividade eminentemente política porque a preservação exige ação e discernimento. E, principalmente critérios claros, objetivos e democráticos. Até a CF/88, podem ser identificados vários critérios utilizados pelos entes e órgãos governamentais na identificação do patrimônio cultural:

a) *Sacralidade*: a veneração é quem elege e transmite o patrimônio cultural, como forma reverência pela ação e sentimento das gerações precedentes, além do que também pode ter uma conotação religiosa (CHOAY, 2001, p. 140; MALHANO, 2002, p.58). A proteção do que é sagrado é feita por lhe ser reconhecido um *status* superior fundante da moralidade, que justifica a interdição às modificações – consideradas sacrílegas - impondo a preservação (DURKHEIM, 1989, p. 261).

A sacralização transforma o bem cultural em relíquia, que acaba preservada por ser objeto de culto. Lugares também podem ser sacralizados, tornando-se um espaço venerando destinado apenas a práticas rituais ou comemorações especiais.

b) *Beleza*⁷⁴: a partir de um padrão estético específico, um determinado bem era julgado “belo”, ou dotado de beleza, passando a ser objeto da tutela legal. Esse conceito ou padrão estético foi sedimentado ao longo dos anos, em consonância à formação dos técnicos que atuavam nos serviços de proteção ao patrimônio cultural e também em razão do seu gosto pessoal.

c) *Monumentalidade*: foi o critério que norteou a eleição das Sete Maravilhas da Antigüidade, e também de vários bens móveis e imóveis para fins de tutela.

O monumento⁷⁵ é uma edificação ou sítio de caráter exemplar por suas características peculiares de forma, estilo e função, construído ou adotado para celebrar eventos específicos, ou constitui-se em reminiscências do passado, consagrado como símbolos coletivos ou como referência da memória coletiva (HORTA *et al*, 1999, p. 16). A função dos monumentos é marcar indelevelmente, em pedra, bronze, aço ou outros materiais

⁷⁴ Interessante notar que o valor “beleza” é considerado secundário no Direito Brasileiro, talvez por que venha dissociada das necessidades básicas. Por exemplo, as benfeitorias voluptuárias ou de aformoseamento são consideradas não indenizáveis pelo Código Civil (CUNHA FILHO, 2000, p. 72)

⁷⁵ A palavra *monumento* tem raiz indo-europeia, que exprime a mente (*men*) e a memória (*memini*), conforme Le Goff (2000, p. 103).

imperecíveis a aliança entre o individual e o coletivo, concretizando um sistema de valores (DAMATTA, 1997, p. 44).

d) Excepcionalidade/raridade: o Decreto Lei nº 25/37 adotou como critério a excepcionalidade, que pode significar a conjugação entre genialidade e originalidade; a capacidade do bem de mobilizar reações (MARCHESAN, 2007, p. 48); ou ainda considerá-lo o único ou principal remanescente de um determinado contexto histórico (MALHANO, 2002, p. 133).

A excepcionalidade, como critério de reconhecimento exclusivo, confere uma visão distorcida do passado porque apenas contempla os objetos de exceção, ou seja, aqueles que não são corriqueiros e, por isso mesmo, não representativos dos modos de viver e fazer (ROS, 2003, p. 197; LEMOS, 2004, p. 22), o que prejudicou a preservação de bens aos quais se atribuía menor valor, ou que eram ligados às classes sociais menos favorecidas (GOUVEIA, 2004, p. 96).

A Carta de Veneza (1964) substituiu a noção de grandeza e notabilidade, abrigo na tutela os bens modestos que tenham adquirido significação cultural em função do decurso do tempo. Tal orientação é seguida pelo artigo 216 da Constituição Federal, no qual a excepcionalidade passa a ser critério de aferição de risco, mas a sua ausência não é impeditivo da proteção, desde que sejam identificadas as referências culturais à identidade, à ação e à memória (SOUZA FILHO, 2005, p. 65), o que também *exclui* uma análise comparativa do bem em relação àquelas obras tomadas como padrão de técnica e beleza (RODRIGUES, 2006, p. 6).

e) Grandeza ou grandiosidade: podem referir-se ao tamanho (enquanto monumentalidade) ou a importância simbólica do bem: no caso das maravilhas antigas e modernas, são as megaconstruções que merecem destaque. Esse é um critério apreciado pelos brasileiros, que ressaltam a importância daquilo que é “maior do mundo”, por exemplo, o Rio Amazonas, o Maracanã, Itaipu, não havendo uma preocupação específica com o “melhor do mundo”, ou seja, o aspecto qualitativo.

A mesma noção é aplicada aos feitos humanos grandiosos que eram merecedores narração e recordação por poetas e historiadores, cantados e contados em verso e prosa, resultando na imortalidade alcançada através da fama (ARENDT, 2005, p. 75). Os bens que causam uma impressão mais forte são mais memoráveis, daí a predileção pela grandiloquência.

f) *Antiguidade*, porque há a tendência de valorizar objetos simplesmente porque evocam o passado, considerando-os como antiguidades. Nessa concepção, quanto mais

remoto no tempo, mais digno de preservação o bem se torna, devido ao seu acentuado caráter histórico.

A distinção entre o antigo e o novo não fazia sentido para as sociedades cuja noção de tempo era diferenciada, especialmente porque a tradição é presente, não passado, portanto importa o que está vivo, independente de quando foi produzido (CHOAY, 2001, p. 14). E atualmente esse parâmetro vem sendo modificado devido à mudança da própria noção de tempo histórico, razão pela qual o “antigo” por si só hoje não é critério suficiente para a preservação do bem.

Por outro lado, o “absolutamente novo” não existe na ordem social porque as invenções nascem condicionadas por antigos hábitos e lealdades, que fazem da recordação uma condição de inteligibilidade (CONNERTON, 1999, p. 7).

Quando se trata de memória individual e coletiva, não se pode deixar de destacar que o sistema capitalista contribui para o esquecimento porque o mercado precisa da novidade e as indústrias precisam da inovação com o intuito de garantir e expandir o mercado consumidor: a vida das mercadorias é curta e o velho e o novo sucedem-se com grande rapidez (CONNERTON, 1999, p. 74), o que também acaba por comprometer a permanência da utilidade e do conceito dos objetos.

f) Autenticidade, que determina uma relação de preservação inversamente proporcional às modificações sofridas pelo bem: quanto menos alterado, modificado, mais digno de preservação. Sobre esse critério em particular existe uma grande polêmica no Direito Internacional Público, capitaneada pelos japoneses, que têm uma visão bastante diferente sobre o conceito de autenticidade.

Como a maioria dos prédios e monumentos japoneses são feitos em madeira, que é bastante perecível, a sua idéia de preservação consiste na manutenção dos modos de fazer, do conhecimento tradicional capaz de fazer de novo, de maneira idêntica, todos os objetos móveis e imóveis, de modo a não se poder notar que não são “autênticos”. Ou, explicando de outra maneira, a autenticidade existe quanto à função e à forma, não quanto à matéria (BO, 2003, p.107). Existem templos japoneses que, em períodos de tempo determinado, são totalmente refeitos, de modo que as suas partes não têm mais do que vinte ou trinta anos de construídas, e que passam por esse processo há mil ou dois mil anos, tal como ocorre com o Santuário de Ibe, no Japão (STILLE, 2005, p. 73).

Note-se que essa preservação do modo de fazer (ou saber-fazer, *know how*) foi fundamental para a reconstrução da cidade de Tóquio, completamente destruída por bombas

incendiárias na Segunda Guerra Mundial. Tal sorte não foi compartilhada pela maioria das cidades ocidentais destruídas por catástrofes naturais ou humanas.

É uma maneira completamente diferente da visão ocidental sobre preservação, já que aqui a tônica é a restauração, entendida como a recuperação dos caracteres originais, na medida do possível, enquanto que para os orientais é a substituição que garante a conservação do bem, através da criação de cópias. Neste caso, copiar é um modo legítimo de manter os modos de fazer, que resulta mais da reverência do que da falta de originalidade: é preciso apenas distinguir entre a réplica, que possui uma conotação de falsidade e a reprodução, que mantém uma alta qualidade, como adverte Stille (2005, p. 74).

Ainda quanto à autenticidade é preciso destacar que a reprodução técnica substitui a sua existência única por uma existência serial, ainda que em suportes distintos do original e sem necessariamente copiar-lhe o modo de fazer, o que permite a sua maior difusão pela simples possibilidade de maior exposição, contribuindo assim para a sua preservação (BENJAMIN, 1994, p.171-172).

g) Notabilidade: exemplares “dignos” de conservação ou amostras exemplares que melhor expressam o caráter de uma região, tal como previsto pelo Decreto nº Lei 25/37.

Na mnemotécnica medieval, *notae* eram os elementos característicos usados para fixar a imagem da coisa ou idéia que se queria reter na memória. Quanto mais notas tais imagens tivessem, geralmente por possuírem elementos incomuns, belos, ridículos ou grandiosos, mais forte impressão causavam sendo retidas mais facilmente (YATES, 1974, p.9).

h) Valor econômico: existem objetos que pelo seu valor material merecem ser preservados, por exemplo jóias, tesouros. Essas “preciosidades” em geral estão associadas àquelas classes sociais que têm maior poder aquisitivo, e também são representações materiais do seu poder político.

i) Pureza ou tipicidade: os objetos e edifícios “puros”, representantes de uma época merecem ser preservados, esse critério hoje pode ser incluído no esquema genérico da “representatividade”.

Esses critérios podem vir isolada ou simultaneamente, conferindo ao bem cultural o seu caráter principal que é a infungibilidade. Entretanto, foram superados pelo advento do artigo 216 da Constituição Federal: hoje nem o notável, nem o grandioso ou antigo, nem o autêntico ou típico, por si sós são critérios para identificar os elementos componentes do patrimônio cultural, que antes de tudo deve ser *representativo*, um verdadeiro testemunho da

ação, identidade e memória daqueles que contribuíram para a formação da civilização brasileira.

A representatividade, nesse contexto, pode ser a capacidade de reportar a características específicas de determinada sociedade, ou também pode referir-se à adesão popular à memória específica que o bem simboliza, aferível através da *ressonância social*, nos termos do artigo 216 da Constituição Federal. Isso ocorre porque os bens culturais são semióforos, cujo valor não é medido pela materialidade mas pela força simbólica, pelo poder de estabelecer a ligação entre o visível e o invisível, entre o presente e o ausente, entre o passado, o presente e o futuro (CHAUÍ, 2006, p. 117).

A questão agora é saber quem decide o que é representativo. Como bem destaca Ecléa Bosi (1994, p. 65), existe uma relação entre o ato de lembrar e o relevo (a importância existencial) para o sujeito que recorda, e na verdade o reconhecimento do que compõe o patrimônio cultural dependerá dos conceitos e preconceitos dos responsáveis pela aplicação da Lei, em geral os técnicos que compõem os quadros dos órgãos e entidades ligados à preservação: IPHAN, Secretarias de Cultura, museus, entre outros.

Existe, pois, uma diretriz sedimentada para identificar o patrimônio cultural, muitas vezes implícita, inconsciente até, que estabelece a tipologia dos bens que merecem ser preservados. Uma análise dos bens tombados pelo IPHAN revela um conceito bastante específico e restritivo do que é “histórico”, “artístico”, “estético”, além de permitir visualizar a ideologia implícita na delimitação do patrimônio cultural objeto de políticas de preservação: primeiro, privilegiando os bens imóveis em detrimento dos bens móveis, o que coaduna com a tradição que remonta ao Direito Romano de que os “bens de raiz” são mais importantes. Ainda hoje o Direito Brasileiro acompanha essa tradição, bastando constatar que as formalidades para aquisição e alienação de bens imóveis são mais complexas do que aquelas estabelecidas para bens móveis, não obstante hoje o valor desses últimos possa superar os primeiros.

Durante décadas os órgãos de preservação trabalharam com uma visão estática, imóvel mesmo, do patrimônio, representativos do poder político constituído: Igrejas, quartéis, palácios, mansões de gente abastada foram o primeiro e mais importante objeto da política de preservação, e ainda hoje constituem o seu cerne.

Portanto, a questão que se apresenta no delineamento do patrimônio cultural brasileiro liga-se à circunstância de que a valoração acima relatada é um ato administrativo tido como *discricionário*, porque a decisão administrativa será construída com base em conceitos indeterminados. E a resposta da Administração a esses valores, ou conceitos

indeterminados, contidos na norma depende do envolvimento ideológico do aplicador, que fixa os critérios a serem observados na ocasião da escolha (KRELL, 2004-a, p. 60).

A discricionariedade pode ser definida como essa margem de liberdade de escolha entre condutas alternativas, permitidas em lei. Geralmente decorre ou da vagueza do texto legal ou de uma autorização conferida pelo legislador, consciente da sua incapacidade de prever todas as condutas possíveis (MARQUES NETO, 2002, p. 460). Consoante essa idéia, afirma Krell (2004-b, p.24) que a Lei comporta uma abertura normativa, deixando uma órbita de livre decisão ao administrador para constituir o Direito no caso concreto, sendo essa discricionariedade pouco sindicável perante os tribunais, devido à dificuldade que o Poder Judiciário tem de enfrentar temas técnicos e políticos.

Esses conceitos indeterminados são uma necessidade, habilitando a Administração Pública a agir na organização dos serviços públicos em conformidade à dinâmica da vida social, que exige uma resposta rápida para os seus problemas. A discricionariedade resultante da inserção desses conceitos indeterminados será maior, em grau, quando requeridos conhecimentos específicos, de natureza técnica, para a decisão no caso concreto (KRELL, 2004-b, p. 23).

Porém não se pode perder de vista que a escolha para preencher esses conceitos vagos deve ser feita com base nos critérios, e principalmente finalidades, estabelecidos em lei. Exatamente com base nas normas jurídicas que estabelecem essas metas, denominadas normas-objetivo ou normas de criação, devem ser elaboradas e implementadas as políticas públicas pelos órgãos e entidades da Administração Pública, que têm o poder operacional e informações para organizá-las.

Portanto, embora o conteúdo dos atos discricionários não seja pré-determinado, a sua finalidade e os resultados que devem alcançar o são, e devem ser sindicados pelo Poder Judiciário, a quem cumpre analisar e julgar toda e qualquer ameaça ou lesão a direito.

Diante do princípio da legalidade resta patente que a distinção entre atos vinculados (nos quais tradicionalmente se afirma que não há margem de escolha) e os atos discricionários (em que a escolha é tida como praticamente ilimitada devido à inserção de conceitos vagos, abertos e fluidos) é meramente de grau, de intensidade, de quantidade de liberdade e não qualitativa ou de essência, o que decorre da densidade mandamental dos termos lingüísticos constantes na norma jurídica. Essa falsa dicotomia de atos vinculados/discricionários deve ser superada para permitir que ambos sejam sindicados pelo Poder Judiciário.

A questão passa a ser o controle dessas escolhas para que atendam ao máximo à diversidade e à fragmentação de interesses de uma sociedade pluralista e democrática como é a brasileira. Aliás, como destaca Marques Neto (2002, p. 462), o próprio interesse público, antigamente concebido como uno e indivisível em razão dos princípios da supremacia e da indisponibilidade, hoje se apresenta também fragmentário, dada a possibilidade de colisão.

É por isso que, além dos aspectos eminentemente técnico e especializado que caracterizam as escolhas discricionárias da Administração Pública, evidentemente balizadas pelo princípio da legalidade, a definição do patrimônio cultural deve também basear-se no senso comum (bom senso) porque o mundo é um mundo compartilhado, como afirma Arendt (2005, p. 268-276), devendo ser promovida a participação popular no processo de reconhecimento, inventário e preservação dos bens culturais, como forma de concretização do princípio democrático.

O discernimento para a determinação do conteúdo desses conceitos vagos e valores deve, portanto, ser aferido junto à comunidade, que é o âmbito mais indicado para revelar e constatar, provando, o valor cultural de um bem, ao invés apenas de laudos que não vivenciam o cotidiano (GOUVEIA, 2004, p. 97), cuja autoridade técnica foi o único critério admitido para a legitimidade das escolhas dos bens patrimoniáveis (RODRIGUES, 2006, p. 8).

A participação popular na formação da vontade administrativa, especialmente quando da interpretação dos conceitos indeterminados e valores para definir o que seja patrimônio cultural, é indispensável à sua legitimação. Especialmente porque ela, a comunidade, é também um sujeito responsável pela preservação, e possui um compromisso com as futuras gerações (PASSOS, 2001, p. 469), sendo imperativa a oferta de uma educação voltada ao conhecimento e à valorização dos bens culturais.

A estrutura administrativa que formula e executa as políticas de preservação do patrimônio cultural deve contar com órgãos colegiados, dotados de especialização técnica, e que permitam a participação dos indivíduos e grupos interessados em opinar (KRELL, 2004-a, p. 30). O princípio da participação é concretizado através das organizações não-governamentais nos conselhos ambientais, na participação nas audiências públicas no procedimento de Estudo de Impacto Ambiental (EIA), e pela participação em ações judiciais, em especial a ação popular e civil pública (RODRIGUES, 1998, p. 211).

O esquema interpretativo aqui proposto, como possível objeção, ampliaria demais o patrimônio cultural, a ponto de inviabilizar a proteção pelo Estado Brasileiro. A essa consideração pode-se esclarecer que o Estado, representado pelos entes e órgãos, não é o

único agente da preservação. Ao contrário, a CF/88, no artigo 225, pretende que o indivíduo, a sociedade e também o Estado sejam os sujeitos da preservação, o que demanda a criação e regulamentação de outros instrumentos protetivos além daqueles hoje existentes, cujo caráter é eminentemente administrativo.

Além disso, também será preciso conceber a preservação do patrimônio cultural como uma política pública democrática, de longa duração, que contemple múltiplos aspectos como a moradia, a educação, o saneamento básico, como será visto no capítulo 9. Quem tem o poder de definir o patrimônio cultural a ser preservado, e conseqüentemente a memória que dele resulta, possui a capacidade de consolidar as representações sociais, definidas como as informações, as imagens e as atitudes que concorrem para construir a realidade comum e para forjar o modelo social (SÁ, 1996, p. 31-35). Depois, busca expandir essa visão organizada do mundo através de uma propaganda específica, que diferencia antagonisticamente os receptores a partir do ponto de vista hegemônico.

Essas representações sociais organizam os processos simbólicos da sociedade, controlando, verificando e dirigindo as operações cognitivas dos indivíduos e dos grupos para criar laços de identidade. No centro dessas representações está a memória coletiva, resistente à mudança, que gera os significados essenciais dotados de poder associativo, ainda que circundada perifericamente por representações não hegemônicas e heterogêneas que permitem a adaptação melhor dos grupos sociais. Ou seja, há representações e memórias hegemônicas, que são partilhadas por todos os grupos sem por eles serem produzidas, uniformes e coercivas, que prevalecem sobre as outras; há representações e memórias emancipadas, como conhecimentos e idéias de subgrupos compartilhados com outros (com âmbito de “validade” menos abrangente) e há representações polêmicas, que antagonizam com as outras (SÁ, 1996, p. 40)

A discricionariedade dos órgãos de preservação até hoje delineou um patrimônio cultural com uma visão hegemônica, pouco representativo da diversidade, com a finalidade explícita de consolidar um Estado unitário e monoidentificado. E isso acaba por minar a auto-estima dos indivíduos e grupos, que acabam adotando um estilo de vida falso, distorcido ou reduzido, com enormes dificuldades de adaptação, que levam à marginalização e à exclusão social.

A questão da preservação do patrimônio cultural, como de qualquer outra política, é encontrar o ponto de equilíbrio entre as demandas sociais presentes, os recursos necessários e as aspirações da sociedade, o que só é alcançado através de um processo contínuo de planejamento, fiscalização e reavaliação.

Preservar o patrimônio cultural significa garantir a todos a possibilidade de viver sua própria Cultura, pois a sociedade é multi-identitária e deve oferecer a oportunidade de escolha aos cidadãos. Significa valorizar a heterogeneidade de Culturas, recusando os mecanismos discriminatórios, dando visibilidade positiva à diferença porque a realidade social é fragmentária e múltipla, e entre as culturas que a formam há zonas de fronteira e interações culturais (MACHADO, 2002, p. 31-34). Com Fraser (2001, p. 272-274), pode-se sugerir a combinação de remédios afirmativos e de remédios transformativos, que devem ser utilizados balanceadamente a fim de possibilitar mudanças estruturais profundas no sistema de representação simbólicas das políticas de preservação.

a) os remédios afirmativos baseiam-se na manutenção da estrutura social-econômica e cultural, utilizando-se de técnicas compensatórias para “incluir” os grupos sociais discriminados. A “afirmação” deixa intactas as estruturas profundas, devendo fazer realocações superficiais contínuas porque privilegia um grupo discriminado, mas não altera a estrutura econômica, o que potencialmente gera conflito de reconhecimento dos que não foram beneficiados, além de criar uma dependência contínua por outros favores, resultando no paradoxo de que se baseia na igualdade mas a contradiz (FRASER, 2001, p. 270). No aspecto da injustiça cultural, os remédios afirmativos visam a afirmar e consolidar a identidade, a partir da diferença.

b) remédios transformativos fundam-se na necessidade de transformar as estruturas sócio-econômicas e culturais, implementando programas de bem-estar universal para minar diferenças, pretendendo a reciprocidade e a solidariedade nas políticas de reconhecimento. Aqui pretende-se uma nova forma de interpretação, por exemplo, a hermenêutica diatópica, capaz de superar as diferenças e dicotomias através da desestabilização de identidades para construir a longo prazo novas formas de associação.

Fraser (2001, p. 273-274) demonstra que existe uma incompatibilidade lógica entre os remédios afirmativos e transformativos porque os primeiros baseiam-se no binômio “preservação da estrutura-afirmação das diferenças”, enquanto que os segundos pretendem exatamente o oposto: promover transformações estruturais para desestabilizar as diferenças.

Os remédios afirmativos, mesmo deixando intactas as estruturas profundas e com o paradoxo de consolidar a diferença, podem ser utilizados em um primeiro momento para alterar a relação quantitativa de bens reconhecidos, incluindo os bens representativos de outras matrizes culturais, tais como negros, índios e imigrantes de diversas nacionalidades. Algumas iniciativas nesse sentido já foram feitas, através do tombamento de bens afro-

brasileiros, tais como os quilombos e alguns terreiros de candomblé e umbanda, podendo ser citado em Recife o terreiro de Obá-gunté, tombado em 1985.

Entretanto, os remédios afirmativos não alteram qualitativamente a concepção da política de preservação, do que ressalta a necessidade da adoção de remédios transformativos, que nesse caso podem ser frutos de uma nova forma de interpretar o patrimônio já constituído para minar diferenças, recusando a construção de identidades essencialistas que apenas servem para consolidar estereótipos.

Outra possibilidade de medidas transformativas é modificar a estrutura discricionária da Administração Pública, não só pela previsão de mecanismos institucionais de manifestação dos indivíduos e grupos interessados, que hoje não encontram voz, mas também pela mudança cultural dos agentes públicos da preservação, como será visto adiante.

O fato é que a política de preservação no Brasil não abre espaço institucional para que a população se manifeste, o que é especialmente problemático já que é ela, a população, quem produz Cultura. Como afirma Canani (2005, p.174):

A participação das pessoas envolvidas nos processo de reconhecimento patrimonial é de importância fundamental, uma vez que o valor cultural das referências é dado não somente pelos técnicos especializados, utilizando critérios próprios de seus respectivos ofícios, mas principalmente pelo valor de testemunho histórico e de concentração de significados atribuídos pelo grupo social ao bem tombado. Na investigação dos significados e das representações sociais compartilhadas e no reconhecimento dos bens pelos indivíduos como constituindo uma herança cultural sua para as futuras gerações, levando em conta as diferentes categorias em que o patrimônio é concebido, é que se pode chegar mais perto daquilo que de fato seja representativo de um determinado grupo social.

Não se trata de expressar interesses ou preferências, mas sim de permitir que os objetivos públicos sejam definidos democraticamente. O melhor modelo para Íris Young (2001, p. 375-377) é o da democracia comunicativa, em que não existe um padrão ou modelo de discurso pré-estabelecido, e as demandas são adaptadas ao diálogo, voltado à construção do bem comum.

Existem vários motivos, ou critérios, que proporcionam uma unidade, como fatores geográficos, econômicos e políticos, entre outros, mas na democracia comunicativa existe uma interdependência significativa, e é garantido a todos o respeito, igual valor para as opiniões e procedimentos pré-fixados. O problema é que são pessoas diferentes, com objetivos, valores e interesses diferentes, tentando solucionar problemas coletivos de maneira justa (YOUNG, 2001, p. 382).

O objetivo é comunicar para encontrar diferenças de significados e a pluralidade de pontos de vista, levando à mútua identificação. Colocar a opinião de cada um em perspectiva pode levar a transcendência das diferenças, justificando tratamentos diferenciados, porque um se enriquece com a visão do outro (YOUNG, 2001, p. 379). Assim, é possível reconhecer as particularidades do interlocutor para estabelecer a confiança, o respeito mútuo e soluções que sejam consensualmente justas para todos.

O equilíbrio entre igualdade e diferença não é o produto final da ação política, mas o seu processo. O pressuposto para uma política democrática de preservação de bens culturais é reconhecer que existem diversas Culturas dentro do Brasil e que elas são incompletas, e podem ser enriquecidas pelo contato, para criar inteligibilidades mútuas e articular diferenças e equivalências.

Essa proposta não passa pela adoção nem do relativismo cultural nem do multiculturalismo, em si, exatamente pelo perigo de que o respeito pela diferença do outro transforme-se em uma maneira de afirmar a superioridade universalista de uma classe ou grupo, reservando aos demais um espaço residual, como advertem Boaventura Santos e Nunes (2003, p. 21).

Também não se prega a tolerância, porque ela não exige um envolvimento ativo com os outros sujeitos e ainda reforça o sentimento de superioridade de quem está acompanhado pela “universalidade”.

Como o patrimônio cultural é um repertório de sentidos e significados partilhados pelos membros de uma sociedade, é preciso traduzir os valores que cada um dos grupos sociais possui para permitir a sua inteligibilidade mútua, tornando compreensível o que lhes é comum, ainda que mantendo suas diferenças recíprocas (SANTOS & NUNES, 2003, p. 35-40).

Para fazer uma tradução bem feita, e tornar inteligível o sistema simbólico, é preciso superar o relativismo cultural, partindo do pressuposto de que existem, sim, preocupações convergentes, ainda que expressas em linguagens distintas e a partir de universos culturais diferentes, pois todas as culturas possuem um conceito de dignidade, que demonstram valores e aspirações mutuamente inteligíveis; além de ter sempre em mente que todas as culturas são incompletas, o que decorre da circunstância de que existem simultaneamente, devendo ser aumentada a consciência da incompletude para possibilitar o diálogo (SANTOS, 2003, p. 441-442).

Portanto, considerando que o patrimônio cultural abrange os lugares comuns que funcionam como premissas de argumentação e interpretação (BOAVENTURA SANTOS,

2003, p. 413), a solução para a construção de uma política de preservação representativa e democrática é o estabelecimento do diálogo intercultural, traduzindo em cada uma das culturas os *topoi* que nelas são comuns, para criar espaços de mútua inteligibilidade.

4.3 O papel do Poder Judiciário no controle da discricionariedade administrativa, no tocante à definição do patrimônio cultural.

É preciso reconhecer que o interesse público hoje é fragmentário, como reflexo do pluralismo da própria sociedade brasileira. Como bem destaca Vianna (1999, p. 18) as sociedades pluralistas sofrem do mal do *overload* da função legislativa porque as suas demandas sociais – exatamente por serem plurais – são tão diversificadas que não conseguem ser atendidas pelo Poder Legislativo.

Nesse contexto, a Lei passa a incorporar as contradições da sociedade e acaba por haver uma flexibilização do seu conteúdo, com a inserção de conceitos vagos e indeterminados e a previsão normativa de pautas cada vez mais complexas.

O panorama favorece um aumento da discricionariedade, demandando também um aumento do controle da motivação para a prática dos atos administrativos. O controle da discricionariedade basicamente decorre da interpretação da lei e da aferição da regularidade formal, material e da eficiência dos atos, razão pela qual o Poder Judiciário, por ser especializado na exegese legal, é a instituição mais apta a realizá-lo.

O Poder Judiciário exercerá um papel fundamental na identificação, na satisfação e na compatibilização do interesse público, especialmente em caso de conflito entre o interesse público da comunidade e o interesse estatal. Ou seja, um Poder Judiciário atuante é a verdadeira garantia de respeito à Democracia, também concebido como um processo contínuo de escolhas e reavaliações, que fundamentalmente visa à integração do maior número possível de indivíduos na comunidade política, em condições igualitárias.

Cabe ao Poder Judiciário assegurar que as escolhas feitas pelo administrador público sejam as melhores para o bem-estar da generalidade dos cidadãos, não só das majorias, mas também das minorias eventuais, desempenhando um importante papel no controle e na verificação da eficácia das políticas públicas, até mesmo porque a discricionariedade é um tipo de competência e por isso mesmo deve ser sindicável (KRELL, 2004-b, p. 34).

Existem alguns óbices para o controle da discricionariedade: o primeiro deles é o respeito ao princípio da separação dos poderes que, segundo a doutrina mais ortodoxa,

impediria o controle do mérito (conveniência e oportunidade) dos atos administrativos. Para Marques Neto (2002, p. 463), esse argumento não pode ser utilizado para obstar todo o controle de mérito desses atos, pois desde a edição da Lei 4.717/65 essa visão foi superada, ao permitir a anulação de atos por vício, inexistência ou desvio de finalidade, o que atinge o próprio mérito da discricionariedade.

Além disso, a expansão do princípio democrático e o princípio da igualdade, com a emergência de novos direitos e titulares de direitos, deu fim à separação estanque entre o Estado e a sociedade civil (VIANNA, 1999, p. 17).

O segundo argumento é que o Poder Judiciário é neutro, e portanto possui caráter apolítico, devendo ater-se à análise dos requisitos formais dos atos administrativos e sua adequação legal, mas não à conveniência e à oportunidade. O grande problema, nesse ponto, é que o fracionamento do ato administrativo em elementos exteriores (pertinentes à forma, motivo e capacidade) e elementos internos (conveniência e oportunidade, que constituem o seu mérito) é artificial e serve para imunizar esses últimos excluindo-os indevidamente da apreciação do Poder Judiciário (KRELL, 2004-b, p. 26).

Ocorre que todo ato administrativo, inclusive os discricionários, está submetido ao princípio da legalidade, razão pela qual o Poder Judiciário tem a competência de analisar o seu mérito. Entender o contrário é fazer uma auto-restrição indevida das atribuições do Poder Judiciário, já que a sua função é dizer o direito *in concreto* e interpretar a Lei sempre que essa comporte conceitos vagos e indeterminados (PASSOS, 2001, p. 457).

O Poder Judiciário pode reconhecer o valor histórico, paisagístico, artístico, entre outros, não identificado anteriormente pela Administração Pública, pois essa atividade não pode ficar exclusivamente nas mãos de técnicos, ou prefeitos, ou legisladores. O direito de definir os valores e conceitos indeterminados, ou de discordar da interpretação dada pela Administração Pública, também deve assistir à comunidade, que tem no Poder Judiciário o âmbito próprio para deduzir as suas reivindicações.

Na reflexão de Lídia Passos (2001, p. 453) essa neutralidade e isenção do Poder Judiciário é na verdade mantenedora do *status quo* administrativo, que não traz resultados sociais concretos. A análise simplesmente formal do procedimento administrativo pelo Judiciário impede a sua apreciação da conveniência e oportunidade, deixando de cumprir a sua missão constitucional que é, exatamente, garantir a eficácia da Lei.

A necessidade de controle da discricionariedade é decorrência do próprio princípio republicano, em que todo poder deve ser exercido com controle e aferições. Além disso, não é demais lembrar que o Poder Judiciário vem atuando como um órgão de controle superior da

Administração Pública, desde que um grande número de normas de Direito Administrativo foi incorporada no texto constitucional, do qual o Supremo Tribunal Federal é o guardião, e tem realizado inclusive a modelagem institucional do Poder Público através da apreciação e julgamento de ADINS, como bem ressalta Vianna (1999, p. 66).

O controle da discricionariedade pelo Judiciário é possível porém esbarra no princípio da inércia, pelo qual esse Poder só pode agir mediante provocação. É verdade que pode ser provocado por qualquer cidadão, pelo interessado atingido ou pelo Ministério Público, através da Ação Popular, ações nominadas e inominadas, e pela Ação Civil Pública, respectivamente.

Não obstante, no sentir de Marques Neto (2002, p. 464), isso só desloca o problema da discricionariedade administrativa para o Ministério Público, que também pode usar do seu poder discricionário com ampla margem de escolha para decidir em quais searas vai demandar e manifestar-se, razão pela qual também a sua conduta deve ser objeto de controle.

Conceber um controle judicial do poder discricionário significa confiná-lo aos limites finalisticamente impostos pela Lei, adequando a vontade do administrador ao interesse público nela contido. A apreciação dessa adequação finalística cabe ao Poder Judiciário, como bem destaca Passos (2001, p. 459), que poderá analisar tanto a conveniência como a oportunidade tendo como parâmetro os objetivos visados pela Lei.

O problema passa a ser a delimitação da abrangência da análise judicial, para evitar que a vontade do juiz prevaleça sobre a vontade da autoridade administrativa. Essa é uma questão do ponto de equilíbrio institucional a ser alcançado, entre funções estatais que são complementares, e que passa pela discussão sobre o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, e no caso da sociedade brasileira, em um contexto de subdesenvolvimento, bem como pela observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O controle judicial deve considerar a aptidão transformadora do ato administrativo, pois essa é a condição de satisfação do interesse público, pelo que a sua análise deve recair sobre o modo mais conveniente e oportuno de atender ao interesse público (PASSOS, 2001, p. 478). Nesse sentido, afirma Krell (2004, p. 22), que a autonomia administrativa consiste em “escolher, dentro dos limites legais, a melhor opção a ser seguida pelo Poder Público, diante de uma situação concreta”.

Concluindo, a atuação do Poder Judiciário no controle da definição dos bens integrantes do patrimônio cultural e também no mérito das políticas públicas de preservação

encontra o seu fundamento, em primeiro lugar, no princípio da inafastabilidade da jurisdição, conforme o artigo 5º, XXXV, da CF/88, porque os interesses dos indivíduos ou grupos podem ser violados pelas más escolhas da Administração Pública; em segundo lugar porque o princípio da legalidade exige que a discricionariedade administrativa seja exercida para realizar as finalidades legais; e em terceiro lugar, porque os atos administrativos praticados, vinculados ou discricionários, devem ser eficientes, no sentido de realizar ao máximo às finalidades legais, obedecendo à proporcionalidade.

A sua importância resta assim evidenciada porque o Poder Judiciário tem a missão de tornar eficiente o Direito, que foi criado para solucionar problemas concretos, daí porque a eficácia e a implementação das normas jurídicas fazem parte da sua razão de existir.

4.4 Memória coletiva e reconhecimento: a justiça simbólica como necessidade fundamental ou o valor da herança.

O patrimônio cultural, exatamente por não ser um dado mas uma construção social, resulta de um processo de atribuição de significados e sentidos que desnudam sua natureza política, econômica e social. É portanto um espaço de luta e disputa, submetido a diferentes usos e diferentes interesses, que selecionarão os bens culturais dignos de serem preservados e transmitidos (CHAGAS, 2002, p. 17).

No modelo de Estado-nação parte-se do pressuposto da homogeneidade de ideais como consequência da composição homogênea do povo, formando o paradigma mononacional-monocultural referido por Carbonnel (2004, p. 251). O conteúdo dessa monoidentificação é a comunhão e o compartilhamento de antepassados, memórias coletivas e na experiência histórica comum, visando à criação de laços de solidariedade. Desse ponto de vista a identidade passa a ser um importante fator de mobilização dos indivíduos em prol do Estado e das outras instituições sociais, cuja continuidade define a identidade nacional (ALBROW, 1999, p. 26-27).

Nesse contexto, a diferença é perigosa para a coesão nacional, razão pela qual a construção do patrimônio cultural e da memória pelo Estado, através de políticas de preservação, em geral tendeu a ocultar as diferenças, construindo um discurso único de fundação da identidade, a partir daqueles caracteres, valores e fatos tidos como “fundamentais” para a agregação social.

No Estado-Nação a identidade confunde-se com a nacionalidade, entendida como um vínculo que liga o indivíduo ao território de um Estado e ao seu sistema de valores. Entretanto, esse modelo entrou em crise após a Segunda Guerra Mundial, razão pela qual não pretende mais a monoidentificação, em um processo especialmente intensificado com a globalização, que no entender de Albrow não pode ser concebida como um processo único, mas sim como “globalizações”. Nesse novo contexto, reconhecer significa dar visibilidade, representação e autogoverno aos diferentes, o que não significa necessariamente secessão (VIDA, 2004, p.720).

O Estado-Nação é a “pátria”, palavra que têm a mesma etimologia de “patrimônio”, pois ambas derivam de *Pater* (pai) e trazem em si a idéia de herança, algo que se herda dos pais. Como ressalta o Papa João Paulo II (2005, p. 78), a referência à paternidade nos remete ao ato da criação ou geração, razão pela qual se pode afirmar ser a Pátria-patrimônio a força geratriz do espírito do povo.

A idéia de geração, nascimento, permeia a concepção de pátria e também de patrimônio: à primeira atribuímos qualidades inerentes à maternidade, chegando a denominá-la de “pátria-mãe gentil”, como consta do hino brasileiro. Também não é à toa que a palavra “nação”, cujo conteúdo é puramente cultural, é estruturalmente ligada ao verbo “nascer”, derivando ambas do latim *nasci, natus* (HECKLER *et al*, 1994, p. 139).

Esse raciocínio permite afirmar que o patrimônio cultural é uma herança recebida dos antepassados, através da transmissão (*tradere*) de conhecimentos e experiências acumulados que, personificados na Pátria, fazem nascer o espírito individual e coletivo. Portanto, sendo o patrimônio cultural uma herança transmitida pelas sucessivas gerações, através dele é construída a identidade nacional.

Os bens que fazem parte dessa herança possuem uma força própria, que reside no seu significado e no seu poder de representação. Entretanto, essa dádiva não se limita ao ato de receber conhecimentos, sentimentos e experiências, mas também em dá-los e retribuí-los, como destaca Marcel Mauss (2001, p. 115), contribuindo para o incremento do patrimônio cultural.

A monoidentificação pretendida pelo Estado brasileiro implicou na adoção da herança “mais digna”, sendo preservados os monumentos que a simbolizavam. Em relação aos demais, o preconceito impediu que fossem igualmente contemplados que, no caso de uma política pública, refletiu a maneira de homogeneizar opiniões e mobilizar o aparato administrativo em favor de uma ideologia determinada (HELLER, 2000, p. 54).

É opinião corriqueira e assente na Doutrina do Direito que as noções de *Estado* e *Nação* não se confundem, pois o primeiro significa a organização política de uma sociedade em dada base territorial, enquanto a segunda refere-se à questão da unidade cultural e afetiva de um grupo de indivíduos.

Realmente, são dois conceitos afins porém independentes porque para haver Estado não é preciso que exista uma Nação, e nem mesmo a situação recíproca ocorre necessariamente, pois se pode admitir uma Nação sem que exista Estado. Mas tal distinção não é, e não pode ser, tão absoluta porque a base da coesão social é a certeza de compartilhar dos objetivos comuns e do mesmo destino, daí afirmar Hall (2003, p.50-51) que a cultura nacional é um discurso, um modo de construir significados, que influencia a concepção dos indivíduos sobre si mesmos e organiza suas ações, construindo identidades fundadas em memórias que conectam o presente com o passado.

Três coisas constituem o princípio espiritual da unidade nacional: a comunhão de memórias do passado, o desejo de viver em conjunto e a perpetuação da herança (HALL, 2003, p. 58). Mas a cultura nacional não é apenas um ponto de identificação simbólica, lealdade e união: é uma estrutura de poder, eliminação da diferença, unificação de classes e gêneros, conseguida através do exercício do poder cultural.

A construção das nações modernas baseou-se em estratégias representacionais para construir o senso comum (HALL, 2003, p. 52-56), especialmente com a construção narrativa da nação, através de histórias, imagens, eventos, símbolos e rituais que representam experiências partilhadas. Como membros da comunidade imaginada, os indivíduos compartilham essas experiências que os conecta ao passado – como herança, legado, e ao destino nacional. Depois, com a ênfase na origem, *continuidade* e *intemporalidade*, afirmando que a identidade nacional é primordial e é imutável, apesar das vicissitudes históricas; com a invenção de tradições, rituais ou símbolos para inculcar valores e normas como continuidade de um passado histórico; e finalmente, com o apelo ao mito fundacional, voltando-se para o passado (os bons tempos) como reação defensiva para restaurar identidades e os valores.

É claro que algumas memórias são mais fortes que outras: alguns fatos, bons ou ruins, marcam mais a existência e perduram como lembranças. É claro que a vivência mais profunda terá uma memória mais forte: talvez porque o povo brasileiro não tenha participado efetivamente dos grandes marcos da vida nacional, ou sua participação não foi reconhecida, é que a sua memória seja tão tênue e pouco celebrada.

Observe-se que a Independência é uma conquista creditada ao Imperador Dom Pedro I; a participação popular na implantação da República foi nula (CARVALHO, 2003, p.

9); assim como em outras ocasiões da História do Brasil, por exemplo o golpe de Estado de 1964. A maneira de legitimar essas organizações do poder foi através da ideologia, manifestada através de símbolos, alegorias e mitos capazes de atingir o imaginário popular (CARVALHO, 2003, p. 10).

Ora, as definições de patrimônio cultural são sempre valorativas, pois estão ligadas a uma maneira de encarar a sociedade e associadas às relações de poder dentro da sociedade (SANTOS, 1998, p. 75). Dependendo do ponto de vista e do interesse os bens preservados serão outros, por isso, há tantos patrimônios quantas são as inúmeras compartimentalizações da sociedade e diversos os seus interesses (LEMOS, 2004, p. 32). Como explicitado no item anterior, o Estado constrói o conteúdo do patrimônio cultural a partir de escolhas valorativas dos bens que o integram, no exercício da chamada discricionariedade administrativa.

O decurso da História é o processo da construção e ocaso desse ou daquele valor, que é construído em esferas sociais diversas, o que determina a sua própria diversidade. Como nascem das relações humanas, que são multiformes, podem ser construídos de maneiras diferentes e até conflitantes no seio de uma mesma sociedade.

As escolhas são feitas em conformidade a esses valores (multiformes e por vezes conflitantes) para realizá-los, então o ponto de partida é a visão de mundo que manifesta esse valor. Como destaca Agnes Heller (2000, p. 14):

A heterogeneidade da realidade pode dificultar extraordinariamente, em alguns casos, a decisão acerca de qual é a escolha que, dentre as alternativas dadas, dispõe de maior conteúdo valioso; e essa decisão na medida em que é necessária nem sempre se pode tomar independentemente da concreta pessoa que pratica.

Essas escolhas são feitas no cotidiano e estão condicionadas pelo estado do indivíduo e da Arte, em dado momento, refletindo o espírito da época em que são feitas. No caso das escolhas administrativas para as políticas públicas de preservação no Brasil demonstrou-se que a intenção foi consagrar os símbolos do poder constituído e de determinada matriz cultural considerada “mais importante”, no caso, a luso-brasileira, implicando a rejeição, diminuição e esquecimento dos bens que não se enquadravam em tal paradigma.

A imposição de uma visão de mundo hegemônica tem como finalidade homogeneizar os pensamentos e sentimentos para integrar os indivíduos a um sistema de representações que organiza a sociedade. Usando um conceito da Ciência da Administração, pode-se afirmar que o compartilhamento do patrimônio, o qual é o conteúdo do processo de

identificação cultural, gera o “comprometimento organizacional” do indivíduo frente ao Estado e à Sociedade, tornando-o membro da comunidade, o que constitui a base da participação política democrática efetiva e do seu reconhecimento como igual.

A construção da memória coletiva e da identidade que dela resulta depende do enraizamento dos bens culturais no imaginário da população, do que ressalta a importância de uma política pública para a construção e preservação: na verdade é necessário que eles sejam apropriados pelo povo e passem a fazer parte do seu cotidiano⁷⁶, com efeito coagulante do sangue nacional. Essa apropriação encontra o seu ponto culminante e mais visível nas celebrações em geral e nas festas cívicas, que pelo seu caráter inclusivo são verdadeiras oportunidades para unificar o sistema social no âmbito geral, criando uma ética única (DAMATTA, 1997, p. 63).

A construção da identidade nacional passou pela criação da versão oficial da História e pela construção de mitos, tais como a origem harmoniosa traduzida na mestiçagem; Tiradentes como herói nacional⁷⁷, de símbolos ao redor dos quais fossem congregados os cidadãos. São pontos de convergência e referência para a identificação coletiva, pois correspondem a uma necessidade ou um modelo coletivamente valorizado. Não obstante, como facilmente se pode verificar, esses mitos e símbolos não alcançaram o enraizamento popular desejado, porque não foram vivenciados e apropriados pela população.

A capacidade de formular, preservar e difundir bens culturais assenta-se no poder simbólico, essa capacidade de construir a realidade estabelecendo uma ordem gnoseológica do mundo, através de concepções homogêneas (de tempo e espaço), que possibilitam concordar inteligências, criando o consenso necessário à convivência social (BOURDIEU, 2005, p. 10). A função política do poder simbólico fica evidente pois, ao criar a solidariedade social, impõe e reproduz a ordem, legitimando-a como natural através da ortodoxia.

Como destacado anteriormente, os bens culturais são semióforos porque possuem força simbólica, e são disputados pela hierarquia política exatamente porque representam e detêm poder e prestígio (CHAUÍ, 2006, p. 119), tal como os despojos de guerra que ornamentam os vencedores, pois destaca Walter Benjamin (1994, p. 225) que “nunca houve

⁷⁶ Em relação aos símbolos criados pela República, no Brasil, Carvalho (2003, p. 128) demonstra que possuíam raízes escassas e lhes faltava densidade popular. Por este motivo foi necessário apelar à tradição cultural, ao passado, para conferir-lhes substância e aceitação: no caso de Tiradentes a identificação foi com a figura do Cristo; no caso do Hino e da Bandeira Nacional, a manutenção de elementos monárquicos como as cores, formas e a melodia.

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 7.919, de 11 de dezembro de 1989. Inscreve os nomes de Tiradentes e Deodoro da Fonseca no Livro dos Heróis da Pátria. A representação da figura de Tiradentes foi determinada pelo Decreto nº 58.168, de 11 de abril de 1966. Essa norma foi revogada pelo Decreto nº 78.101, de 20 de julho de 1976, que restabeleceu a liberdade criativa quanto à figura de Tiradentes.

um monumento de Cultura que não fosse também um monumento da barbárie”. É como afirma Lemos (2004, p. 31):

A classe dominante, quase sempre, tem seu prestígio herdado e, por isso, gosta de preservar e recuperar os testemunhos materiais de seus antepassados, numa demonstração algo romântica e saudosista, constituindo tudo isso manifestações de afirmação elitista. Vive-se do passado, das glórias dos outros tempos. A preservação de bens culturais para ela constitui a obrigação de manter viva a memória dos avós.

O exercício do poder simbólico cria a relação entre cultura dominante e culturas dominadas, sendo que a primeira contribui para a integração real da classe que a produz, assegurando a comunicação imediata entre os seus membros e sua diferenciação com os demais, além de possibilitar a desmobilização das classes dominadas (pela falsa consciência) e legitimar a ordem estabelecida (BOURDIEU, 2005, p. 10), impondo uma visão de mundo social conforme os seus interesses.

A Cultura que une também separa, e as outras “subculturas” são definidas pela sua distância em relação à dominante ou como resíduos. Os sistemas simbólicos, assim, são instrumentos que servem para assegurar a dominação de uma categoria sobre outra (BOURDIEU, 2005, p. 11) e constituem-se na essência da memória coletiva. Por isso, afirma Nilson Morais (2000, p. 95) que “a memória deve ser pensada em seu contexto e produção sócio-históricos, portanto, em termos plurais, incluindo suas redes relacionais”, porque é a expressão partilhada de uma perspectiva, de um modo de compreender e relacionar o mundo.

Além disso, como interdiscurso, a memória não pode ser concebida como simples acúmulo estático de experiências. Como bem destaca Pêcheux (1999, p. 56):

a memória não poderia ser concebida como uma esfera plena, cujas bordas seriam transcendentais históricos e cujo conteúdo seria um sentido homogêneo, acumulado ao modo de um reservatório: é necessariamente um espaço móvel de divisões, disjunções, de deslocamentos e retomadas, de conflitos, de regularização...um espaço de desdobramentos, réplicas, polêmicas e contra-discursos.

É preciso, pois, implementar a Justiça simbólica, que se trata de conservar a multiplicidade das fontes da identidade coletiva, pois cada classe social, cada categoria de indivíduos possui os seus rituais, cerimônias e os seus lugares simbólicos que resguardam os significados sociais (REBÉRIOUX, 1992, p. 52).

Não se trata da criação de uma identidade única e conseqüentemente de direito fundamental à memória unívoco, mesmo porque não se pode concebê-la fixa, essencial e

permanente, mas em contínua mutação, conforme os indivíduos e grupos são representados ou interpelados pelo contexto social em que vivem: por isso podem assumir diferentes identidades em diferentes momentos (HALL, 2003, p. 13).

Não se trata, tão pouco, de buscar a “essência” ou “os bens culturais autênticos” do Brasil tentando, à moda de Policarpo Quaresma, restaurar utopicamente as raízes da Nação adotando, por exemplo, o tupi como língua oficial (LIMA BARRETO, 2001, p. 110).

Trata-se, sim, de permitir que os brasileiros sejam atendidos em sua própria língua nos postos de saúde, nas escolas e órgãos públicos, e que não sejam considerados incapazes ou inadaptados, nem discriminados, porque sua Cultura é diferente da hegemônica. Em suma, de reconhecer um direito à preservação dos modos de ser e existir heterogêneos, múltiplos, o que na reflexão de Louzada (1992, p. 15), é mais democrático na medida em que os bens culturais sejam cada vez mais acessíveis.

De tudo o que aqui foi dito, comprova-se que patrimônio cultural pode ser o veículo de imposição das representações sociais de um grupo sobre os outros, na luta pelo poder simbólico que constrói as identidades. E, ao final, a questão da memória vincula-se à legitimidade do controle, produção e transmissão da informação (CONNERTON, 1999, p. 2).

Analizando o perfil das políticas públicas de preservação é possível identificar quais os valores ou representações que foram consideradas “dignas” de permanecer e serem transmitidas à sociedade e às futuras gerações, razão pela qual elas podem ser mais ou menos democráticas, mais ou menos representativas e inclusivas, à proporção em que conferem ou negam o reconhecimento a indivíduos ou grupos sociais. E mais, o fato do conceito de patrimônio ligar-se à construção e legitimação do Estado Nacional, como visto acima, reforça o seu papel enquanto principal gestor e justifica a escolha dos bens que são representativos de sua própria existência, os quais devem ser perpetuados (MALHANO, 2002, p. 64).

A questão que se apresenta é como conquistar o reconhecimento e exercer o direito à memória, em um mundo cheio de desigualdades materiais e simbólicas, onde a injustiça possui eixos culturais e sócioeconômicos. A injustiça cultural (ou simbólica) é arraigada nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, onde o não-reconhecimento assume as formas de invisibilidade social ou de desrespeito, impondo a alguém um modo de vida falso, distorcido ou reduzido (FRASER, 2001, p. 250). Já a injustiça sócioeconômica revela fatores de exclusão/marginalização relativamente ao acesso a bens econômicos e a direitos.

A duas formas de injustiça – cultural e sócioeconômica – estão interligadas e em geral são reforçadas mutuamente. O remédio para a injustiça sócio-econômica é a

redistribuição, que implica mudanças de caráter estrutural e distributivo, enquanto que o remédio para a injustiça cultural ou simbólica exige uma mudança cultural: a reavaliação positiva de identidades e valorização da diversidade cultural, alterando os padrões de representação, interpretação e comunicação, para mudar a percepção de individualidades e assim conferir-lhes o devido reconhecimento (FRASER, 2001, p. 253).

Ora, a identidade é uma necessidade pós-material, e deve ser satisfeita através de políticas públicas, porque se constitui em fator de adaptação e inclusão do indivíduo na sociedade. Essa política, como de resto qualquer política no Brasil, deve ser democrática além de simbolicamente justa, permitindo o respeito amplo pelas diferenças e prestando o devido reconhecimento.

Entretanto, essa construção de identidades não deve ser feita sobre bases essencialistas, não só porque toda identificação é também um processo de adjetivação, mas principalmente porque a visão essencialista é propensa a cristalizar esteriótipos.

Em relação à política de preservação de monumentos, a questão pode ser formulada nos seguintes termos: o remédio afirmativo consistiria em preservar o número suficiente de bens de minorias sociais para igualá-los quantitativamente ao número de bens tombados relativos às classes e ideologias dominantes.

Simplesmente valorizar os bens culturais de negros ou indígenas significa deixar intactas as dicotomias que criaram os preconceitos simbólicos, preservando as estruturas profundas do desrespeito manifestado na discricionariedade administrativa. Então, a pergunta a ser feita é: uma ação afirmativa em favor de monumentos é suficiente para garantir a representatividade dos bens culturais juridicamente protegidos e da própria política de preservação?

Como bem ressalta Perrot (1994, p. 207) “para compreender-se a si mesmo é necessário ter acesso ao outro e não transformar-se no outro”. Na confrontação aprende-se não somente que outro é diferente, mas que há diferenças mútuas, e dessa relação nascem novas identidades enriquecidas pelo contato. Portanto, a formação da identidade individual, e também da identidade dos grupos e comunidades, é um diálogo em parte aberto, em parte interno, como o outro generalizado (MEYER, 2006).

A questão do reconhecimento e da construção de identidades depende de quem e de como se exercita o poder simbólico dentro de uma sociedade. A política de preservação do patrimônio cultural é a manifestação desse poder, uma vez que determina o conteúdo do passado comum e dos valores que fundam a identidade.

Selecionar e salvar fragmentos significa eleger pontos de contato com o passado, permitindo estabelecer uma continuidade simbólica com os antecessores (BO, 2003, p. 27). Existem basicamente duas maneiras pelas quais os indivíduos e grupos vão se apropriar do passado, exercitando o seu direito à memória: pela repetição ou reedição, como mecanismo de defesa contra as inovações, ou como nostalgia; ou de outra forma, pela construção do passado que é recebido de forma fragmentada, tornando-o inteligível através da reinterpretação e revisão contínuas (MATTOS, 1992, p.152).

Como será abordado o passado e como serão preservados os bens culturais? Depende da concepção de patrimônio cultural adotada e da escolha dos bens preserváveis, como visto neste capítulo, assim como dos instrumentos disponíveis e da existência de uma política eficiente de preservação, cuja análise será objeto dos capítulos 6, 8 e 9 seguintes.

5. EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MEMÓRIA

Aquele que está sempre revendo seus velhos conhecimentos e adquirindo novos poderá tornar-se um professor para os outros (CONFÚCIO, 1995, p.7)⁷⁸.

O objetivo deste capítulo é traçar um panorama sobre os instrumentos capazes de efetivar o direito à memória, em tríplice aspecto: a) no âmbito do conhecimento dos bens culturais; b) da preservação e c) dos instrumentos legais a serem utilizados para a difusão e transmissão.

5.1 Instrumentos legais para conhecer e delimitar o patrimônio cultural: inventário e catalogação

O inventário consiste em fazer um levantamento dos bens culturais materiais e imateriais, conforme critérios e classificações previamente estabelecidos, “descobrimo” o que existe em matéria de Cultura no território brasileiro.

É preciso registrar a existência do bem, documentando os seus principais caracteres através de fotografias, vídeos e realizar uma descrição pormenorizada por escrito. Tratando-se de bem material, se possível, indicar-lhe as proporções, condições de conservação, autoria e biografia do autor, datas, motivação quanto ao valor reconhecido. Em se tratando de bem imaterial, além de documentar por fotos, filmes e reprodução fonográfica, registrar a manifestação também pela redução ao escrito, confeccionando partituras, anotando receitas e modos de fazer, tal como sugeriu Mário de Andrade (1980, p. 101) em seu anteprojeto de criação do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional.

Evidentemente não se trata de fazer uma mera descrição e catalogação do que existe, mas de inserir o bem inventariado no quadro sócio-econômico em que foi produzido e reproduzido, de modo a construir o seu referenciamento, avaliando o seu significado, importância, e correspondência com a comunidade, além de realizar a sua contextualização⁷⁹.

⁷⁸ Tradução própria do texto consultado em Inglês: “He who keeps on reviewing his old and acquiring new knowledge may become a teacher of others”.

⁷⁹ Essa metodologia de inventário foi utilizada pelo Centro Nacional de Referência Cultural (CNRC), posteriormente transformado na Fundação Nacional Pró-Memória, cujas atividades iniciaram em junho de 1975 e terminaram em 31/01/80.

É necessária uma lei para definir os efeitos jurídicos do inventário, que hoje inexistem, o que fragiliza o instituto, mas que mesmo assim revela-se um valioso subsídio para a ação civil pública (SOUZA FILHO, 2005, p. 104), e possui o indiscutível valor pedagógico porque divulga os bens culturais. Embora sem uma regulamentação específica, o inventário inclui o bem no regime jurídico específico dos bens protegidos, acarretando a possibilidade de incidência dos artigos 62 e 63 da Lei nº 9605/98 (MIRANDA, 2006, p. 103).

Além de dar a conhecer os bens culturais existentes, a Lei também pode estimular a produção de novos: em Recife, por exemplo, existe uma lei municipal impondo que nos prédios com área superior a dois mil metros quadrados e no de concentração pública deve haver uma obra de arte. Consta da lei orgânica do município e na constituição de Pernambuco que estendeu a obrigação a prédios públicos, com o intuito de transformar a cidade em uma galeria a céu aberto (RESENDE, 2003, p. 104-107).

5.2 Instrumentos legais para a preservação do patrimônio cultural

Os instrumentos para a preservação podem ser concebidos a partir de três pontos de vista, ou ênfase, diferentes: a) a preservação dos bens; b) a tutela processual dos bens e dos direitos e c) a valorização e utilização e aproveitamento econômico dos bens culturais, conforme será detalhado abaixo.

5.2.1 Tombamento

A valorização do patrimônio cultural brasileiro, em que pesem as iniciativas anteriores, tomou corpo jurídico a partir de 1930, como fruto de uma conjunção de fatores econômicos, políticos e intelectuais, que apontavam a construção de uma identidade nacional brasileira⁸⁰.

A concepção pioneira da preservação de bens culturais como política estatal foi explicitada no anteprojeto da lei de criação do “Serviço do Patrimônio Artístico Nacional”, de autoria do escritor Mário de Andrade. A missão do órgão de preservação seria a conservação, restauro e propagação da Arte pura ou aplicada, popular ou erudita, nacional ou estrangeira, existentes no Brasil, sem distinção de serem públicas ou privadas.

⁸⁰ Cf.. Capítulo 8, item 8.1.

Esse projeto contém várias particularidades, destacando-se os seguintes aspectos: a) a criação de um órgão público de preservação, até então inexistente na América do Sul; b) a adoção de um conceito amplíssimo de Arte, entendida como a “habilidade com o que o engenho humano se utiliza das coisas e dos fatos” (ANDRADE, 1980, p. 97), ao ponto de criar categorias como “arte arqueológica”, “arte histórica”, entre outras, definindo critérios classificatórios; c) as categorias de arte foram criadas por oposição e exclusão (por exemplo, erudita *versus* popular, pura *versus* aplicada); d) as categorias “arte histórica” e as “artes arqueológicas e ameríndias” eram subdivididas em quatro itens – objetos, monumentos, paisagens e folclore – contemplando o patrimônio imaterial sete décadas antes da legislação brasileira reconhecê-lo formalmente, inclusive prevendo o registro como meio adequado à preservação.

O Decreto-lei nº 25/37 herdou pouco da contribuição de Mário de Andrade, restando do seu anteprojeto as categorias dos livros do Tombo, a concepção de “arqueológico e etnográfico” como formas de arte (art. 4º) e a previsão do direito de preferência da entidade responsável pelo tombamento. Na verdade nesse esboço Mário de Andrade não detalhou juridicamente o instituto, mas contribuiu para esclarecer as suas finalidades e filosofia.

Toda norma jurídica é um retrato da época que a produziu, e o Decreto-Lei nº 25/37, a norma pioneira de sistematização da preservação ainda em vigor, nasceu para resgatar, conservar e espelhar a particular feição da civilização brasileira, que a partir de então seria objeto de políticas oficiais de defesa da memória, consoante as concepções vigentes à época.

Para o Decreto-Lei nº 25/37 tomba é o ato de inscrever, registrar bem móvel ou imóvel, público ou privado, isolado ou considerado em conjunto, em livro próprio, no âmbito federal, estadual ou municipal, com a finalidade de protegê-lo, estabelecendo um regime diferenciado do exercício do direito de propriedade (SILVA, 2003, p. 122). Segundo essa norma, tem natureza de ato administrativo, mas também pode ter origem legislativa ou judicial (art. 216 CF/88).

Os bens culturais e naturais materiais tombáveis são os móveis e imóveis existentes no país, cuja conservação é de interesse público. O tombamento, até a CF/88, possuía caráter constitutivo, pois os bens só passavam a integrar o patrimônio cultural depois de tombados, mas hoje o seu caráter é declaratório do valor e constitutivo do regime especial de proteção que impede a modificação, a mutilação e a destruição.

Para os bens culturais os critérios de tombamento são o excepcional valor para a História do Brasil acrescido do interesse público; ou excepcional valor arqueológico

etnográfico bibliográfico e artístico acrescido interesse público, enquanto que para os bens naturais, sítios e paisagens os critérios são a feição notável ou a indústria humana.

A primeira espécie é o tombamento administrativo, que pode ser definido como um procedimento através do qual a Administração Pública – federal, estadual e/ou municipal – identifica e declara o valor histórico, artístico, etnográfico, paisagístico ou arqueológico de um bem cultural, culminando com o seu registro em livro próprio, que o constitui em um regime de tutela pública.

A competência comum das três Pessoas de Direito Público Interno para o tombamento justifica-se pela gradação de interesses públicos a serem protegidos, pois existem bens com valor histórico local, mas não nacional ou estadual (TELLES, 1997, p. 358). Os fundamentos legais para o exercício dessa competência são o artigo 216 da Constituição Federal, que prevê o tombamento como instrumento de proteção do patrimônio cultural, o Decreto-Lei nº 25/37 naquilo que foi recepcionado pela nova ordem constitucional, e o poder de polícia previsto no artigo 78 do Código Tributário Nacional.

Esse último fundamento resulta do entendimento de que o tombamento é uma limitação ao direito de propriedade do bem cultural, realizada com base no poder de polícia da Administração Pública, definido pelo artigo 78 do Código Tributário Nacional como o poder genérico de compatibilizar o exercício de direitos com o interesse público.

Embora na Doutrina exista uma grande polêmica quanto à sua natureza jurídica, se é limitação ao direito de propriedade ou servidão administrativa, se é ato discricionário ou vinculado, essa discussão não será tratada nesse estudo por fugir ao seu objetivo, que é mostrar o tombamento como meio para a efetivação do direito à memória. Porém, como é necessário firmar uma posição conceitual, aqui será concebido como uma limitação ao direito de propriedade, exercida mediante ato administrativo complexo, unilateral e discricionário das Pessoas Jurídicas de Direito Interno, através de seus órgãos ou entidades especializadas.

Existem basicamente duas posições teóricas sobre a natureza discricionária ou vinculada do tombamento, cuja definição é fundamental para o raciocínio desenvolvido no presente estudo⁸¹, que diferem apenas quanto ao momento do exercício, e podem ser assim sintetizadas: os defensores da natureza vinculada atentam para o fato de que o parecer técnico que declara o valor histórico, artístico, paisagístico (etc.) possui natureza vinculante porque obrigaria a autoridade a promover o tombamento; já os defensores da natureza discricionária reconhecem que o parecer técnico tem força vinculante (no aspecto negativo), mas a decisão

⁸¹ Cf. o capítulo 5 quanto à discussão sobre a discricionariedade administrativa e sua relevância para a definição do patrimônio cultural brasileiro.

quanto à conveniência e oportunidade de tombar o bem reconhecidamente histórico, artístico (etc) é puramente discricionária (TELLES, 1992, p. 75). Ou seja, para esses últimos, a vinculação ocorreria se o parecer técnico negasse os citados valores, porque a autoridade competente estaria impedida de tombar um bem que não os possui.

Esse problema teórico, assim sintetizado, parece mal delineado porque a discricionariedade primeira não reside em acatar ou não o parecer para fins de tombamento. Ela – a discricionariedade – reside exatamente no reconhecimento do valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, entre outros conceitos indeterminados, que constitui o objeto do parecer. Então, quer se olhe do momento da elaboração do parecer, quer se olhe da decisão de tombar ou não, ambos são momentos discricionários no aperfeiçoamento desse ato complexo denominado tombamento.

Diferentemente do entendimento esposado por Telles (1992, p.47-48), nada autoriza a afirmação de que o tombamento implica a mudança de categoria do bem cultural, mediante a sua reafetação. Entende esse autor que o tombamento pode acarretar a mudança de um bem dominial para outras categorias, quais sejam bem de uso comum do povo ou de uso especial, por imposição de nova finalidade (reafetação), e que sendo anulado o mesmo sofreria a trespdestinação.

Não há a dita reafetação decorrente necessariamente do tombamento porque tanto os bens de uso comum, especial ou dominiais podem ser tombados sem que mudem a sua destinação. Ademais, esse efeito não decorre automaticamente da aplicação do Decreto-Lei nº 25/37, mas depende de um ato administrativo que indique a nova finalidade pública a ser exercida pelo bem tombado. Já os bens privados continuam a exercer a sua mesma finalidade, não alterando também a sua categoria originária.

A distinção público-privado no tombamento revela-se importante também para determinar a sua modalidade: para bens públicos é de ofício, para bens privados pode ser voluntário, quando há concurso das vontades do proprietário e do Estado, ou compulsório.

A inscrição nos diversos Livros determina a diretriz de conservação pelo órgão que tombou, mas um bem pode ser inscrito em vários livros, o que permite a análise sob diversos pontos de vista. Por exemplo: Olinda foi inscrita no Tombo de belas-artes, histórico, arqueológico, etnográfico e paisagístico, revelando três formas ou diretrizes de preservação. Entretanto, a análise técnica neste caso mostra-se fundamental porque a inscrição no livro errado pode levar à nulidade do tombamento.

O tombamento administrativo é um ato jurídico que produz diversos efeitos, para o proprietário do bem, para o Poder Público em geral e para a vizinhança. Para o proprietário

surge primeiramente o dever de conservar sendo vedadas as modificações não autorizadas, com ajuda subsidiária do poder competente, sob pena de multa. Além disso, traz diversas limitações quanto ao exercício da propriedade, especialmente quanto ao poder de disposição, com restrições à alienabilidade e à mobilidade do bem, regras quanto à manutenção da sua visibilidade e a obrigação de averbar a condição de tombado em cartório, com o intuito de resguardar direito de terceiros, especialmente quanto às restrições causadas pelo tombamento.

Apesar dessas limitações, em regra o tombamento não é indenizável, salvo se esvaziado o valor econômico do bem (SOUZA FILHO, 2005, p. 98), se inviabilizar o uso que lhe vinha sendo dado ou inviabilizar o seu uso natural (MARCHESAN, 2007, p. 216), o que é avaliado no caso concreto, observando-se a natureza da coisa, sua situação territorial e o contexto sócio-econômico (MIRANDA, 2006, p. 147).

Quanto à vizinhança, existem também limitações, em especial quanto ao direito de construir e ao dever de manter a visibilidade do bem tombado, porque o monumento ensina pela presença e também para serem mantidas a harmonia, a ambiência física (distância, perspectiva e altura) e a integração com o entorno, definido como a área de projeção na vizinhança do bem tombado (MIRANDA, 2006, p. 144).

Além do tombamento administrativo, existem ainda duas outras espécies: *legislativo*, que como o nome indica decorre de expressa disposição de Lei, tal como se pode constatar do artigo 216, §5º, da Constituição Federal; e o tombamento *judicial*, promovido pelo Poder Judiciário no exercício do controle da atividade discricionária da Administração Pública, através de ações específicas como a ação civil pública e a ação popular, ou através de procedimentos ordinários ou mesmo por mandado de segurança.

Destacando a indiscutível importância jurídica, e até histórica, do Decreto-Lei nº 25/37, não se pode entretanto deixar de anotar as insuficiências e inaptações que essa norma sofre diante da nova ordem constitucional. Ele deve hoje ser lido à luz dos arts. 216 e 215 da Constituição Federal, os quais modificaram profundamente os critérios de valoração e reconhecimento dos bens culturais preserváveis pelo Estado. Por exemplo, na época da formulação do Decreto-Lei, “fato memorável” era aquele considerado ponto de vista da construção da História oficial em conformidade aos interesses de um governo ditatorial (Estado Novo), que não necessariamente correspondia aos interesses da população, cuja participação política era restrita. Naquela época “interesse público” não correspondia ao bem da coletividade realizado pela Administração pública, confundindo-se com o interesse dos agentes do Estado a serviço de determinada ideologia (REISEWITZ, 2004, p. 92).

A interpretação ou valoração dos bens também é um exemplo da falta de adaptação dessa norma à nova ordem cultural, como pode ser constatado em relação ao “bem etnográfico”. Por exemplo, para Edelweiss (2001, p. 19) a Etnografia é a “descrição dos povos de baixa cultura”, noção essa que não pode mais ser aplicada para conceber o conhecimento e a produção artística do povo, a denominada “arte popular” e o “folclore”, em contraposição pejorativa ao erudito e ao científico. Tal modo de ver o patrimônio cultural determinou que nos primeiros trinta anos de atuação do IPHAN a ênfase protetativa recaísse sobre o patrimônio arquitetônico isolado, enquanto que o “popular” foi apenas considerado pitoresco e curioso, mas não artístico (MARIANI, 1999, p. 165).

Se hoje o critério principal de reconhecimento de um bem cultural é a sua *representatividade* para a identidade, a ação e a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, não há sentido em manter a atual classificação dos livros do Tombo, que deve ser revista. Reafirma-se, nesta altura, a importância da participação das pessoas envolvidas nos processo de reconhecimento patrimonial porque é o significado do bem para dado grupo social que o faz merecedor da tutela jurídica: o seu poder de representação e de referência para a construção das identidades coletivas e individuais é que o fará ser legado às gerações futuras.

A idéia de tombamento – como preservação da imutabilidade – acaba excluindo os bens culturais da dinâmica da cidade (SIMÃO, 2006, p. 32). Tal estagnação, que pode ser útil em determinada medida à preservação da integridade material, acaba por não proteger a sua função e utilidade, além de privilegiar a contemplação passiva. O paradoxo da preservação é que ela não pode ser completa e integral, porque isso impediria qualquer intervenção antrópica: por isso tem que ser feita pela individuação de bens indispensáveis ao equilíbrio entre mudança e permanência, escolhidos pela sua representatividade ou poder de evocação e identificação (SOUZA FILHO, 2005, p. 22).

Outro grande problema em relação a esse instrumento é que o proprietário deve arcar sozinho com os custos decorrentes do tombamento. Algumas vezes, o valor do bem sofre violenta diminuição, até o total esvaziamento do seu conteúdo econômico, além das muitas restrições que o novo regime acarreta. Como bem destaca Telles (1997, p. 361), se para a comunidade o tombamento é bom, “contrariamente, sobre o proprietário incidem apenas os seus efeitos negativos, que se revelam através das imposições de ordem pública, restritivas à livre conservação, demolição, alienação e de outras formas de utilização do bem tombado”. Ou seja, os proprietários de bens tombados sentem-se lesados pela diminuição e alteração dos poderes inerentes ao direito de propriedade e pela série de obrigações negativas

e positivas decorrentes do tombamento, além das sanções penais, administrativas e civis em caso de inobservância.

Embora a Lei afirme que, quando o proprietário não tiver condições o Poder Público encarregar-se-á de fazer os necessários reparos, no fim é sempre o proprietário que arca com os prejuízos, ou financeiros ou pela espera de recursos escassos, especialmente porque as restaurações demandam materiais caros, difíceis de serem encontrados e de serviços de profissionais especializados, daí a repulsa pelos tombamentos compulsórios. E, ainda quando recursos públicos são dispendidos para a conservação, não há um dever para o proprietário de permitir a visitação pública e nem a vinculação do bem tombado a uma finalidade ou uso específico, capaz de auxiliar na preservação (MIRANDA, 2006, p. 112).

Ainda podem ser citados outros problemas de ordem técnica para a efetividade do tombamento como instrumento de preservação: o primeiro é a discricionariedade total para o destombamento, desrespeitando a análise técnica que indicou a sua proteção, como aconteceu com a Igreja dos Martyrios em Recife⁸². O Decreto-Lei nº 3.866/41 prevê a possibilidade de cancelar o tombamento por ato do Presidente da República, entretanto, na opinião de Miranda (2006, p. 129) tal norma não foi recepcionada pela CF/88 porque: a) o seu art. 84 não prevê a possibilidade do cancelamento pela citada autoridade de atos praticados por terceiros; b) o bem tombado é considerado “área protegida” e só poderia ser alterada pela Lei consoante o art. 225, §1º, III da CF/88 e, finalmente, porque o tombamento pode gerar benefícios para proprietário (isenção de IPTU, dedução no imposto de renda), razão pela qual o cancelamento unilateral é inadmissível, devendo ser precedido do contraditório e da ampla defesa (MIRANDA, 2006, p. 129-130).

Não existem garantias de acesso pela população aos bens privados tombados, mesmo havendo recursos públicos investidos na preservação; e em terceiro lugar, o tombamento não se presta à proteção de sítios arqueológicos, já que para pesquisá-los freqüentemente é preciso realizar a sua descaracterização mediante escavações (RODRIGUES, 1998, p. 205).

Portanto, em respeito à sua relevância para a política de preservação, o tombamento merece uma atualização, especialmente porque é também um dos instrumentos da política urbanística, conforme o artigo 2º, XII do Estatuto da Cidade. A conservação eficiente dos bens tombados exige a adoção de meios econômicos, tais como a cobrança de

⁸² A Igreja dos Martyrios foi destombada através do Decreto nº 70.389/72 para a realização de uma obra pública, de questionável necessidade e contra a opinião pública, sendo finalmente demolida. Nesse Decreto, o Ministério da Educação e Cultura ficou incumbido de adotar as medidas necessárias para preservar o frontão da Igreja, inclusive podendo realizar a sua transposição, o que não ocorreu.

ingressos pela visitação, a isenção de tributos e benefícios fiscais, assistência técnica periódica, aliados a um maior rigor e melhor aparelhamento da fiscalização, enfatizando a ação promocional do Estado.

5.2.2 Registro

Criado pelo Decreto nº 3551/2001, o registro é o instrumento adequado à preservação dos bens imateriais, e consiste em fazer constar em livro ou outro suporte o modo específico de determinada manifestação cultural (MIRANDA, 2006, p. 106).

Podem ser objeto de registro os saberes, definidos como os conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; as celebrações, festas e rituais; as formas de expressão e os *lugares*, que aqui não se confundem com os espaços protegidos, abaixo tratados, exatamente pela dimensão simbólica que envolvem, servindo como campo para a reprodução de práticas culturais coletivas.

Uma forma interessante e pouco estudada de registro é a própria Lei, que por ser documento escrito oficial, e algumas de longa utilização, acabam por ajudar a preservar a memória lingüística. Por exemplo, o Decreto-Lei 25/37 citado no item anterior, conservou antigas expressões reinícolas, como bem lembra Miranda (2006, p.108), além do que permite o conhecimento das idéias e conceitos de Arte e História, por exemplo, de um importante momento da Cultura Nacional, como legítimo documento da época.

5.2.3 Criação de espaços protegidos

São genericamente concebidos como qualquer delimitação territorial estabelecida com a finalidade de proteger o Meio Ambiente, determinando neles uma atuação pública e privada diferenciada (FIORILLO; RODRIGUES, 1999, p. 194; RODRIGUES, 2006, p. 31). Nesse conceito amplo, estão abrangidos diferentes institutos jurídicos como o zoneamento ambiental, as unidades de conservação, as zonas de *non aedificandi* e as áreas de especial interesse turístico, previstas pela Lei nº 6.513/77, entre outros.

O objetivo da instituição de espaços protegidos é delimitar o âmbito espacial do regime diferenciado de uso e propriedade, facilitando a atuação do Poder Público na fiscalização do respeito à Lei, além de permitir a conservação *in situ* de espécies, bens e ecossistemas.

As unidades de conservação foram criadas pela Lei nº 9.985/2000, e são definidas como o espaço territorial, abrangidos os seus recursos ambientais, dotado de características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, submetido a um regime especial de administração, e classificam-se em unidades de proteção integral e unidades de uso sustentável.

As unidades de proteção integral têm restrições rígidas quanto à visitação e à realização de pesquisas científicas, e abrangem cinco tipos de áreas: a Estação Ecológica, a Reserva Biológica e os Parques nacionais, que integram o domínio público; o monumento natural e o Refúgio da Vida Silvestre, que podem ser áreas privadas, porém sendo recomendada a desapropriação em caso de incompatibilidade entre o interesse público e o do proprietário (SZKLAROWSKY, 2006). O Sistema de Unidades de Conservação não contempla hortos florestais, jardins zoológicos, jardins botânicos, nem parques públicos urbanos e praças (RODRIGUES, 2006, p.37).

Em relação à efetivação do direito à memória são especialmente importantes os Parques Nacionais e os Monumentos Naturais, devido à proteção da beleza cênica, pois o artigo 216 da CF/88 define o valor paisagístico como critério de identificação do patrimônio cultural, e também dos sítios naturais raros e singulares.

As unidades de uso sustentável são menos rígidas em relação à visitação e à utilização econômica dos bens ambientais, e abrangem sete áreas, públicas ou privadas: Área de Proteção Ambiental; Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural.

Esses espaços protegidos diferem quanto à extensão, à finalidade e à ênfase de preservação. Quanto ao direito fundamental à memória, devem ser destacadas a Área de Proteção Ambiental, definida como dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, útil para disciplinar o processo de ocupação.

Ainda no âmbito das unidades de uso sustentável destacam-se a Floresta Nacional, dada a permissão de permanência de populações tradicionais, e também a Reserva Extrativista pela previsão de manutenção da economia de subsistência dessas populações, com a finalidade expressa de proteger os meios de vida e a sua Cultura, ao tempo em que pretendem assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade.

As sociedades tradicionais, com o seu modo de ser e fazer característicos, são aquelas que adotam em relação simbiótica e/ou dependente da Natureza, em local delimitado

e ocupado através das gerações, cujo conhecimento é transmitido em geral oralmente. Essas comunidades caracterizam-se pelas atividades de subsistência com reduzida acumulação de capital, a adoção de tecnologias com limitado impacto sobre o meio ambiente, cujo modo de vida não é integrado às leis de mercado (RODRIGUES, 2006, p. 135).

A primeira dificuldade é que o conceito de sociedade tradicional não foi fixado pela legislação, ou seja, não há parâmetros de incidência para sua aplicação. A definição se determinada sociedade será tradicional ou não depende da realização de um inventário dos seus bens culturais, especialmente os imateriais porque demonstram o modo de viver característico. É a memória quem vai servir de fiel nesse caso, legitimando a permanência dessas comunidades em locais nos quais normalmente não poderia haver ocupação.

Pelas mesmas razões destaca-se a Reserva de Desenvolvimento Sustentável, definida como a área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais, que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica. Embora não tenha a finalidade explícita de proteger o modo de vida da população tradicional, a preservação do seu *habitat* e da sua economia permite a manutenção dos principais traços culturais.

A legislação que trata dos espaços protegidos traz novidades interessantes que merecem destaques, por exemplo, a possibilidade de pagamento pelo uso da paisagem da unidade de conservação; a gestão pela sociedade civil; a previsão do plano de manejo da área, como indicativo de planejamento de curto, médio e longo prazos; a distinção entre usos indireto e direto, com preferência pelo primeiro uma vez que não envolve o consumo, a coleta, o dano e a destruição de recursos naturais.

O zoneamento também pode ser considerado como forma de criação de espaços protegidos porque define setores ou zonas com caracteres ou finalidades específicas, visando a melhorar a fiscalização e a preservação. Pode ser a repartição do solo urbano e a designação do seu uso, ou a fixação de formas de ocupação diferenciada, impondo limites à apropriação para definir o que e onde pode ser utilizado e construído (DIÊGOLI, 1992, p. 200). Em Recife, por exemplo, foram criadas as Zonas Especiais de Preservação (ZEPs), através da Lei nº 13.957/1979, compondo trinta e uma áreas de preservação, posteriormente incorporadas à Lei de Uso e Ocupação do Solo nº 14.511 de 1983.

Quando promovido pela Lei de ocupação do solo, o zoneamento serve para caracterizar certas regiões como de baixo potencial construtivo, desestimulando a especulação imobiliária e incentivando a manutenção das construções antigas (SOUZA FILHO, 2005, p.

105), o que se revela particularmente importante para a proteção da memória urbana, diante de problemas como o adensamento demográfico e a especulação imobiliária.

A política de preservação do patrimônio cultural tem estreita ligação com a política urbanística, e também pode contar com as restrições quanto à altura das edificações, a taxa de ocupação, os tipos de uso, devendo utilizar o plano diretor como mais um instrumento de implementação das estratégias urbanísticas visando ao desenvolvimento da cidade e ao bem estar da população (MARCHESAN, 2007, p. 233)

Outro exemplo é a Lei nº 6.513/77, que estabelece áreas especiais e locais de interesse turístico, que pode servir como instrumento de proteção de bens naturais e culturais (materiais e imateriais), viabilizando o seu inventário e a preservação do entorno. Evidentemente que a localização dos bens em áreas e locais de interesse turístico não modifica a natureza da tutela aos quais estão submetidos, mas acrescenta uma nova faceta de planejamento e controle.

5.2.4 Sanções penais, civis e administrativas

A proteção do patrimônio cultural através de sanções penais, civis e administrativas é coercitivamente prevista pelo artigo 225, §3º, da Constituição Federal, como um instrumento de preservação do meio ambiente.

A sanção civil decorre de ações ou omissões ilícitas causadoras de dano, material ou moral, fixada por valor reparatório calculado sobre o *quantum* do bem danificado (dano emergente) e/ou o valor potencial do que razoavelmente deixou de ganhar com a fruição desse bem (SILVA, 2007), conforme o artigo 927 do Código Civil.

Por outro lado, embora a palavra “patrimônio” denote bens avaliáveis pecuniariamente, o Direito Penal Brasileiro evoluiu para proteger também o valor afetivo de bens que compõem o chamado patrimônio cultural. Esse conjunto de bens é um legado das gerações que antecederam e que deve ser transmitido intacto às gerações que sucederão, e por sua importância merecem a tutela penal, a forma jurídica mais rígida de sancionamento e que envolve a intensa reprovabilidade de condutas⁸³ (FERREIRA, 1995, p. 67, 91).

⁸³ Um exemplo de pichação aconteceu em 11 de maio de 1994, quando a Faculdade de Direito do Recife foi danificada. A reação de alunos e professores foi imediata, e todos sentiram a violação simbólica que tal ato representava: todos se apropriaram e estimam o patrimônio como parte integrante do seu cotidiano, e por isso o sentimento de revolta e a necessidade de reparação tornou-se patente, levando-os a defender até mesmo a aplicação de castigos físicos cruéis, como explicitado no artigo do Professor Luciano Oliveira (1999, p. 54), fruto de um painel aplicado ao longo de três anos (1994, 1995, 1997) para avaliar a influência do tempo no tipo de sentimento provocado e a adoção de penalidade.

A finalidade da tutela penal, além de declarar o valor inestimável do bem protegido (CASTRO NETO, 2003, p. 162), é prevenir e reprimir atos lesivos ao patrimônio cultural, que podem manifestar-se através da destruição, dano, infração das licenças concedidas ou dos textos legais que regulamentam as atividades desenvolvidas com bens culturais, inexecução de medidas de segurança ou obstáculo à ação fiscalizatória estatal.

O maior obstáculo para a proteção penal do patrimônio cultural reside principalmente na tipificação de condutas lesivas, que em geral se apresentam em tipos pluriofensivos pela dificuldade de definição do objeto e também das variáveis que o afetam. Frequentemente um bem cultural é danificado indiretamente, por exemplo, pela poluição.

Outra dificuldade é que os tipos penais contêm mais elementos valorativos que descritivos, acentuando o fim perseguido em detrimento do fato proibido. Mesmo quando há descrição, há um alto grau de indeterminação porque referem-se a objetos produzidos e modelados pelas condições da civilização e da Cultura (FERREIRA, 1995, p. 93). Geralmente esse problema é contornado por uma interpretação autêntica do legislador do termo indeterminado, através de norma explicativa, pela definição dos conceitos ou através de normas penais em branco, remissivas à regulamentação administrativa.

Atualmente os crimes praticados contra o patrimônio cultural são previstos pelos artigos 62 a 65 da Lei 9.605/98, admitem a forma dolosa ou culposa, e basicamente consistem na proibição de destruir, inutilizar ou deteriorar bens protegidos (artigo 62), alterar o aspecto ou estrutura de bem protegido sem autorização (artigo 63), construir em solo não edificável ou no entorno sem autorização ou em desacordo com a concedida (artigo 64); ou ainda pichar, grafitar ou conspurcar edificação urbana ou monumento (não necessariamente protegidos), prevendo penas de detenção, reclusão e multa. Alerta Rodrigues (1998, p.221) para a contradição entre o art. 62, que prevê penas severas, e o art. 65 (que nele está contido) da Lei 9605/98, afirmando que o legislador premiou o pichador de coisa tombada com pena menor do que aquela aplicada a quem deteriore o mesmo bem de outra maneira, o que é incoerência.

A Lei 9.605/98 avançou na preservação dos bens culturais pois superou os critérios da excepcionalidade e o oficialismo impostos pelo Decreto-Lei nº 25/37, consagrado o reconhecimento do patrimônio cultural por lei, ato administrativo ou decisão judicial, além de considerar a pessoa jurídica como sujeito ativo do crime de pichação (SILVA 2003, p. 137). Entretanto, essa norma contém diversas imperfeições, das quais podem ser destacadas as penalidades baixas, com crimes considerados de pequeno potencial ofensivo e sujeitos à suspensão condicional da pena e curtos prazos prescricionais.

Tal formatação legal dos crimes contra o patrimônio cultural parece desconforme à relevância dos valores sociais ofendidos (RODRIGUES, 1998, p. 223) especialmente considerando que são caracterizados pela vitimação em massa, ofendendo direta ou indiretamente um grande número de pessoas, além das futuras gerações (MIRANDA, 2006, p. 208), impedindo inclusive a aplicação do princípio da insignificância.

As sanções administrativas são fruto do exercício do poder de polícia, tal como definido pelo artigo 78 do Código Tributário. Enquanto a tutela penal tem como objetivo tutelar os bens jurídicos mais valiosos da sociedade e o sancionamento civil visa à recomposição do *status quo ante*, a tutela administrativa pretende a manutenção da ordem pública, a partir da necessidade de conformar os comportamentos individuais ao interesse público na preservação dos bens culturais (REISEWITZ, 2004, p. 123). São exemplos de penalidades administrativas a demolição e o embargo de obras não autorizadas, implicitamente previstos pelo artigo 17 e 18 do DL nº 25/37.

5.2.5 Desapropriação

É a privação coativa do domínio por motivo de interesse público, e mediante o pagamento de indenização (MIRANDA, 2006, p. 159). É um instrumento excepcional e só deve ser utilizado quando for imprescindível retirar o objeto das mãos do particular para preservar, por causa do custo e da dificuldade da Administração Pública de mantê-lo, e tem fundamento na supremacia do interesse público.

Uma alternativa ao procedimento da desapropriação é o direito de preempção do município, que pode adquirir o bem pelo preço de mercado quando for mais vantajoso, evitando batalhas judiciais (MARCHESAN, 2007, p. 238).

É importante destacar que a simples desapropriação, constituindo o Poder Público na condição de *domino*, não é suficiente para garantir a preservação do bem cultural. Muitos edifícios tombados são públicos, inclusive usados como repartições, e nem por isso sua manutenção feita adequadamente por falta de recursos, pela destinação equivocada, entre outros fatores capazes de comprometer a integridade do bem.

A desapropriação também pode ser uma alternativa ao tombamento, considerando que as hipóteses previstas no Decreto-Lei nº 25/37 são taxativas, e o conceito conceito ampliado de patrimônio cultural não pode ser utilizado para esse fim⁸⁴.

⁸⁴ Cf. Recurso Extraordinário nº 182.782-3-RJ.

5.2.6 Ação civil pública

Toda ação é o instrumento provocador do exercício do Poder Judiciário, para que exerça a função constitucional de solucionar litígios instaurados entre duas posições jurídicas distintas, que podem ser ocupadas por sujeitos individuais, coletivos ou indeterminados (pessoas físicas ou jurídicas), através de um pronunciamento neutro sobre a quem pertence o direito questionado, qual a sua extensão, e como e quando deve ser cumprido o dever jurídico correspondente.

A ação civil pública, como qualquer outra, tem a finalidade de provocar o Poder Judiciário para que se pronuncie em caso de conflitos de interesses metaindividuais, caracterizados como difusos, coletivos ou individuais homogêneos, nos termos do artigo 81 da Lei nº 8.078/90, denominada Código do Consumidor.

As hipóteses de cabimento da ação civil pública estão previstas na Lei nº 7.347/85⁸⁵, que a instituiu, para a reparação aos danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração à ordem econômica e da economia popular e à ordem urbanística.

A legitimidade para propor⁸⁶ a ação civil pública, nos termos do artigo 5º da citada Lei cabe ao Ministério Público, à Defensoria Pública; à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; associação legalmente há pelo menos um ano nos termos da lei civil, cujas finalidades institucionais contemplem a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Esse rol de objetos foi ampliado por outras normas tais como a Lei 75/93, que trata de minorias étnicas, comunidades indígenas (art. 6, VII e XI) e pela Lei 8.974 (art. 13, §6º), essa última presentemente revogada.

Na ação civil pública, a legitimação ampla da sociedade civil e do Ministério Público foi criada exatamente para servir de contrapeso à negligência com que foram tratados esses interesses no passado pelo poder estatal (KRELL, 2004-a, p. 62). Essa legitimação ampla resulta da circunstância de ser o Brasil uma república democrática e participativa, daí a escolha pela legitimação concorrente e disjuntiva, conferindo um largo espectro social de atuação (MANCUSO, 2001, p. 709).

⁸⁵ Com a redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994, sendo renumerado o inciso III pela Lei nº 10.527/2001.

⁸⁶ Com a redação dada pela Lei nº 11.448/2007.

O valor do bem cultural não é só patrimonial daí porque não basta ressarcir, é preciso recompor e restaurar o bem. O pedido da ação civil pública poderá ser condenatório, cominatório, mas também declaratório, constitutivo e injuncional mandamental (MANCUSO, 2001, p.718), e pode ser preventiva (obrigação de não fazer) ou reparatória (obrigação de fazer ou pagar). Como protege o bem e não o patrimônio do proprietário, o titular pode ser condenado por estragar algo de sua propriedade (SOUZA FILHO, 2005, p. 77)

Um exemplo em que a ação civil pública foi utilizada para evitar a demolição de um hotel, cuja decisão baseou-se na importância do bem cultural para a preservação da memória coletiva (AC 137.765-1-Ribeirão Preto):

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - Objetivo - Preservar hotel de demolição - Procedência - Recurso não provido. Não se deve apagar a memória do passado. Não só em respeito aos que nela foram em vida, mas para possibilitar o conhecimento de como viviam, para que da comparação com o presente, possa a sociedade atual decidir sobre seu futuro. O conjunto, a arquitetura e a vegetação em redor retratam a memória de uma época, quando nas coisas se refletia a tonalidade de um tempo. A vida passada é compreendida pelos símbolos que ficam. Por suas expressões se mergulha no pretérito.

A ação civil pública é um importante instrumento para o controle judicial dessas políticas públicas, entretanto, esbarra em uma concepção descontextualizada da separação dos poderes, aliada à uma autorestrição do Poder Judiciário, que cristalizaram a concepção de que atos de gestão e de governo são insindicáveis. Tal entendimento não é isento de críticas pois, como afirma Mancuso (2001, p. 737), a impossibilidade de apreciar o mérito dos atos administrativos baseia-se no pressuposto falso de que as políticas públicas são atos de gestão ou de governo,

Argumenta que para a sindicabilidade basta demonstrar a concorrência do interesse de agir, necessidade e utilidade do mérito da demanda (proteção do interesse violado), não importando outras indagações, inclusive sobre os atos são de gestão ou não, cabendo ao Executivo demonstrar que escolheu a excelência (MANCUSO, 2001, p. 738). Portanto, o Poder Judiciário deve analisar a idoneidade dos meios para a consecução dos fins determinados pelas normas constitucionais e legais, porque a sua missão constitucional é também construir o bem comum: só haverá interferência indevida se o administrador, provando que foi razoável, tiver sua decisão substituída.

A função do Executivo é executar leis para atingir os seus objetivos, que é a consecução de finalidades coletivas. Ou seja, o Estado deve gerar funções e atividades voltadas à promoção da existência digna para a população, mediante a oferta de serviços e

utilidades, conforme os programas estabelecidos nas normas objetivo (MANCUSO, 2001, p. 736). Ao Judiciário cabe não apenas corrigir erros de avaliação mas verdadeiramente identificar os valores sociais (KRELL, 2004-a, p. 63- 67), pois nessa ocasião interpreta os conceitos indeterminados. O grau de controle judicial, em extensão, depende do grau de liberdade de decisão que cada Lei deixa para os órgãos administrativos, do tipo de conceito indeterminado e do tipo de procedimento.

A ação civil pública tem um cunho político de preservar o patrimônio comum e melhorar a qualidade de vida, que no fundo é a própria ideologia do Estado Social (KRELL, 2004-a, p. 63). O grande problema do controle das políticas públicas, que são fundadas em atos discricionários, é que a escolha entre as diversas alternativas válidas não seria sindicável. Mas isso não deve ser óbice para a análise judicial porque diante dos princípios da legalidade e da indisponibilidade a Administração Pública deve fazer a escolha mais certa, aferida pelo critério da excelência (MANCUSO, 2001, p. 721).

Na verdade, o Poder Judiciário pode controlar a escala de prioridades de investimentos da Administração Pública, que no fim é o núcleo da sua conveniência e oportunidade, revestindo-se de especial importância no controle de políticas públicas, onde a interpretação é particularmente difícil porque envolve dados políticos, sociológicos, institucionais. Por isso, o Poder Judiciário, especializado em interpretação, é o âmbito próprio para discuti-las, o que ressalta o seu caráter justiciável (MANCUSO, 2001, p. 721).

Ou seja, em matéria de política de preservação de bens culturais seria possível utilizar a ação civil pública para questionar a escolha pelo tipo de bem cultural preservado, o modelo de política preservacionista utilizado, a quantidade de recursos destinada e a eficiência de sua atuação.

Em relação à proteção do direito à memória, a ação civil pública é especialmente útil no tocante ao dano moral coletivo. Sobre esse assunto Cynthia Suassuna (2005) realizou um interessante estudo de caso sobre o dano moral coletivo causado pela construção da Hidrelétrica de Itaparica à população residente na cidade de Petrolândia, que foi completamente inundada. Nesse trabalho, demonstrou que bens culturais tangíveis e intangíveis da população desalojada, desenraizada, foram lesionados, tais como a perda da qualidade de vida, referências culturais, padrões de organização social, relações de vizinhança e amizade, alteração dos costumes, além da violação ao sentimento coletivo, que consubstanciou o dano moral estudado, tendo como causa a dor e o sofrimento (revelado pelos sentimentos de tristeza e frustração) experimentados pelos indivíduos.

O desenraizamento dessa população causou uma profunda mudança nos seus modos de ser e de viver, manifestando-se o dano pelas sensações de desvalor, humilhação, tristeza, desesperança, angústia, com danos à memória coletiva pela alteração abrupta dos modos de ser e ver, bem como pela destruição do patrimônio material. Não obstante a indenização recebida por esse desenraizamento apenas contemplou o valor dos bens materiais perdidos: as perdas morais não foram contempladas (SUASSUNA, 2005, p. 127).

Já o inquérito civil, mesmo quando não redonda em termo de ajustamento de conduta e em Ação Civil Pública (ACP), serve para fomentar ações positivas pelos particulares e pelos poderes públicos, podendo ser utilizado como instrumento do planejamento, quando impõe obrigações abrangentes (MARCHESAN, 2007, p. 243), ou como subsídio para a propositura da ACP.

5.2.7 Ação popular

A ação popular tem como legitimadas ativas as pessoas físicas (cidadãos), no gozo de direitos políticos, que agem em nome próprio na defesa de interesse difuso, para anular ato ilegal e abusivo lesivo ao patrimônio cultural.

Essa legitimação do cidadão o instrumentaliza a colaborar com o Estado na preservação dos bens, e tem assento constitucional (art. 5º, LXXIII), sendo formatada pela Lei nº 4.717/05. Além de viabilizar a efetiva manifestação democrática do cidadão, a importância da ação popular é servir de meio de pressão para prevenir, corrigir ou suplementar a inação do Poder Público (MIRANDA, 2006, p. 164-166).

5.2.8 Estudo de impacto

A *Avaliação de Impacto Ambiental* é também um importante instrumento preventivo para a preservação dos bens culturais, já que permite antecipar e indicar o potencial degradador de projetos e obras.

Nesse procedimento administrativo, prévio à expedição de licenças ambientais, faz-se uma ponderação dos efeitos ambientais do projeto ou atividade, que refoge à mera análise econômica do custo/benefício, uma vez que pretende prevenir danos ambientais, além de servir à concretização o princípio da publicidade, tornando públicos e conhecidos projetos de relevância ambiental (ARAGÃO *et al*, 1998, p. 101).

Composta pelo estudo de impacto ambiental e seu respectivo relatório (RIMA), a avaliação é uma exigência constitucional para diagnosticar, analisar e prevenir efeitos adversos sobre o meio ambiente causados por um projeto ou obra, ou atividade econômica efetiva ou potencialmente poluidora (art. 225, §1º, IV). Além de diagnosticar a situação atual e os potenciais efeitos do empreendimento, o RIMA também pode prever ações de recuperação e conservação dos bens culturais, o que ganha maior visibilidade no caso do patrimônio arqueológico.⁸⁷

Além da prevenção genérica de danos ao patrimônio cultural material, a Avaliação de Impacto pode explicitar possíveis danos ao patrimônio imaterial de determinada localidade, especialmente quando o empreendimento vier a afetar o modo de vida da população.

Em relação ao patrimônio cultural urbano, a Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) prevê o Estudo de Impacto de Vizinhança também com a finalidade de embasar a concessão de licenças de construção, em empreendimentos de menor abrangência espacial, tais como supermercados, centros de compras, e sua possível influência em aspectos que direta ou indiretamente interferem na preservação dos bens culturais, como ao adensamento populacional, a questão da infra-estrutura de transporte e mobiliário urbano, por exemplo.

Finalmente, o artigo 216 da CF/88 ainda prevê a vigilância como instrumento de preservação dos bens culturais, decorrente do poder de polícia dos entes federativos para tutelá-los administrativamente (MIRANDA, 2006, p. 108). Pode ser definida como uma fiscalização geral do uso e do estado de conservação dos bens materiais, para prevenir e reprimir eventuais danos.

5.3 Instrumentos para a transmissão do patrimônio cultural

A memória pode ser transmitida por diversos meios materiais e imateriais tais como textos escritos, oralmente, através de cerimônias, celebrações e datas festivas (dias memoriais), costumes, rituais. As comemorações não celebram apenas o passado mas reivindicam explicitamente a sua continuidade, o seu ritual serve para difundir valores do grupo através do compartilhamento com os indivíduos, através da repetição e da invariância da informação com evidente função mnemônica (CONNERTON, 1999, p. 52-66), viabilizada

⁸⁷ A Portaria nº 230/2001 do IPHAN prevê que o Relatório de Impacto Ambiental deve contemplar um programa de resgate arqueológico, além de escavações exaustivas, o registro do sítio e do entorno e a coleta de exemplares estatisticamente relevantes (art. 6, §1º).

pela existência dos calendários, que permitem reunir e coordenar os sucessivos eventos por semelhança cronológica, como se fossem qualitativamente idênticos.

Sem realizar uma análise detida dos diversos meios de transmissão, importa destacar que a memória será tanto mais efetiva se for transmitido um modo concreto e coerente de vida, com toda a sua complexidade (CONNERTON, 1999, p. 13). Não adianta transmitir fatos ou valores dissociados ou não adaptados às necessidades dos receptores porque eles não são apropriados e utilizados, findando por serem esquecidos ou perdendo o seu significado, o que leva Walter Benjamin (1994, p. 115) a indagar: “qual o valor de todo o nosso patrimônio cultural se a experiência não mais o vincula a nós?”

O bem cultural só vai exercer suas funções simbólicas, mnemônicas, de testemunho, identitárias, gerando vínculos e relações capazes de fortalecer a coesão social se a população dele se apropriar e cuidar (MARCHESAN, 2007, p. 197), daí a importância de reforçar a seleção representativa e transmitir eficiente e continuamente tais bens.

A lei brasileira prevê diversos instrumentos legais para a transmissão da memória podendo ser citados os dias memoriais (art. 215 da CF/88), as diversas comemorações, além do que a própria legislação ao impor e controlar comportamentos atua como expressão da continuidade dos modos de ser e viver de uma sociedade, até o ponto em que precisa ser modificada para adaptar-se à realidade transformada.

Ao lado dos diversos instrumentos legais, é importante destacar que os meios de aprendizado formais e informais, como a Educação em geral, e a Educação patrimonial em particular, bem como o Turismo Cultural e Pedagógico devem ser continuamente estimulados a fim de garantir uma efetiva transmissão da memória social porque, como destaca Massei (2006), é a tradição que a seleciona, nomeia, transmite e preserva.

É evidente que o estímulo deve ser continuamente ofertado à população, mas nem todos os indivíduos serão por ele atingidos da mesma maneira. Entretanto, a educação para a defesa do patrimônio cultural e da memória que ele veicula tem o valor pedagógico de ensinar o respeito e não agressão ao ambiente e à qualidade de vida, além de exercitar a sensibilidade para a leitura interpretativa de valores estéticos (JORGE, 2007). Quando a informação sobre os bens culturais é bem repassada, a população os valoriza, preserva, fiscaliza e evita contribuir com os depredadores, além do que se habilita a participar ativamente do processo decisório da preservação através de pesquisas, do orçamento participativo, de conselhos temáticos e de audiências públicas (MARCHESAN, 2007, p. 197).

Infelizmente o Decreto- Lei nº 25/37, que dispõe sobre o tombamento, não impõe o proprietário o dever de divulgar o bem tombado, até como contraprestação pela eventual

aplicação de recursos públicos na conservação do bem, nem de facultar a visitação pública em determinadas épocas do ano.

5.4 O dever de memória: a imprescritibilidade como ilustração

No Brasil, a vinculação da imprescritibilidade ao dever de memória ficou evidenciada no *hard case* do Habeas Corpus nº 82424-2/RS, conhecido como caso “Siegfried Ellwanger Castan”, em que o paciente fora denunciado pela prática do crime de racismo, por escrever, editar e publicar livros com teor anti-semita, com fundamento na Lei nº 7.716/89 e alterações posteriores.

O objetivo da defesa era negar a ocorrência de crime de racismo, sob alegação de que o paciente não poderia cometer o crime de racismo porque os judeus não são raça, para conseqüentemente afastar a imprescritibilidade atribuída ao crime de racismo, não obstante reconhecesse a prática do ilícito de discriminação praticado.

O principal argumento do Ministério Público nesse caso é que o artigo 5º, XLII, da Constituição Federal, remeteu a definição de racismo para a legislação infraconstitucional, que prescreveu uma gama de condutas, todas imprescritíveis, nos termos da Lei nº 7.716/89.

Em seu voto, às fls. 585, o Ministro Maurício Correa faz a primeira associação entre a imprescritibilidade e o dever de memória, ao afirmar:

(...) Cuida-se de direitos fundamentais que devem prevalecer exatamente porque se relacionam diretamente com os direitos humanos, no caso, grafasse, não tanto pelo delito já confessado pelo paciente, mas para que a discriminação cometida não se apague da memória do povo.

Em seguida, o Ministro Marco Aurélio Mello estabelece a íntima relação entre o dever de memória e o princípio da solidariedade intergeracional, não obstante em formulação implícita, exemplificando a idéia com o caso da destruição dos documentos da escravidão a mando de Ruy Barbosa, como se pode constatar abaixo:

(...) O ilustre baiano não se apercebeu que determinação em tal sentido, além de imprópria a alcançar o fim desejado – apagar da mancha da escravidão feita a sangue no Brasil- , subtrairia às gerações futuras a possibilidade de estudar a fundo a memória do País, que as impediria, por conseguinte, de formar um consciente coletivo baseado na consideração das mais diversas fontes e de emergir do legado transmitido – a ignorância.

E, ainda no âmbito desse *Habeas Corpus*, o Ministro Celso Mello esclareceu que o objeto do dever de memória, e da imprescritibilidade, é garantir e preservar os valores que são o conteúdo do compromisso do Estado Brasileiro, e não apenas fatos:

(...) Hoje, portanto, muito mais do que a realização de um julgamento, - e de um julgamento revestido de significação histórica na jurisprudência do nosso país - é chegado o momento de o Supremo Tribunal Federal incluir, em sua agenda, seu claro propósito de afirmar os compromissos do Estado Brasileiro e de manifestar a preocupação desta Corte com a questão da defesa e da preservação da causa dos direitos essenciais da pessoa humana, que traduzem valores que jamais poderão ser desrespeitados ou esquecidos.

Nesse *Habeas Corpus*, conclui-se que o paciente propagou idéias negacionistas, com o intuito ideológico de fazer esquecer os eventos trágicos ocorridos na Segunda Guerra Mundial. Basicamente, fez-se a distinção entre o negacionismo, a conduta de negar a ocorrência de fatos históricos por orientação ideológica, e o revisionismo, a postura científica que pretende criticar a historiografia estabelecida, em nome da verdade, concluindo pela ilicitude do primeiro, que inclusive é considerado crime em alguns Estados Europeus, em especial a França, pela sua deliberada intenção de embotar e fazer esquecer os eventos trágicos que culminaram na eliminação de milhões de seres humanos.

Portanto, o dever de memória foi reconhecido de maneira indireta pelo Supremo Tribunal Federal ao denegar por maioria o *habeas corpus*, determinando a conformação do direito de liberdade de expressão do paciente ao princípio da dignidade humana e aos objetivos previstos no artigo 3º da Constituição Federal. Para o tema específico esse julgamento é um marco porque nele se reconheceu que existem fatos que não podem ser esquecidos, prescritos, negados nem perdoados.

6. DIREITO À MEMÓRIA: FRONTEIRA E DIREITOS CORRELATOS

O esquecimento está tão cheio de memória que às vezes não cabem as lembranças/ e rancores precisam ser jogados pela borda no fundo/ o esquecimento é um grande simulacro ninguém sabe nem pode/ ainda que queira/ esquecer um grande simulacro abarrotado de fantasmas/ esses romeiros que peregrinam pelo esquecimento como se fosse o caminho de Santiago.

O dia ou a noite em que o esquecimento estale, exploda em pedaços ou crepite/ as lembranças atrozes e as de maravilhamento quebrarão as trancas de fogo/ arrastarão afinal a verdade pelo mundo e essa verdade será a de que não há esquecimento. (BENEDETTI, 2006)

Este capítulo tem a dupla finalidade de fixar o limite de exercício legítimo do direito fundamental à memória, a partir da elucidação do direito ao esquecimento que lhe serve de contraponto, além de diferenciá-lo de outros direitos que, embora correlatos, possuem abordagem e teleologia diferentes, quais sejam: o direito à vida, à educação, à imagem, à diferença, à moradia, entre outros analisados em seguida.

6.1 Fronteira: delimitando o âmbito do direito fundamental à memória a partir do direito fundamental ao esquecimento.

O Homem é um *animal oblivicens*, porque o esquecimento faz parte da sua natureza, é necessário à sua vida e resulta do natural decurso do tempo. Infelizmente, a principal característica do esquecimento individual é ser involuntário: embora existam os defensores de uma “arte do esquecimento”, na verdade a intencionalidade de uma arte dirigida a um fato apenas reaviva a sua recordação⁸⁸, impedindo pois a sua obliteração.

É certo, entretanto, que o esquecimento pode ser alcançado temporaria e voluntariamente pela ingestão de substâncias entorpecentes, cujo uso já era relatado poeticamente por Homero e Ovídio (WEINRICH, 2001, p. 40), porém em geral ocorre involuntariamente pela amnésia, repressão, supressão, bloqueios de evocação da memória ou sua extinção (TIRABOSCHI, 2005, p. 35).

⁸⁸ Concordando com tal afirmação, Florbela Espanca (2005, p. 190) em seu poema “Saudade”: Quantas vezes, Amor, já te esqueci, Para mais doidamente me lembrar/Mais decididamente me lembrar de ti!/E quem dera que fosse sempre assim: Quanto menos quisesse recordar/ Mais saudade andasse presa a mim!

Esquecer é uma necessidade tão vital para o ser humano quanto lembrar, porque permite selecionar as informações ininterruptamente recebidas, preservando aquelas que são úteis, necessárias ou significativas. O indivíduo incapaz de esquecer seria atropelado pela intolerável quantidade de detalhes que a realidade contém, e perderia a habilidade de fazer generalizações e abstrações pois, como bem ressalta Jorge Luis Borges (1998, p. 545), “pensar é esquecer diferenças, é generalizar, abstrair”⁸⁹.

Existe, pois, um esquecimento individual e outro social, que se distinguem porque o segundo pode ser voluntário. É certo que uma sociedade pode olvidar involuntariamente, quando simplesmente determinado um costume cai em desuso, mas também o esquecimento pode ser voluntário: sua tradução na forma jurídica dá-se sob a forma de punição ou de interdição.

Na Antigüidade, o esquecimento era concebido como uma forma de punição: na Grécia, os que desapareciam no Hades tornavam-se *nônumnoi* (anônimos, sem memória) e em Roma existia a *damnatio memoriae*, consistindo em fazer desaparecer o nome do imperador defunto dos documentos dos arquivos e das inscrições monumentais⁹⁰, para com isso condenar-lhes à morte (LE GOFF, 2000, p. 26). Corroborando essa informação, Weinrich (2001, p. 59) afirma que a *damnatio memoriae* era um instituto de Direito Público Romano, espécie de penalidade aplicada sobretudo aos governantes e outros poderosos que, por uma mudança de política ou pela morte, eram declarados “inimigos do Estado”: seus nomes eram removidos, as efígies e estátuas destruídas e seus decretos perdiam a vigência⁹¹.

Posteriormente, e com base nessas tradições, os cristãos adotaram a mesma técnica da *damnatio memoriae* como penalidade para os excomungados que, após a morte, não podiam ter o seu nome lembrado de nenhuma maneira⁹², através dos Concílios de Reisbach (798 d.c.) e Elne em 1027 d.c.(CATROGA, 2002, p.26).

⁸⁹ A capacidade de armazenar um grande número de informações não implica necessariamente um incremento da criatividade, de realizar associações ou do raciocínio. Pelo contrário, pode até causar comprometimento dessas faculdades, razão pela qual a hipermnésia em geral ocorre em indivíduos com o quociente intelectual baixo, denominados *savants* (IZQUIERDO, 2002, p. 83).

⁹⁰ Muitos Imperadores tiveram o seu nome apagado dos monumentos, podendo ser citados Calígula, Nero, Geta, cujo nome foi tirado do arco de Sétimo Severo, entre outros (GILL, 2008).

⁹¹ No Brasil a descontinuidade das políticas públicas é uma espécie de *damnatio memoriae* dos governantes substituídos, porque na visão personalista dos políticos brasileiros a obra é tributada ao homem, e não à instituição que a proporcionou. Continuar o projeto político alheio, mesmo que seja bom para a sociedade, significaria prestar uma intolerável homenagem aos adversários: é também por isso que boa parte dos projetos, programas e obras públicas não consegue chegar ao bom termo e servir à população. Não obstante, as obras inauguradas, acabadas ou inacabadas, trazem na memória de uma placa o nome das *pessoas* que a promoveram, e que a cada eleição fazem questão de rememorar-las.

⁹² A penalidade era imposta pela fórmula “*oblivione delebitur nomen jus*” – de esquecimento seja apagado o nome dele (WEINRICH, 2001, p. 60).

Porém, em certas situações sociais, o esquecimento pode constituir-se em uma segunda chance, no recomeço de vida para o indivíduo. Nesse sentido é um bem, que deve ser tutelado pelo Direito: o perdão e a conciliação também fazem parte da vida social, e atuam para delinear a abrangência de sua memória, servindo-lhe de fronteira, além do que, como bem ressalta Roberto DaMatta (1997, p. 37), o esquecimento coexiste com a memória de modo implícito, oculto e inconsciente, fazendo pressão sobre o sistema cultural.

O direito ao esquecimento pode manifestar-se através de três situações básicas: a) o direito ao cancelamento de registros e retirada do indivíduo da esfera pública; b) pelas diversas formas de prescrição e c) por institutos como a anistia e o indulto.

O cancelamento de registros é um limite à capacidade de memorização e utilização de dados pessoais, que vem sendo diariamente incrementada pela tecnologia. A legislação prevê situações em que é proibida a divulgação de fatos relativos ao indivíduo, *impedindo assim a formação de uma memória sobre eles*, como ocorre com o artigo 143 da Lei nº 8069/90⁹³ (Estatuto da Criança e do Adolescente):

Art. 143. É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.

Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome

O indivíduo também tem o direito de ser esquecido, ou seja, que o seu nome seja retirado dos registros e da esfera pública de consulta, a exemplo do que ocorre com o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) e SERASA, e o cancelamento dos registros de antecedentes criminais. Esse aspecto do direito ao esquecimento liga-se à tutela da privacidade (BOBBIO, 2004, p. 79), como inclusive prevê o artigo 5º, LX, da Constituição Federal, que fica mais evidente nos casos em que a pessoa deixou de ser uma figura pública. A questão que merece ponderação é o conflito entre o direito de ser esquecido e a necessidade de preservar a memória coletiva sobre um fato.

A prescrição é a perda da faculdade de agir pelo decurso do prazo, devido à inércia do titular do direito. Justifica-se pela necessidade social de por fim a situações conflituosas que remanescem em estado de indeterminação, por diversas razões: primeiro, que o tempo faz desaparecer o alarme ou a necessidade social, e conseqüentemente o conflito e o interesse jurídico na situação; faz desaparecer ou inviabiliza a obtenção de provas; é necessária porque

⁹³ Com a redação da Lei nº 10.764/2003.

a indefinição jurídica do devedor ou criminoso não pode ser indeterminada, ou presume-se que o infrator corrigiu-se (PÚPERI, 1996, p.131).

A prescrição é uma opção pelo esquecimento, e o decurso do tempo necessário para implementá-la depende da avaliação social de sua gravidade, o que determina a medida legal da memória de um fato, sendo excepcionais as hipóteses de imprescritibilidade, tal como ocorre com a prática do racismo, consoante o artigo 5º, XLII da Constituição Federal.

Já a clemência, ou perdão, consiste em uma neutralização do poder punitivo do Estado. É um instrumento constitucional para solucionar os inconvenientes sociais e políticos causados pela aplicação de uma legislação anacrônica ou inadequada aos fatos. Nesse sentido, é um instrumento estático, que pretende corrigir sem superar o ordenamento penal vigente, eliminando as tensões que a aplicação de determinada lei pode causar, pacificando e restaurando a sanidade do Ordenamento Jurídico, através da sua adaptação às novas circunstâncias sociais (BORTOLOTTI, 1978, p. 1682). A clemência pode ser manifestada através de três institutos: a anistia, o indulto e a graça.

Segundo Ruy Barbosa (s.d, p. 217) a anistia⁹⁴ é “a desmemória plena, absoluta, abrangendo a própria culpa em sua existência primitiva. Não só apaga a sentença irrevogável, aniquilando retroativamente todos os efeitos por ela produzidos, como vai até a abolição do próprio crime punido ou punível”.

Sua natureza legislativa permite defini-la como uma lei transitória que extingue o crime. A anistia⁹⁵ não anula no todo ou em parte a lei que prevê o crime, apenas descriminaliza o fato tornando a lei inaplicável (SANTANGELO, 1948, p. 47-49). Caracteriza-se pelo fato de ser uma clemência coletiva, de caráter geral (por atingir uma coletividade de indivíduos), e de ser irrevogável, pois uma vez concedida é vedado ao poder anistiantes tornar punível o mesmo fato que tornou impune (BRUNO, 1967, p. 201).

Sua principal função é pacificar a opinião pública, abrandando as conseqüências das leis demasiado severas ou injustas par salvaguardar os fins da Justiça Social (BORTOLOTTI, 1978, p. 1682).

⁹⁴ Atribui-se a Sólon a criação da anistia, em cujo arcontado verificou-se a primeira concessão. Os anistiados obtiveram a reintegração dos direitos e privilégios de cidadãos por um ato geral do arconte. Entre os romanos há o *abolitum criminum*, equivalente à anistia grega (BARBOSA, 1928, p. 124-125).

⁹⁵ Como afirma Bierce (1993, p. 6), anistia pode ser considerada “the state’s magnanimity to those offenders whom it would be too expensive to punish”. Essa mordaz afirmação ressalta o juízo político a ser praticado quando da concessão da anistia, devendo ser observado não só o custo real para a efetivar a punição, mas principalmente o seu custo social.

Quanto ao momento de sua concessão, a anistia pode ser classificada em própria, se é concedida antes da sentença condenatória irrecorrível, eliminando o fato criminoso; ou imprópria, se é concedida depois da sentença, incidindo sobre a pena.

A anistia é um capítulo especial da História Brasileira, e merece uma reflexão mais detida especialmente neste momento em que os países da América do Sul questionam a constitucionalidade daquelas concedidas após o fim das diversas ditaduras militares que assolaram o continente a partir da década de 60. Tome-se como exemplo a Suprema Corte da Argentina analisou na causa nº 17.768-S.1767.XXXXVIII⁹⁶, que declarou por maioria a inconstitucionalidade da Ley nº 23.492⁹⁷, denominada “Punto final”, determinando a prescritibilidade dos crimes praticados durante a ditadura militar.

Já o indulto pode ser definido como causa extintiva da punibilidade manifestada através de decreto do Chefe do Executivo, consistindo na extinção, comutação ou redução da pena, sem eliminar a censurabilidade do fato criminoso contido na condenação penal. O indulto visa a conciliar a lei com a equidade para corrigir erro judiciário ou relevar a pena por sua improficuidade (SOUZA, 1983, p. 198).

Pode referir-se à troca de penalidade mais severa por outra mais branda, ou reduzir a pena através do perdão de *quantum* especificado. Conforme Licínio Barbosa (1978, p. 275-277) caracteriza-se por ser irrecusável, geral (porque concedido a uma pluralidade de indivíduos) e por deixar subsistir a condenação penal pelo que o indultado perde a primariedade.

A clemência, em suas duas versões acima citadas, é um importante instrumento político de pacificação social⁹⁸, e geralmente era utilizado após as guerras para proporcionar a reconciliação. Juridicamente, o direito/dever do esquecimento aparecia como uma fórmula (“*mettre en oubli*”) inserida nos Tratados internacionais, em que as partes reciprocamente renunciavam às dívidas e punições oriundas do conflito (WEINRICH, 2001, p. 237).

Um exemplo notável dessa cláusula de esquecimento é o artigo 2º da *Chart Constitutionnelle* de 1814, sob o reinado de Luís XVIII, que afirmava: “todas as pesquisas por

⁹⁶ Do original em Espanhol: “Aún las leyes de amnistía tienen un límite moral, y está dado por la imposibilidad de amnistiar delitos de lesa humanidad, porque si se pretende forzar a “olvidar” y a perdonar los agravios proferidos a los significados profundos de la concepción humana, si los delitos atroces quedan impunes, la sociedad no tiene un futuro promisorio porque sus bases morales estarán contaminadas” (Voto do Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

⁹⁷ Sancionada em 23/12/86, promulgada em 24/12/86 e publicada no Boletín Oficial em 29/12/86.

⁹⁸ Com Schiller (2007), em sua Ode à alegria, ilustra-se: “Alegria com os alegres./ Ódio e vingança sejam esquecidos,/Perdoemos ao inimigo mortal,/Que as lágrimas não o forcem/Nem o corra o remorso. Fora com o livro das dívidas!/O mundo todo reconciliado!/Irmãos – sobre o céu de estrelas/ Deus julgará como julgarmos.(...). Como informação, é de se notar que esse poema inspirou Beethoven a compor um dos movimentos da sua Nona Sinfonia, que foi inscrita na Memória do Mundo da UNESCO, em 2003.

opiniões e posições de antes da Restauração são proibidas. O mesmo esquecimento é recomendado aos tribunais e aos cidadãos”⁹⁹.

Como destaca Bortolotti (1978, p. 1681-1711) a aplicação do princípio da clemência deve ser pautado pelo respeito aos princípios da legalidade e da igualdade, especialmente porque está submetido ao juízo de discricionariedade dos poderes constituídos, havendo o risco de utilizar esse instituto para fins contrários ao interesse da sociedade, abusando desse poder¹⁰⁰. Às vezes a clemência custa um alto preço em termos de discriminação e mistificação, sendo necessária a transparência e que a situação seja absolutamente excepcional para justificar a sua aplicação.

Como destacado no item 3.1, a sociedade brasileira vivenciou em sua plenitude a política conciliatória do esquecimento, em seus cinco elementos: a produção da memória oficial sem os fatos inadequados, a concessão de anistias, a fabricação do consenso (discurso da superação das ideologias), o simples silêncio sobre fatos conflituosos, a busca da reconciliação nacional e as comemorações das datas cívicas.

O esquecimento é também uma necessidade, cuja função é evitar o acúmulo de informações supérfluas que dificultam o aprendizado daquilo que é essencial (IZQUIERDO, 1983, p. 30). Portanto, embora sirva de fronteira, não é a negação da memória mas sua condição de operacionalização, pois a partir dos fragmentos selecionados, nem sempre coerentes, a memória seleciona e hierarquiza os estratos de impressões, mobilizando o passado para lhe conferir sentido (LINS, 2000, p. 9-12).

O limite do esquecimento é quando se torna violador da moral e da consciência. É preciso cobrar responsabilidades: o esquecimento não pode ser um artifício para a impunidade e nem uma forma de negligência que permite que velhos erros voltem a prejudicar a sociedade (RESNAIS, 2005). Não há dúvidas de que direito ao esquecimento é uma chance para recomeçar: a questão é se será aproveitada moral ou amoralmente¹⁰¹, com ou sem concordância histórica (WEINRICH, 2001, p. 232). Assim, como afirma Filloux (1959, 73):

O esquecimento é dotado de um caráter teleológico, não é o avesso da memória, mas um aspecto indireto dessa mesma memória, tem uma função positiva, e essa forma da sabedoria humana, que chamamos de experiência,

⁹⁹ Na tradução do Francês por Lya Luft (Cf. WEINRICH, 2001, p. 237): “Toutes recherches de opinions et votes émis jusq à la restauration sont interdites. Lê même oubli est commandé aux tribunaux et aux citoyens”.

¹⁰⁰ Veja a Lei 10.790, de 28 de novembro de 2003: Art. 1º É concedida anistia a dirigentes, representantes sindicais e demais trabalhadores integrantes da categoria profissional dos empregados da empresa Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRÁS, que, no período compreendido entre 10 de setembro de 1994 e 1º de setembro de 1996, sofreram punições, despedidas ou suspensões contratuais, em virtude de participação em movimento reivindicatório, assegurada aos dispensados ou suspensos a reintegração no emprego.

¹⁰¹ Mateus, 5,28: “Vá e não peques mais”.

não consiste menos em expulsar do espírito os pormenores inúteis, insignificantes e vãos, do que guardar os que comportam um ensinamento ou uma lição.

Lembrar e esquecer são etapas de um mesmo processo, e muitos fatores contribuem para determinar o esquecimento de fatos, sendo especialmente importantes a retração do espaço de discussão pública (pelo medo, falta de segurança, repressão), e o empobrecimento das estruturas comunicativas habituais com a segmentação dos espaços de encontro e conversação, pois onde não existe o vínculo social forte não há suporte e nem material para a memória coletiva (LECHNER; GÜELL, 2006, p. 33).

6.2 Direitos correlatos

Os direitos correlatos ao direito fundamental à memória são aqueles que contribuem para esclarecer, por diferenciação, o seu conteúdo e alcance. A idéia deste item não é realizar uma tipologia exaustiva, mas enfatizar aqueles que interessam à abordagem e à metodologia aqui adotadas. Renunciando à classificação exaustiva, serão citados alguns direitos que podem guardar relações de afinidade, complementaridade ou pertinência com o direito fundamental à memória.

Começando pelo *direito à vida* em sentido amplo, superada a questão da mera subsistência física, destaca-se principalmente o aspecto espiritual, cultural, do indivíduo e dos grupos. A proteção da vida assim concebida é indispensável porque freqüentemente a origem e a identidade cultural, que são constitutivas da memória coletiva, acabam servindo de pretexto para o genocídio e a limpeza étnica, geralmente baseados na intolerância à diferença. Assassinar membros do grupo, causar danos graves à sua integridade física ou mental, submetê-los intencionalmente a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial; adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo, ou ainda realizar a transferência forçada dos menores de um grupo para outro são exemplos de condutas genocidas.

Como se pode facilmente perceber, embora não digam respeito aos bens culturais diretamente, são condutas capazes de destruir a memória coletiva de um povo, uma vez que inviabilizam a transmissão do patrimônio cultural (CAVALCANTI, 1998, p. 147). Portanto, quando se trata de conservação e transmissão da memória, o direito à vida dos indivíduos e dos grupos é uma garantia de *continuar existindo*, com a preservação dos modos de ser e fazer.

Entretanto, a mera existência dos bens não garante a sua perpetuação. A transmissão dos bens culturais materiais e imateriais às futuras gerações é o pressuposto da formação de uma memória coletiva duradoura, sendo imprescindível o seu aprendizado através da educação formal e informal, e o *direito que lhes corresponde*, capazes de franquear o acesso ao patrimônio cultural e à memória¹⁰².

Pensando na memória individual, podem destacados direitos correlatos referentes ao *nome* e à *origem familiar*¹⁰³, à preservação da *honra* e da *imagem*, enquanto respeito ao passado idôneo de alguém, que pode ser vinculado à lembrança dos vivos e mortos¹⁰⁴.

A memória pode conter fatos desabonadores da conduta do indivíduo, e nesse particular distancia-se da honra. Se o sujeito não é honrado, ainda assim tem a sua memória, e os fatos que lhe são relativos, ainda que desabonadores, podem ser lembrados desde que verdadeiros¹⁰⁵.

Ainda pensando no indivíduo, é possível pensar em direitos correlatos ao direito fundamental à memória, de forma até menos imediata, como o direito à moradia, por exemplo, porque o direito à memória implica na conservação das raízes do indivíduo, diretamente ligadas ao local onde vive, formando as paisagens ou lugares biográficos (MELLO, s.d, p.77-91).

Agora, pensando individual e coletivamente, a concepção de um direito à memória guarda estreita relação com a consagração do direito à diferença, que por sua vez decorre da valorização da identidade cultural. Em certo sentido, afirmar uma identidade pode significar ser *diferente*, inviabilizando a perfeita assimilação e homogeneização de indivíduos ou grupos. A dificuldade de conformação, ou seja, de adaptação aos valores majoritários, pode transformá-los (indivíduos e/ou grupos) em um corpo estranho dentro da sociedade, atraindo para si o ódio motivado apenas pela intolerância, como adverte Slavutsky (2003, p.127).

O exercício institucionalizado do direito à memória é um instrumento capital para a preservação da cultura das minorias, garantindo o seu direito à diferença e a constituição plural da sociedade, além de viabilizar a proteção de conhecimentos tradicionais.

A diversidade é um valor em si porque aumenta as escolhas, as capacidades e os valores humanos, e pelo princípio da multidiversidade (item 3.6.2), impõe o respeito pela

¹⁰² Cf. item 9.5.2.

¹⁰³ Sem a memória, como afirma Santo Agostinho (1984, p. 267), sequer poder-se-ia pronunciar o próprio nome, mas além disso o indivíduo tem direito à sua origem familiar, do ponto da vista da ascendência e da descendência. Cf. 4.1.1.

¹⁰⁴ Cf. capítulo 4.

¹⁰⁵ Para ilustrar o distanciamento entre memória e honra, cf. RESP nº 736015.

diferença, protegendo todas as liberdades que ela envolve: de consciência, religião, opinião e expressão, bem como pela liberdade política de participar da vida cultural pela livre escolha, pressupondo a recusa de qualquer mecanismo discriminatório, que é imprescindível à realização dos direitos humanos (MACHADO, 2002, p. 31).

Não há dúvida de que a formação multinacional do povo brasileiro assenta no valor supremo do pluralismo, conforme explicitado pelo preâmbulo da Constituição da república Federativa do Brasil¹⁰⁶.

A questão é saber como, por que e para que a diferença é promovida. Integrar mantendo a diversidade sem causar isolamento é o grande desafio na criação dos direitos destinados a afirmar as identidades culturais, que podem ser classificados em *derrogatórios*, de autogoverno, direitos exclusivos de membros da comunidade, direitos de reconhecimento e reforço das regras tradicionais e direitos de representação étnica nas instituições (CECCHERINI, 2004, p. 351).

Direitos *derrogatórios* são aqueles que, previstos em legislação especial, impõem exceções às normas gerais, por reconhecer um *status* peculiar aos membros de um grupo ou comunidade. Desta maneira, permite-se aos indivíduos e grupos agir em desconformidade ao comportamento imposto pela maioria, reconhecendo em tal conduta um traço cultural a ser preservado.

Os direitos *promocionais* também como finalidade remover as barreiras que possam decorrer da pertença à determinada comunidade ou etnia.

Os direitos de *autogoverno*, em que há uma pluralidade de respostas institucionais que confirmam autonomia aos grupos sociais, porque as prioridades administrativas dependem de atos valoração, que muitas vezes podem ser conflitantes com os desejos da sociedade. Por exemplo, o que é prioritário para a FUNAI pode não sê-lo para os índios.

Direitos *exclusivos*, que podem ser conferidos a apenas alguns indivíduos, em função da sua pertença a grupo étnico, lingüístico, racial ou religioso.

¹⁰⁶ O preâmbulo da Constituição da Rússia contém formulação similar em conteúdo, porém mais analítica que a CF/88, a qual se pede vênica para transcrever: “Nós, povo multinacional da Federação Russa, unidos por um destino comum em nossa terra, afirmando os direitos e liberdades do Homem, de paz civil e da concórdia, conservando a unidade do Estado historicamente constituído, baseando-nos nos princípios universalmente reconhecidos de igualdade de direitos e de auto-determinação dos povos, *venerando a memória dos ancestrais que nos transmitiram o amor e o respeito pela Pátria*, a fé no bem e na justiça, fazendo renascer o Estado soberano da Rússia e tornando intangível o seu fundamento democrático, visando garantir o bem-estar e prosperidade da Rússia, movidos pela responsabilidade da nossa Pátria perante as gerações presentes e futuras, reconhecendo-nos como parte da comunidade mundial, promulgamos a Constituição da Federação da Rússia” (RÚSSIA, 2003, p. 219).

Direitos à manutenção, reforço e reconhecimento de regras tradicionais, que em geral são salvaguardados por órgãos representativos da pluralidade de grupos étnicos, tal como na Constituição da África do Sul, seção 34, que prevê a existência do “Conselho de Chefes Tradicionais”, que também garantem os direitos de representação étnica.

Existe hoje uma tendência a incorporar nas Constituições o reconhecimento de direitos próprios das coletividades, superando o paradigma da inconciliabilidade entre o caráter unitário do Estado e o direito à diferença de grupos localizados territorialmente. Mais do que um documento jurídico, a Constituição é o espelho do legado cultural de um povo, e explicita o seu modo específico de existência: por isso, quando o Estado Constitucional contemporâneo efetiva, desenvolve e garante a proteção do patrimônio cultural, o faz a serviço de sua própria identidade (LLOBET, 2004, p. 219), destacando que hoje é concebida de forma menos essencialista do que no paradigma mononacional-monocultural.

Na verdade, reconhecer um direito à diferença significa conservar a multiplicidade das memórias, valorizando a diversidade das manifestações. Como já se destacou anteriormente, não há um direito fundamental unívoco mas a necessidade de preservar de memórias heterogêneas, múltiplas, tornando-as cada vez mais acessíveis à população. É forçoso reconhecer que a memória coletiva possui suportes tão variados que inviabilizam a construção de um passado nacional único, mesmo porque já não há a hierarquização absoluta das formas de registro: hoje os documentos chancelados pelo Estado são tão fidedignos quanto a tradição oral (LOUZADA, 1992, p. 14).

Para fins de reconhecimento, deve-se afirmar a existência do direito a ser diferente, que nada mais é do que uma evolução do princípio da igualdade, pois em seu conteúdo afirma a igual dignidade dos diferentes. Basicamente, o reconhecimento da diferença deve implicar o direito de auto-governo, que é o poder de desenhar suas instituições e atribuições, e de viver conforme a própria cultura.

Isso não significa aplicar direitos iguais a coletividades diferentes, porque o princípio da igualdade homogeneiza artificialmente a sociedade e porque, e principalmente, os direitos espelham um modo de vida que pode ser incompatível com o modo de vida da comunidade e com o reconhecimento de culturas marginalizadas (MEYER, 2006).

Também não significa reconhecer, em um inadmissível relativismo cultural, que qualquer prática é igualmente válida. Só devem ser tuteladas e admitidas aquelas que observam o princípio da dignidade da pessoa humana, na formulação de cada contexto nacional (ALBROW, 1999, p. 261).

Em síntese, e afirmando que igualdade e diferença são uma questão de ênfase, há o direito de ser igual quando a diferença inferioriza, e o direito de ser diferente quando a igualdade descaracteriza, como bem sintetiza Marchesan (2007, p. 25).

Afirmada a diferença, é preciso encontrar meios de preservá-la. Um desses meios é o *direito à resistência*, analisado pelo enfoque da Ciência Política, que se refere basicamente à aceitação ou não de uma forma de exercício do poder, especificamente quanto à oposição entre obedecer e/ou contestar respeitando a ordem constituída, e de outro lado a ruptura dessa mesma ordem, que é a resistência propriamente dita (BOBBIO, 2004, p. 152).

A fragmentação do poder do Estado ocorrida no século XVIII e o surgimento do conceito de “Estado de Direito” deram ensejo à consagração e à consolidação das liberdades, deslocando o foco da resistência para a sua efetivação. Entretanto, com a remonopolização do poder econômico pelas grandes empresas e do poder ideológico (pela cultura de massa), a resistência passa a ser considerada individual e coletivamente contra a usurpação e o exercício abusivo do poder (BOBBIO, 2004, p. 155).

Quando existe uma Cultura hegemônica, capaz de impor a sua visão do mundo, a capacidade de criar, preservar e difundir memórias decorre do exercício abusivo do poder simbólico, que estabelece a versão dominante do significado das experiências, fatos, instituições, em proveito daqueles que detêm a produção da representação.

Exatamente porque consagra uma visão de mundo e legitima a ordem estabelecida, a construção, controle e difusão da memória é extremamente útil àqueles que detêm o poder político em uma sociedade. O controle da informação para os regimes autoritários é uma prioridade, e é também por isso que, como afirma Todorov (2000, p.14) “todo ato de reminiscência, por humilde que seja, é associado à resistência antitotalitária”¹⁰⁷.

Ora a memória é a persistência do passado, na forma de consciência intemporal, que permite aos bens culturais perseverarem na existência (FILLOUX, 1959, p. 13). Logo, a reconstrução do passado, sua revisão e utilização, podem configurar-se em ato de oposição ao poder constituído, especialmente se sedimentada a sua legitimidade à base das técnicas diversionistas utilizadas para camuflar, esquecer ou conciliar artificialmente os conflitos sociais. Nessa ótica, a resistência é uma forma de reivindicação do passado pelas minorias, revelando-se a memória simultaneamente como fonte de alternativas e instrumento de contestação do poder estabelecido (THOMSON; FRISCH; HAMILTON, 2005, p. 77).

¹⁰⁷ Tradução própria do Espanhol: “todo acto de reminiscencia, por humilde que fuese, há sido asociado com la resistencia antitotalitaria”.

A resistência é protagonismo, tem caráter reativo e negativo em relação à imposição das diversas formas de opressão, e depende da mobilização de forças e de atores que dependem da inteligibilidade mútua. Essa concordância de opiniões apresenta-se sob a forma de coesão social, organização política ou pela identidade cultural, na busca de encontrar o equilíbrio antigo sob novas condições ou resgatar parte das condições sociais anteriores (HALBWACHS, 1990, p. 137). Entretanto, não se pode olvidar que a dominação e a própria resistência são feitas em vários eixos, e não existe uma contradição principal que determine uma estratégia unívoca, por isso, há lutas diversas ocorrendo ao mesmo tempo, com atores coletivos distintos, com discursos nem sempre inteligíveis entre si (SANTOS & NUNES, 2003, p. 35-40).

Não foi à toa a estratégia utilizada pelos senhores escravistas do Brasil, que primavam pelo isolamento cultural dos seus os escravos, misturando indivíduos de nações e etnias diferentes para dificultar a coesão, cujo idioma e cultura serviam como mais um fator de desenraizamento e impotência (DAVIES, 2004, p. 99).

Desse ponto de vista, a identidade é uma trincheira porque permite aos indivíduos perceberem problemas e desejos comuns, viabilizando a mobilização. É por isso que os movimentos reivindicatórios das minorias étnicas, religiosas, entre outras, apelam para fatores históricos de justificação e afirmação de sua diferença, a merecer tutela jurídica também diferenciada.

Como já destacado anteriormente, o direito à memória não se restringe à conservação do patrimônio cultural, reconhecido enquanto tal pelos órgãos oficiais, mas viabiliza a valorização dos pontos de vista e visões de mundo dos indivíduos e grupos, mesmo que não reconhecidos ou preservados pelo Estado. E nesse sentido, trata-se de um verdadeiro direito à resistência porque passível de opor-se à uma visão de mundo hegemônica.

Voltar-se para o passado também pode ser uma reação defensiva, visando a restaurar identidades e os valores, resistindo às mudanças. Neste momento há um fortalecimento das identidades locais, regionais e comunitárias em face das nacionais, como resistência contra fenômenos como a globalização, entendida como a re-identificação com culturas de origem, nas raízes da memória coletiva (HALL, 2003, p. 85-86).

Entretanto, o panorama das mudanças globais, do hibridismo, há a tendência da resistência pelo “puro”, com a origem mistificada, que traz o perigo dos fundamentalismos, culminando na intolerância pelo diferente. Nesses casos, pode haver o abuso do direito de resistência quando o comportamento for reacionário ou refratário às mudanças, que em

verdade são implantadas mais por fatores endógenos (especialmente a mentalidade dos membros do grupo) do que por fatos exógenos ao grupo.

Embora se encontre na base da resistência, a identidade cultural não pode ser um obstáculo à adaptação. Muitas vezes as novas gerações recusam-se a continuar os valores e a perpetuar os bens do seu grupo porque isso significaria, na prática, impedi-los de fazer parte de um sistema social mais amplo. Por isso, a preservação da memória individual e coletiva, embora consista em uma atitude de resistência, deve também possuir um conteúdo emancipatório, através da consagração do *direito à autodeterminação*.

Reconhecer a igual dignidade significa ampliar a capacidade de decisão e inserção, com o conseqüente direito de determinar livremente o seu *status* político e buscar o próprio desenvolvimento econômico, social e cultural.

Cada povo tem o seu conceito de desenvolvimento e os modos de alcançá-lo, com a realização progressiva de um projeto de melhoria das condições de vida de indivíduos ou grupos. O direito que lhe corresponde pretende reconhecer que não existe um modelo de desenvolvimento certo, mas assegurar a cada Estado e aos povos o poder de desenvolver-se segundo as suas tradições. Como ressalta Hannah Arendt (2005, p. 31) a tradição é o testamento que transmite o passado, ao tempo em que lhe dá a consciência do seu valor. Sem essa transmissão não há continuidade consciente possível, e também não há *desenvolvimento*.

Os direitos fundamentais são um indicador de desenvolvimento, e sua realização progressiva viabiliza a melhoria das condições de vida de indivíduos ou grupos. A aquisição cultural efetivada através da memória é pressuposto para o desenvolvimento das potencialidades humanas individuais e coletivas porque, como já ressaltado, dá ensejo às liberdades de pensar, criar, investigar, ensinar e aprender que são indispensáveis ao desenvolvimento.

6.3 O direito à memória e os direitos culturais

O direito à memória pode ser concebido como espécie de direitos culturais ou de forma autônoma?

Não há um elenco e nem a definição do perfil dos direitos culturais na Constituição Federal, mas em geral são definidos como aqueles que determinam o incentivo, divulgação e a preservação da Cultura, através de uma política pública específica (REISEWITZ, 2004, p. 64; CUNHA FILHO, 2000, p.33), agrupados em três posições principais: primeiro, o direito à criação cultural (artística, científica, tecnológica) e proteção

da propriedade intelectual; em segundo lugar o direito de acesso às fontes da cultura nacional, inclusive contemplando a faculdade da vida cultural da comunidade, e finalmente, a liberdade de expressão e manifestação cultural, aos quais correspondem os deveres de fomento (quanto à criação), divulgação (acesso e informação) e preservação (REISEWITZ, 2004, p. 77).

É evidente que os direitos culturais pressupõem o acesso às fontes da Cultura nacional, tal como previsto pelo artigo 215 da CF/88, que equivalem ao conceito doutrinário de Cultura, embora nem todas as fontes sejam consideradas como patrimônio cultural para *fins de tutela jurídica* (REISEWITZ, 2004, p. 81). Como bem lembra Cunha Filho (2000, p. 43-48), “a continuidade e a unidade histórico-cultural” eram um critério para a criação e fusão de municípios, conforme previsto no art. 18, §4º modificado pela Emenda Constitucional nº 15/96, o que dá o indício da fundamentalidade dos direitos culturais.

Todos os direitos culturais vinculam-se, de maneira mais ou menos direta, à apropriação da memória¹⁰⁸: a liberdade de criação artística, por exemplo, decorre da criatividade que é a conjunção de duas ou mais memórias, pois não se cria a partir do nada, mas do que se sabe e está memorizado (IZQUIERDO, 2002, p. 92).

José Ricardo Oriá Fernandes (1995, p. 31), autor da dissertação sobre o direito à memória referida na Introdução deste estudo, o concebe como uma espécie de direito cultural, consistindo em “ter acesso aos bens materiais e imateriais que representem o seu passado, sua tradição e sua História”, efetivado pela preservação genérica e difusão do patrimônio cultural.

Entretanto, considerando que o próprio conceito de Cultura pode ser utilizado de forma mais ou menos ampla, por exemplo, excluindo-se fenômenos econômicos, tem-se que o direito à memória deverá ser autônomo se a concepção utilizada for por demais restrita.

Por outro lado, é possível perceber que o direito à memória é menos amplo do que os direitos culturais em geral, já que não se trata de um acesso à Cultura em geral, mas à parte dela que evoca a origem do povo, os seus valores fundantes e as suas raízes.

Deve-se destacar que o Direito à memória não se relaciona apenas com os direitos acima exemplificativamente citados, mas serve de instrumento para efetivação de todos os direitos fundamentais, como verdadeira guardiã que constrói o quadro de referências sobre o qual se baseia a proibição do retrocesso, relativamente à abolição ou desnaturação de outros direitos fundamentais.

¹⁰⁸ Com a mesma idéia, sob outra abordagem, Fonseca (2005, p. 245) afirma que a democratização da apropriação dos bens se faz pelo exercício dos direitos culturais, não só pelo aprendizado dos significados mas pela sua produção.

7. DIREITO À MEMÓRIA E DEMOCRACIA: o papel do Estado na construção e execução de políticas públicas para a preservação da memória

No Brasil, até o passado é imprevisível.
(BETING, 2005)

Neste capítulo pretende-se sucintamente demonstrar como foi construída a memória nacional no Brasil, fundante da identidade cultural do povo brasileiro. Nos parágrafos abaixo não se fará uma distinção técnica entre a memória, que possui um conteúdo assistemático, axiológico e ideológico, e a História, enquanto Ciência, pois, como se verá, ambas se encontram profundamente ligadas.

Para estabelecer a coesão social o Estado, sob o signo da nacionalidade, alimenta os sentimentos de pertença que são construídos pelas políticas de identificação e preservação do patrimônio cultural (CANANI, 2005, p. 169). A herança do patrimônio não vem do sangue, mas do estabelecimento desses laços primordiais que ligam o indivíduo à Pátria.

7.1 A formação da alma brasileira: a invenção da memória no Brasil - antecedentes e importância

O título deste item foi retirado da obra homônima de José Murilo Carvalho (2003) e consegue sintetizar o significado da memória coletiva para um povo, que é exatamente a formação da sua alma, a construção do quadro de referências onde a sua experiência compartilhada adquire e produz sentidos.

A História do Brasil é fundada no mito edênico¹⁰⁹ do descobrimento: os portugueses chegaram ao Paraíso pelo desígnio divino, manifestado pelo acaso, onde não havia nações inimigas, mas pessoas virgens de qualquer fé ou Estado, em uma condição pré-civilizada à espera da redentora superioridade portuguesa. Aqui não houve conquista e nem vitória, ao contrário do resto da América Latina, mas uma doce e suave incorporação de índios, que não foram massacrados, nem dominados, mas transmutados em pessoas civilizadas. Esse mito fundador será desdobrado, já nas décadas de 20 e 30 do século XX, no mito da democracia racial (GUIMARÃES, 2001, p. 398).

¹⁰⁹ O descobrimento, como ato inaugural da construção da sociedade brasileira, pelo seu caráter acidental contrapõe-se à intencionalidade da fundação do Estado. O Brasil, como não foi propriamente fundado, mas descoberto, consolida a sua autoimagem como um país de Natureza, e não de Cultura (OLIVEIRA, 2000, p. 200).

Com a Independência, e a outorga da Constituição de 1824, formalmente surge o Estado Brasileiro, criado nos moldes dos Estados-Nação. O esforço de consolidar um Estado unitário objetivava garantir a integridade territorial e articular a população, implicando na necessidade de estabelecer instituições políticas e administrativas, além de criar diretrizes sócio-culturais e conteúdos simbólicos comuns, capazes de servir à coesão social.

Na época do Império foram criadas as três instituições que serviram de alicerce à constituição da memória e da identidade nacionais, correspondendo às três etapas de preservação do patrimônio cultural: a guarda ou depósito dos documentos, cabendo ao Arquivo Nacional; a produção, identificação e criação dos conteúdos simbólicos no campo do saber e das representações sociais, que competia ao Instituto Histórico-Geográfico e, finalmente, a difusão dessas informações através do Colégio Pedro II (VIDAL, 1999, p.14).

A primeira iniciativa administrativa para a conservação do patrimônio cultural foi a criação do Arquivo do Império, em 1838, cuja finalidade era a guarda e preservação do patrimônio documental brasileiro. Assim como os seus paradigmas na Europa, o Arquivo visava a fornecer informações para subsidiar a escrita da História Nacional, fortalecendo o nascente Estado Brasileiro.

Porém, desde a Revolução Francesa, os arquivos nacionais deixaram de servir de subsídios apenas aos governantes para atender às demandas de informação dos cidadãos, além de servir de base à escrita da História “científica” do Estado, tendência essa que não foi seguida por Portugal, e tampouco pela elite que governou o Brasil após a Independência.

Em que pese essa sua importância legitimadora, o Arquivo do Império, hoje denominado Arquivo Nacional, nunca conseguiu desempenhar o seu papel a contento, mostrando toda a sua fragilidade institucional e inexpressiva participação na estrutura da Administração Pública. Conforme Célia Costa (2000, pp. 217-231), podemos destacar alguns fatores que contribuíram para o seu insucesso institucional:

1) A tradição absolutista de Portugal, que permeou a concepção de sua burocracia, concebia o Arquivo¹¹⁰ como uma fonte de informação exclusiva do soberano. Assim, determinava uma política de sigilo que visava unicamente a proteger os interesses comerciais e políticos da Coroa, tradição essa que perpassa a sua política desde a criação da Torre do Tombo. Desde essa época, o arquivo público pertencia e informava apenas ao soberano e aos privilegiados a quem fosse franqueada a consulta.

¹¹⁰ Como bem lembra Chagas (2002, p. 17) a palavra arquivo deriva do grego “Arkhion”, ligada ao poder.

Esse modelo foi reproduzido no Brasil ao ser concebido o Arquivo do Império, dando continuidade à forma secreta e autoritária de preservar a memória documental. Tal política de sigilo foi responsável pela falta de planejamento, bem como pela negligência no recolhimento de documentos e na interdição à consulta pública.

2) A importância jurídica do Arquivo do Império é indiscutível, tanto que encontrou o seu fundamento no artigo 70, VI, da Constituição de 1824. Não obstante isso, desde os seus primórdios sofre de uma crônica deficiência orçamentária e de falta de prestígio, o que impediu o florescimento de suas potencialidades.

3) Outro problema grave foi a dispersão dos documentos históricos do Brasil. O Arquivo do Império deveria ser o principal guardião do patrimônio documental, centralizando ou coordenando o recolhimento e salvaguarda. Um bom exemplo dessa situação irregular é fato de que os documentos relativos à delimitação das fronteiras do Brasil foram arquivados no Ministério dos Negócios Estrangeiros, e não no Arquivo do Império, como seria adequado.

4) Além disso, houve uma superposição de competências entre o Arquivo Público e os Institutos Histórico-Geográficos, que acabaram invadindo a competência daquele, trazendo-lhe ainda mais problemas de financiamento.

5) O Brasil não desenvolveu uma política arquivística coerente, e só em 1991, com a edição da Lei nº 8.159, um século e meio depois da criação do Arquivo do Império, houve a regulamentação dessa atividade tão importante para a memória nacional.

Para finalizar a análise do Arquivo do Império, trazemos a citação de Célia Costa (2000, p. 228):

O Arquivo Público era a face oculta e arcaica do Estado Imperial. Sua trajetória denuncia a ideologia excludente desse Estado, que vai imprimir à nova comunidade política um caráter nacional diverso. Ou seja, o Estado realizará a unidade política e administrativa do país mas o espaço nacional construído será socialmente excludente. O sentimento de pertencimento, o sentido da História, o apelo às tradições, próprios da concepção romântica de nação eram legitimadores da ação de uma nação de poucos. A grande maioria dos brasileiros continuou à margem desse processo, prolongando a experiência vivida no período colonial. O projeto nacional dos políticos e intelectuais românticos criou um Arquivo atrofiado, exclusivamente a serviço do Estado, de portas fechadas para a sociedade e o cidadão.

Nesse mesmo ano, 1838, foi criado o Instituto Histórico Geográfico Brasileiro, cuja missão consistia em escrever a História do Brasil, não de forma “científica” e “desinteressada”, mas para forjar a identidade nacional, enfatizando a origem européia e consagrando os heróis nacionais para servir de exemplos às gerações vindouras, tendo como principal ideólogo Varnhagen.

Esse autor, conforme afirma Pinsky (2004, p. 14), mostrou uma nação com a identidade já constituída, e não em processo de construção como realmente se apresentava. Ele, na verdade, não narrou a História do Brasil: criou o passado, inventou os mitos da invasão holandesa e da harmonia racial, bem como o sentimento nativista. Por esse motivo, a História oficial que é construída com apoio na obra de Varnhagen contém uma sucessão de equívocos, causados por uma análise mais ideológica do que científica dos fatos, com a explícita finalidade de forjar a nação brasileira, e que foram repetidos quase sem crítica até o presente (PINSKY, 2004, p. 12).

Como se pode facilmente perceber, na escrita da História do Brasil foi dada ênfase à matriz portuguesa, à qual se atribui o vínculo fundador da nação brasileira. Os objetos e personalidades preservados nos museus e os grandes feitos narrados pela História do Brasil são vinculados à essa civilização européia e branca que deu origem ao povo brasileiro.

Quanto aos outros povos que contribuíram para a formação do Brasil? A sua cultura e sua memória foram pejorativamente tratadas como “folclore”, e excluídas da História e dos museus. Com Mello (s.d, p. 87) pode-se afirmar que a preservação ratifica a versão oficial da História, sendo bastante restrita no tange aos aspectos morfológicos e sociais dos setores tidos como subalternos da sociedade. E mais: como destaca Pinsky (2004, p. 17), através do mito da harmonia social, os negros e os índios foram consumidos e desapareceram sob o signo da miscigenação, tomada como evidência da tolerância, da amizade e da democracia que havia entre as matrizes formadoras da sociedade brasileira, esquecendo que essa mistura muitas vezes resultou do interesse comercial e da violência eugênica, tal como se pode observar na obra de Gilberto Freyre (2001).

Na verdade, o povo brasileiro foi sucessivas vezes rejeitado pela elite governante que, embora tenha suprimido a sua importância enquanto agente da História, ainda tentava substituí-lo ou mesmo “melhorar a raça” brasileira com a imigração européia (BEOZZO, 1998). Nesse primeira fase da construção da memória nacional, em especial na obra de Varnhagen, foram utilizados os seguintes procedimentos, segundo Wehling (1999, p. 69):

- Bipolaridade e maniqueísmo, que possibilitaram a demarcação de fronteiras através de juízos simples: nacionais *versus* o inimigo, onde os primeiros são identificados com os luso-brasileiros enquanto que o inimigo é vários (franceses, holandeses, indígenas resistentes ou escravos revoltados), com a finalidade de defender a posse e a supremacia portuguesas.

- Exaltação de feitos que consolidassem o domínio português. São memoráveis os fatos ligados à expansão, colonização e à integridade territorial do Estado nascente, defendidas contra os inimigos, em favor da ordem pública.

- Eleição de lugares emblemáticos, como cenários fundamentais da identidade nacional.

- Identificação de eventos axiais, como os fatos capazes de definir a identidade nacional, por exemplo, a conquista do Maranhão e a recuperação da Bahia e de Pernambuco.

- Valorização de símbolos, não só nacionais-estatais, mas de quaisquer que contribuíssem para a afirmação da identidade. Por exemplo, Varnhagen defende a criação de cemitérios públicos, onde os túmulos pudessem suscitar emulação (WEHLING, 1999, p. 71).

- A tática do esquecimento sistemático, consistindo em minimizar a importância de determinados fatos ou mesmo não lhes fazer referência. A memória nacional, portanto, resulta de um processo seletivo do que se vai lembrar e também do que se deve esquecer.

- Finalmente, a técnica da repetição, consistindo em identificar os fatos e atitudes que refletem os valores mais profundos da nação (virtudes paradigmáticas), afirmando-os através do culto a personalidades e aos eventos selecionados.

Os valores afirmados na obra de Varnhagen foram o modo incruento de resolver conflitos, a coragem na defesa da terra, a vontade de expansão territorial, a harmonia étnica e de classes, que servem como critérios para a eleição dos fatos “históricos” (WEHLING, 1999, p. 74). Tudo aquilo que escapava a esses parâmetros era considerado patológico, isolado e, portanto, inservível para o padrão luso-brasileiro, tal como a Revolução de 1817¹¹¹.

Na primeira fase da construção da memória nacional – no período que vai da Independência até o Segundo Reinado - a sua finalidade explícita era construir a coesão social através do compartilhamento de um passado comum, que é a base do sentimento nacionalista. Na fase seguinte – a Primeira República – trata-se de buscar uma identidade brasileira autônoma, dissociada do passado colonial e com pretensão à originalidade.

Durante a Primeira República foi criado o Museu Histórico Nacional, através do Decreto 1.556, de 2/8/1922. Nessa época, a própria concepção de História determinava um culto às grandes personagens, daí a orientação dessa instituição em consagrar e celebrar os indivíduos, que faziam parte de uma elite política e econômica. Por outro lado, essas elites utilizavam-se desse tipo de instituição para preservar o seu nome, linhagem e relações sociais, imortalizando-se através da doação aos museus de coleções e objetos pessoais que, quanto

¹¹¹ O Estado de Pernambuco agora considera o 6 de março como a sua “Data Magna”, comemorando a Revolução de 1817 como feriado estadual.

mais caros, raros, antigos e preciosos, revelavam a grandeza e a generosidade dos doadores (ABREU, 1996, p. 33).

A memória preservada, então, era a imortalização de indivíduos que se transformavam em símbolos de toda a nação. Com essa constatação, percebe-se que as instituições e/ou “lugares de memória” foram construídos na época da consolidação do modelo de Estado-Nação, entre os anos de 1870 a 1914, período em que o Brasil inventou uma nação aristocrática, tipicamente européia, “civilizada e progressista”, valorizando a sua identificação com modelos estrangeiros e com a nobreza.

Por esse motivo, os museus criados nessa época são repletos de tesouros, jóias, que são o indicativo do prestígio e da riqueza da elite da época. A imagem criada por esses objetos é de um Brasil rico, a quem a lembrança paradisíaca da época do Império consegue fornecer uma origem nobre e legítima. É como afirma Regina Abreu (1996, p. 168): “o tempo passado, entendido como Antiguidade, conferia legitimidade às coisas e aos homens”.

Sob a influência do Positivismo de Comte, nessa época foram forjados outros mitos, por exemplo, a reabilitação e escolha de Tiradentes como herói nacional; o mito da origem heróica da República, bem como a criação de símbolos ao redor dos quais foi formada a nacionalidade, tais como atual bandeira brasileira e a letra do Hino Nacional, aposta a uma música pré-existente.

Na verdade a denominada República Velha foi uma fase de transição bastante contraditória na elaboração da memória nacional porque visava a superar e, até certo ponto, esquecer a influência da monarquia e dos seus atores, mas ao mesmo tempo tentava legitimar-se com base no passado que, evidentemente, incluía o período monárquico. Para ilustrar, dois exemplos dessa contradição: a própria bandeira nacional resgata elementos simbólicos da bandeira do Império (CARVALHO, 2003, p. 113) e, em segundo lugar, a concepção do Museu Histórico Nacional, cuja função era realizar um culto à saudade, revelando uma postura restauradora e conservadora do passado glorioso. É significativo o fato de que o Decreto que o criou tenha revogado o banimento da família imperial¹¹².

É nesse período, em que a nação independente pretende afirmar a sua identidade autônoma, quando são construídos os novos elementos da memória nacional: a recusa do passado colonial consistiu em uma etapa necessária para instalar a “desmemória das origens étnico-raciais”, como destaca Guimarães (2001, p.387), afastando os brancos de sua origem

¹¹² Como referido o item 4.1.1.2, também é exemplo dessa contradição a reabilitação póstuma de Sua Alteza Princesa D. Isabel através do Decreto nº 15116, de 16 de novembro de 1921.

lusitana, os índios são romantizados e os negros afastam-se do passado servil pelo embranquecimento e pela mulatice, e assim se tornam marcos mitológicos da brasilidade.

Embranquecer, mais do que mudar a cor da pele, na verdade significa comungar com valores “modernos”, através da absorção de novas idéias e comportamentos (SOUZA, 2001, p. 309-322). É com base nesses novos valores que os indivíduos vão perceber a si mesmos, porém utilizando a visão e a lente estrangeiras.

A democracia racial, ou o mito criado em torno dela, é um dos alicerces da identidade nacional a partir dos anos 30, afirmando o brasileiro como uma meta-raça. A principal manifestação dessa condição é o sincretismo brasileiro, favorecido por um suposto ambiente de tolerância cultural e racial, que se tornaria um diferencial positivo.

Embora nessa época a “democracia racial” passe a ser um produto de exportação, como uma virtude brasileira, a Primeira República assiste ao resgate e a restauração, e finalmente a prevalência, dos valores e dos bens culturais lusitanos. A idéia predominante foi a do sincretismo cultural, com a acentuada preferência pelos traços europeus, valorando como fundamental a herança portuguesa e considerando-a a “mais importante” para a formação do povo brasileiro, e pode ser exemplificada pelo seguinte trecho de Diegues Júnior (1980, p. 89), que sintetiza bem essa idéia:

Fundamental, pois, se constitui para a formação brasileira a contribuição do lusitano. Além da língua e da organização social, a religião, a arte, a vida de família, o espírito tradicionalista, enfim o ‘ethos’ do brasileiro”(...) “De base essencialmente lusitana é igualmente o folclore brasileiro: contos, adivinhas, estórias, romanceiros, danças dramáticas, mamulengos, festejos de Natal, de ano-Bom ou de Reis, e de São João, lendas, crenças, tradições, cantigas. O indígena e o negro evidentemente dosaram essa formação e às vezes contribuíram com seus ritmos, seus contos, suas músicas, suas danças; mas a parte fundamental do nosso folclore é, sem dúvida, lusitana, embora possamos hoje apresentá-lo intensamente mestiçado. Um produto não só de mestiçagem, mas igualmente de transculturação¹¹³.

Fica claro que até a Era Vargas não havia uma política da memória estruturada, mas apenas a criação de instituições isoladas como o Arquivo do Império, o Museu Nacional e o Museu Histórico Nacional, que eram destinadas à consagração e à preservação de memórias de classes sociais bastante específicas, especialmente da atuação da Administração Pública e dos homens que governavam o Brasil.

¹¹³ No mesmo sentido João de Scatimburgo (1998, p. 172) afirma que “foi Portugal a matriz da civilização brasileira”.

A primeira norma federal sobre o patrimônio cultural após a Revolução de 1930 foi o Decreto nº 22.928/33, que transformou a cidade de Ouro Preto em monumento nacional (PINTO, 1998, p. 18). Pode-se afirmar que a valorização do patrimônio cultural brasileiro, que culminou na consagração do princípio da proteção estatal na CF/34, teve os seguintes fatores determinantes, conforme Pires (1994, p. 85):

a) Econômico: na década de 30 houve o fortalecimento da indústria e do comércio no Brasil, que enfraqueceu os laços de dependência do nosso país em relação aos outros, possibilitando a valorização pela elite da identidade nacional e da Cultura que lhe servia de substrato.

b) Político: Getúlio Vargas e a Constituição Polaca, que através de um ato de força, editou o Decreto-Lei nº 25/37. Antes da Era Getúlio Vargas, o parlamento brasileiro não aprovou diversos projetos de proteção ao patrimônio cultural devido à necessária relativização do direito de propriedade, inadmissível à época.

c) Intelectual: o ambiente intelectual ressaltava a importância da identidade nacional, tendo como evento mais visível a Semana de Arte Moderna de 1922 que, na opinião de Pinheiro (1994, p.15), consistiu na primeira tentativa de resposta à necessidade de mudar o conhecimento, com a evolução da forma de pensamento, retraduzida em outra paisagem cultural, e também de mudar a forma de expressão, com a adoção de uma nova linguagem. Ao lado disso, os modernistas empreenderam uma busca pelas raízes brasileiras¹¹⁴, encontrando-as nas cidades coloniais mineiras e no seu patrimônio edificado (SIMÃO, 2006, p. 28).

Esses fatores possibilitaram a criação da primeira política oficial de defesa da memória brasileira, idealizada e executada por Gustavo Capanema, Ministro da Educação e da Saúde do Governo Getúlio Vargas, com o precioso auxílio de intelectuais do porte de Mário de Andrade, Carlos Drummond e Rodrigo de Melo Franco. Tal empreitada consistia em, basicamente, formar a alma nacional e criar instituições para a sua perpetuação, iniciando pela criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, primeira instituição pública criada para proteger monumentos em todas as regiões, que até então encontravam-se abandonados e entregues à cobiça, ao descaso, à destruição (CARDOZO, 1969, p. 51).

¹¹⁴ Mário de Andrade representou o herói brasileiro sem características definidas, por isso Macunaíma não tinha caráter, cambiando de raça e de cultura (2004, p. 13-14, 45-47). Daí afirmar, no primeiro prefácio não publicado ao livro, que “com a palavra caráter não determino apenas uma realidade moral não, em vez entendo a entidade psíquica permanente, se manifestando por tudo, nos costumes na ação exterior no sentimento na língua na História na andadura, tanto no bem como no mal. O brasileiro não tem caráter porque não possui nem civilização própria nem consciência tradicional”. A identidade de um povo, para Mário de Andrade, vem com a consciência dos séculos (aqui compreendida como memória), exatamente o que faltaria aos brasileiros.

Talvez porque date de um passado recente, a política de defesa do patrimônio no Brasil pode ser analisada em seus fundamentos, a partir das palavras de um dos seus idealizadores, Gustavo Capanema (1969, p. 41):

Urgentemente necessário era preservar os monumentos e outras obras de arte de todas as espécies, e não apenas as obras de pintura, mediante um conjunto de procedimentos que não se limitassem à capital federal, mas abrangessem o país inteiro. A idéia inicial, deste modo, se transformava num programa maior que seria organizar um serviço nacional, para a defesa do nosso extenso e valioso patrimônio artístico, então em perigo não só da danificação ou arruinamento mas ainda, em grande número de casos, de dispersão para fora do país. Como pôr mãos à obra de empreendimento tão difícil? Como transformar o pensamento que me seduzia num sistema de serviço público?

Analisando o trecho acima, podemos identificar os fundamentos da criação do SPHAN: a universalidade, que consistia no objetivo de proteger todos os bens, em todo o país; e a oficialidade, consistindo na criação de um serviço nacional sem participação popular.

O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional foi criado pela Lei nº 378/37 (art.46), com a natureza jurídica de órgão de execução vinculado ao Ministério da Educação e Saúde, classificado como serviço relativo à educação extra-escolar, juntamente com o Museu Nacional de Belas Artes, e que manteve outras entidades que hoje integram a estrutura administrativa da memória: o Museu Histórico Nacional, a Biblioteca Nacional, e a Casa de Ruy Barbosa.

A primeira fase da proteção do patrimônio cultural nacional, denominada “heróica” (1937-1967), capitaneada por Rodrigo de Melo Franco, tinha um caráter pontual. A política de preservação nessa época pode ser caracterizada como um conjunto de ações em favor de bens culturais isolados, que foram estudados, documentados, consolidados e divulgados, além de ações emergenciais para evitar principalmente o arruinamento de bens imóveis (MEC *et al.*, 1980, p.29).

O SPHAN foi o veículo da construção da identidade nacional, porém, a valorização do patrimônio edificado (igrejas, quartéis, fortes, cadeias, casarões) revela a necessidade de preservar e render homenagem as sedes do poder político, religioso, militar, da classe dominante e dos seus modos de vida (FENELON, 1992, p. 30), que são símbolos do poder constituído não necessariamente apropriados pela população.

Por outro lado, a política oficial não só deixou de contemplar as memórias de outros segmentos da sociedade, como em alguns casos perseguiu e tentou erradicar as manifestações culturais discordantes: por exemplo, no Recife, nos anos 30 e 40 houve a

proibição do funcionamento dos centros espíritas, cuja finalidade era erradicar a prática dos cultos africanos, com a destruição dos terreiros, prisão e humilhação dos praticantes e sua denominação como malandros, loucos e vagabundos (ALMEIDA, 2001, p.158).

Nessa época a política de preservação parece improvisada e empírica ou presta-se à manipulação e ao uso político da Cultura, como forma de propaganda. A criação do SPHAN visava a “abrasileirar” os brasileiros, valorizando temas, objetos e construções nacionais, para criar as raízes da identidade nacional (FENELON, 1992, p. 29).

O período Vargas utilizou-se de instrumentos ideológicos para a construção da identidade nacional, impondo uma ideologia centralizada e autoritária, legitimada por mitos como da harmonia racial e do ufanismo: a criação das festas cívicas e comemorações patrióticas, bem como a elaboração de currículos escolares adequados à pretensão da nova ordem. O Estado criou novas liturgias que buscaram seu fundamento profundo nas raízes da Cultura para popularizar a República, e legitimar-se através da adesão do povo aos ideais e aos valores, construindo a identidade nacional (COELHO *et al*, 1995, p. 102).

Um grande aliado do governo na construção artificial dessa nacionalidade foram os meios de comunicação de massa, que guardam com o Estado uma relação de simbiose, mas que nem por isso será necessariamente harmônica todo o tempo. O Estado é o grande financiador desses meios de comunicação porque é o seu principal anunciante e também pelas ações de fomento que desenvolve, especialmente através subvenções, tendo como contrapartida um importante veículo difusor de ideologias legitimadoras do seu poder, além do que as concessões de radiodifusão podem constituir-se em importante moeda de troca no mercado político nacional (SILVA, 1994, p. 217). A repetição e a veiculação sistemática de informação e valores colaboram com a construção do imaginário coletivo e da própria realidade por imagens simbólicas, forjando a verdade autoritária que contribui para o acatamento da ordem, na feliz expressão de Maria das Graças Ataíde Almeida (2001, p.164).

Por outro lado, a indústria cultural beneficia-se da relação íntima com o Estado, não só pela sua participação como ótimo cliente anunciante, e o proveito econômico que disso resulta, embora em determinados contextos históricos possa sofrer uma série de restrições políticas e ideológicas, especialmente no tocante à censura. Devido ao seu grande alcance social os meios de comunicação de massa, principalmente a televisão, poderiam exercer melhor a sua função paradidática para o povo porém, nem a indústria e nem o Estado parecem estar interessados nesse tipo de ação (MICELI, 1994, p. 59).

A política da memória do período Vargas pode ser assim sintetizada: ideologia positivista somada à propaganda, à construção de uma pedagogia externamente cívica e a

criação de um aparato administrativo (“serviço”) de preservação com caráter nacional, com finalidade explicitamente identitária e doutrinária. Embora nesse contexto, o SPHAN gozou de certa autonomia, mantendo-se à distância da exortação cívica que caracterizava a atuação do Ministério da Educação e Saúde, menos por uma concepção institucional e mais pelo pouco interesse político nele (FONSECA, 2005, p. 98,122).

O grande instrumento para a construção da unidade nacional pretendida por Vargas foi a educação, primeiro porque visava a formar o corpo de eleitores, que nessa época precisavam ser alfabetizados, além de utilizar o espaço da escola para complementar a educação monoidentitária pelas festas cívicas: era a educação “Moral e Cívica”, realizada através do culto aos símbolos nacionais, como a Bandeira e o Hino, com os quais esperava-se obter respeito e lealdade imediatas (BITTENCOURT, 2004, p. 48).

A memória do brasileiro que teve o quase privilégio de receber a educação formal foi construída com o misto de mitos construídos que, diga-se, são repetidos até hoje, somados à propaganda de valores “nacionais” e também a censura, como forma de manutenção desses valores. Aqueles que não tiveram a oportunidade de frequentar os bancos escolares tiveram a sua memória preenchida pelos meios de comunicação de massa, com uma orientação básica de entretenimento, já que outros meios como o cinema e o teatro são muito caros para a maioria da população. Tal circunstância leva Paulo Miceli (2004, p.33) a afirmar, com toda razão, que “pode-se dizer que a cultura histórica do brasileiro - também ela - é bastante reduzida, estando representada por alguns nomes, datas e fatos vagos, que, sem qualquer prejuízo, vão sendo esquecidos pela vida afora”.

O governo Vargas, talvez pela sua duração, conseguiu plantar a semente de uma política que, por definição, deve ser de longo prazo. A sua política de monoidentificação cultural, que é a tônica do moderno Estado Nacional, foi realizada através de políticas públicas permanentes nas áreas da Educação, Ciência e Artes, entre outros, caracteristicamente pró-governos, sendo devidamente conformadas e saneadas através do efficientíssimo mecanismo da censura.

Nessa época do Estado Novo, foi criado do Departamento de Imprensa e Propaganda, cuja competência era de fiscalizar e censurar os meios de comunicação, além de promover a cultura cívica e homenagear os Chefes do Estado Novo. Seu papel foi fundamental na modelagem da cultura política do Estado Novo, e contava com os seguintes setores: divulgação, radiodifusão, cinema, teatro, turismo, imprensa e serviços gerais, sendo posteriormente substituídos pelo Departamento Nacional de Informações, em 1945,

(MONTEIRO, 2001, p. 98). Desde essa época ficou evidente o papel da manipulação dos meios de comunicação para a formação da memória nacional.

No fim dos anos cinquenta e início dos anos 60 a visão da História oficial começou a se modificar, com as reformas de base. Porém o golpe militar inibiu o processo de crítica, sendo mantidas as versões construídas no tempo do Império.

Na crise que precedeu o golpe de Estado de 1964, novamente surge o apelo ideológico para a construção da Pátria, em cujo nome os cidadãos deveriam fazer todo e qualquer sacrifício. Nesse contexto, a forma implantada pelo governo Vargas de construir e proteger a memória nacional é marcadamente utilitária e autoritária e tal modelo, como não poderia deixar de ser, foi adotado e implementado na época da Ditadura militar instaurada após o Golpe de Estado de 1964.

Além de todos os mecanismos de manipulação já citados no item 3.1, destaca-se a criação de *slogans*, palavras de ordem e imagens do chamado “Brasil Grande”, forjando um imaginário através da propaganda para a consolidar a idéia de um futuro promissor, corroborada no Esporte pelo sucesso da seleção brasileira de futebol na Copa de 1970. (GONZALEZ, 2005).

Quanto à criação do imaginário pela propaganda, vale a pena destacar a importância do Instituto IPÊS, concebido em 1961 e fundado em 2 de fevereiro de 1962, cuja finalidade estatutária era proporcionar a educação moral e cívica dos cidadãos. Essa instituição produziu documentos, filmes, seminários e exposições culturais com o objetivo de angariar a simpatia popular para o futuro golpe de Estado de 1964 (ASSIS, 2001, p. 22).

Em análise do seu estatuto social, afirma Assis (2001, p. 22) que uma simples associação sem fins lucrativos não poderia almejar aos objetivos estatutários do IPÊS, tais como “preservar a unidade nacional mediante a integração das regiões menos desenvolvidas” e “assegurar uma melhor distribuição da renda nacional”, entre outros. É evidente a sua intenção de fundar um governo paralelo e fornecer quadros para órgãos e autarquias do governo: efetivamente, muitos dos seus membros vieram a ocupar importantes cargos da Administração Pública, inclusive o general João Batista Figueiredo, um dos seus fundadores, tornou-se Presidente da República.

Nessa época diversos meios de comunicação engajaram-se na proposta de moldar a opinião pública, tendo como público alvo das suas mensagens principalmente os analfabetos e as mulheres. A idéia repassada era que para criar o “Brasil Grande” bastava coibir a baderna, ou seja, as reivindicações salariais, protestos, organização da classe estudantil, o que pode perceber do próprio título dos filmes produzidos pelo IPÊS, tais como: “Deixem o

estudante estudar”, “O Brasil precisa de você”, “Que é a democracia”, que eram exibidos em Igrejas, clubes, praças e escolas (LOUZEIRO, 2001, p. 38-43).

A própria maneira como se denominou o Golpe de Estado de 1964 foi modo de minar a memória nacional: ora Revolução, que pressupunha uma inexistente adesão massiva da população, ora Contra-Revolução, considerando que os militares frustraram uma suposta revolução comunista que estava em curso no Brasil.

Além daqueles, a censura foi um poderoso instrumento de manutenção do *status quo ante*, e pode ser exercida explicitamente, quando o controle incide sobre o conteúdo das manifestações; ou implicitamente quando, por meios indiretos, as manifestações forem dificultadas ou inviabilizadas, como ocorre quando há um controle sobre o papel ou o uso da publicidade oficial para enriquecer os aliados e arruinar os adversários políticos (CALLADO, 206, p.29), prejudicando ou inviabilizando a liberdade de expressão e criação, e pervertendo as noções de verdade e honestidade.

No Brasil, entretanto, a censura é encarada de forma até simplória, como apenas mais uma manifestação da ignorância da Ditadura. O anedotário político é repleto de histórias sobre a inépcia e falta de agudeza dos censores, das inusitadas proibições e da folclórica ignorância dos militares, fazendo com que não tenha sido levada a sério como deveria, resumindo-a a uma perigosa e equívoca forma de pirraça estatal.

Em relação à memória coletiva, a censura pode impedir o registro de eventos e manifestações, que sequer passam a integrar o acervo cultural. Quando a censura é exercida previamente é a própria memória que não chega a se formar, realizando-se uma interdição política da produção de significados (PÊCHEUX, 1999, 63-65). Ao lado dessa, mais explícita, existe uma outra forma de censura que aparece sob a forma da interdição ou acesso restrito aos documentos históricos que igualmente prejudica a formação da memória coletiva.

A Cultura foi utilizada como instrumento para facilitar a aceitação do golpe de Estado e os militares, que já se haviam utilizado dela, sabiam do seu potencial subversivo, daí porque adotar a censura como instrumento conservativo do poder simbólico.

O período da ditadura militar no Brasil é especialmente rico quando se trata de analisar a deturpação da memória nacional, aliás, como sempre ocorre em regimes autoritários. Para ilustrar a deformação de fatos e registros, tomem-se dois eventos: primeiro, o próprio Golpe de Estado de 1964, que foi denominado de “Revolução de 31 de março de 1964”, e para alguns mais fundamentalistas a “Contra-Revolução de 1964”. A classificação desse fato como “Golpe de Estado”, “Revolução” ou “Contra-Revolução” não é um mero preciosismo ideológico: ao contrário é a medida de sua legitimidade política.

O segundo fato é que a versão oficial para os presos desaparecidos durante a Ditadura Militar, inclusive abrangendo período anterior ao golpe de Estado de 1964, foi sucessivamente desmentida através da legislação específica e em 2007 pelo Relatório da Comissão dos Mortos e Desaparecidos políticos anteriormente analisados, tendo um dos principais marcos o homicídio do jornalista Vladimir Herzog, oficialmente classificado como suicídio (MIRANDA, 2005, p.27-32).

Na década de 60 é possível identificar a segunda fase da política nacional de preservação, tendo Renato Soeiro à frente da gestão do IPHAN (1967-1979), cujas características mais marcantes são, do ponto de vista organizacional a transformação da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional no Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), sendo-lhe assegurada a autonomia administrativa e financeira, nos termos do artigo 14 do Decreto nº 66.967/70; e do ponto de vista da concepção, a proteção de conjuntos, visando à compatibilização do desenvolvimento econômico com a preservação (MEC *et al.*, 1980, p.32). Essa mudança de abordagem deveu-se à aparente incompatibilidade entre o modelo de desenvolvimento vigente (industrialização, urbanização e interiorização) com a necessária permanência dos bens, ameaçados pela celeridade e precipitação das mudanças (FONSECA, 2005, p.141).

Até o fim da década de 70 não houve grande mudança na concepção de patrimônio cultural, razão pela qual a política de preservação federal manteve o seu caráter unitário e globalizador, para servir de referência à sociedade nacional, com respaldo institucional assentado exclusivamente em órgãos estatais. Nesse período, surge o ímpeto de “democratizar” a Cultura que, como bem destaca Cohn (1987, p. 7), significava promover a integração nacional pela difusão de uma produção cultural unitária. O objetivo desta democratização era evidentemente quantitativo e significava expandir o número de cidadãos beneficiados pela política cultural estatal, que se encontrava subordinada à política social.

Quando, em 1979, Aluísio Magalhães assumiu a presidência do IPHAN, houve uma modificação no próprio conceito de bem cultural a ser preservado: enfatizou o modo de ser, a vivência de determinadas parcelas da sociedade, a diversidade e a busca da reinserção dos bens preservados no contexto sócio-econômico e cultural das comunidades (MEC; SPHAN, 1980p. 43). Tal mudança de enfoque relativizou o caráter unificador da herança comum, permitindo a proteção de múltiplas memórias, com ênfase nos bens imateriais continuamente ressignificados pela prática e pelo uso (MARIANI, 1999, p. 170).

Essa nova concepção trouxe consequências importantes para a formulação das novas políticas de preservação, permitindo o tombamento de outros passados, especialmente

dos imigrantes, tais como a Casa Presser (RS) e o Casarão do Chá (SP), heranças alemã e japonesa, respectivamente; e mudou o próprio conceito de “bem patrimoniável”, já que os valores da imutabilidade e perenidade, típicos de bens imóveis, passam a coexistir com a idéia de atualização e ressignificação própria dos bens imateriais; a diversidade, a dissonância e o pluralismo passam a ser considerados positivos (MARIANI, 1999, p. 171).

Todas essas novas premissas implicaram a reformulação da missão dos órgãos de preservação. Se antes a sua função era designar e construir um passado comum como base da monoidentificação nacional; a partir do final da década de 70 passa a preservar a pluralidade cultural da sociedade. Em novembro de 1979 o IPHAN foi transformado em Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, através do Decreto nº 84.198, órgão do Ministério da Educação e Cultura.

Em dezembro de 1979, a Fundação Nacional Pró-Memória teve a sua instituição autorizada pela Lei 6.757, constituindo-se sob a forma de pessoa jurídica de direito privado de utilidade pública, destinada a contribuir para o inventário, a classificação, a conservação, a proteção, a restauração e a revitalização dos bens de valor cultural e natural existentes no território nacional, vinculando-se ao Ministério da Educação.

A referida Lei passou ao domínio da Fundação Nacional Pró-Memória¹¹⁵ os bens móveis e imóveis da União que estavam em uso ou sob a guarda de responsabilidade do extinto Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, bem como os seus bens tombados, atuais e futuros, móveis e imóveis. Tal transformação institucional visava facilitar a captação e utilização de recursos. Daí o desdobramento funcional em SPHAN, como órgão da Administração Direta, dotado de poder de polícia e foro privilegiado; e a Fundação Pró-Memória, com liberdade quanto aos recursos na parte operacional, conforme entrevista concedida por Irapoan Cavalcanti de Lyra (MEC; SPHAN; PRÓ-MEMÓRIA, 1980, p. 187-188).

Apesar da natureza de ente privado, nos termos do artigo 9º da Lei nº 6.757/79, os seus recursos financeiros da Fundação seriam provenientes de dotação orçamentária consignada anualmente no Orçamento Geral da União; de auxílios e subvenções da União, Estados e Municípios ou de quaisquer entidades públicas ou privadas nacionais, estrangeiras

¹¹⁵ O Estatuto da Fundação Nacional Pró-Memória foi aprovado pelo Decreto nº 84.396, de 16 de janeiro de 1980.

ou internacionais; de taxas e emolumentos fixados pelo Conselho Curador, com observância da legislação específica, entre outras fontes próprias¹¹⁶.

Na década de 80, a Cultura passou a ser associada também a aspectos econômicos, especialmente sob o ponto de vista do desenvolvimento e à qualidade de vida, na gestão de Celso Furtado à frente do Ministério da Cultura. Essa visão econômica da Cultura culminou na edição da Lei Sarney, que foi bastante criticada pela lógica da oferta/demanda por recursos, que poderia significar elitismo e/ou dirigismo, além de viabilizar a consolidação da indústria cultural no Brasil (COHN, 1987, p. 9).

A preservação do patrimônio cultural do Brasil, bem como da sua memória, não sofreu grandes alterações conceituais desde a época de Getúlio Vargas até a edição da CF/88, que sem qualquer dúvida, rompeu com o paradigma anterior trazendo grandes novidades, das quais podem citar-se a inserção do patrimônio imaterial e a mudança dos critérios de reconhecimento do patrimônio cultural, que são fundamentais para o tema ora tratado.

A redemocratização deixou transparecer uma séria crise na identidade nacional, que pode ser aferida pelo ressurgimento de movimentos separatistas, movimentos racistas (incluindo no preconceito as origens regionais, além das raciais) e a grande emigração de brasileiros para a Itália e o Japão, à busca de dupla nacionalidade fundada em parentescos distantes, às vezes por duas, três ou quatro gerações (GUIMARÃES, 2001, p. 411).

Portanto, a formação da memória coletiva constitui-se e continua a ser modificada por processos de desenraizamentos, tais como migrações, guerras e escravidão, e mudanças sociais que influenciam e demandam a reelaboração de identidades coletivas. No Estado-Nação esse processo, por sua amplitude, atinge amplas camadas da população, que são desenraizadas (DOMINGUES, 2000, p. 49). Também é preciso destacar que não é a veracidade, mas o binômio confirmação/coerência que articula e dá estabilidade às identidades (NASCIMENTO; MENANDRO, 2007).

Nesse contexto, no qual se deve sempre considerar o fenômeno da globalização, o modelo de monoidentificação perdeu sua funcionalidade, como espelho da crise dos próprios Estados Nacionais, que hoje enfrentam processos de fragmentação econômica e desnacionalização (REZK, 2004, p. 109).

As memórias individual e a coletiva, como bem destaca Le Goff (2000, p.38), constroem-se com atenção e intenção. Entretanto, a política de construção da memória

¹¹⁶ Nessa época, a Câmara dos Deputados constituiu uma Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a “investigar a situação do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e avaliar a política do Governo Federal para sua defesa e conservação”, através da Resolução nº 11, de 14 maio de 1980. Não foi possível obter a confirmação do resultado dessa CPI (se houve).

coletiva hoje disponibilizada é no mínimo insuficiente pois deixa de lado as trajetórias de grupos formadores da sociedade brasileira¹¹⁷, preserva bens que não são necessariamente representativos da sua identidade, e resulta de uma complexa combinação de fatos, versões, esquecimento proposital, conciliações, silêncios, rememorações e comemorações.

7.2 A Política da preservação da memória no Brasil

A política pública é uma forma de gerenciamento, sendo definida como o processo através do qual há o reconhecimento de problemas, a interpretação de objetivos e sua transformação em ação, através do planejamento, organização, direção e controle de atividades que visam à alocação eficiente dos recursos disponíveis, dentro de um cronograma determinado, com o máximo de eficiência e o mínimo de custos possível (KAWASNICKA, 1995, p. 17).

Pode ser concebida em sentido amplo ou restrito, segundo a possibilidade ou não de abrigar atores sociais outros além do Estado e seus agentes. Então, em sentido amplo pode ser considerada o conjunto de medidas administrativas adotadas para resolver problemas sociais e/ou gerenciar bens e interesses coletivos, com participação ativa da sociedade; em sentido restrito, onde o “público” é sinônimo de “estatal”, define-se como medidas administrativas concebidas, planejadas e executadas pelos entes e órgãos estatais.

Conforme visto acima, a política pública da memória envolve a sua construção, a manutenção e transmissão e, historicamente, tem expressado três finalidades que orientam a sua condução, conforme destaca Bo (2003, p. 23-27): sacralizar determinados bens, trazendo a veneração como fundamento da preservação; preservar os símbolos do poder de determinada classe social e/ou construir uma identidade cultural interna (por similaridade entre os membros do grupo social) e externa, por diferenciação.

Nesse item pretende-se verificar qual a estrutura administrativa criada para preservá-la, considerando que qualquer política democrática para a memória, cuja diretriz seja a ampla acessibilidade dos cidadãos ao patrimônio cultural, deve ser realizada em três etapas: o *conhecimento* dos bens culturais, através de inventários (geral e particular) e catalogação; *conservação*, consistindo em intervenções para manter a sua integridade, tanto no plano

¹¹⁷ Um exemplo interessante é a história da Shindo Renmei, relatada por Fernando Morais (2000), um movimento político surgido no seio da comunidade de imigrantes japoneses, que também integra a memória da 2ª Guerra no Brasil e, no entanto, sequer é referida nos manuais de História do Brasil.

normativo, com a criação de legislação protetiva atualizada, como também pela realização de obras de reabilitação e, por último, pela *difusão* dos bens culturais, propiciando o desfrute pela sociedade (GARCÍA, 2003).

É evidente que a tarefa acima proposta não é simples. Por este motivo, essas ações devem ser elaboradas no contexto de uma política pública ampla que, conforme a CF/88, é da competência comum dos três entes federativos. Hoje, no Brasil, percebe-se que a conservação do patrimônio cultural é feita através de ações isoladas e sem a desejável cooperação dos entes públicos, o que leva à conseqüente ineficiência e antieconomicidade das estratégias até então adotadas. É como sintetiza Melo (2004, p. 45):

Para romper com a atual matriz que orienta o planejamento e a gestão cultural, um bom começo é colocar o óbvio em prática: o governo federal agir nacionalmente, deixando de gerir equipamento e realizar programas tipicamente estaduais e até municipais; o governo estadual atuar estadualmente, rompendo com a atuação predominante na capital, como se fosse uma segunda prefeitura; à prefeitura ser literalmente municipal, chegando aos distritos e aos subúrbios, e não se restringindo aos equipamentos e programas situados no centro.

Para realizar tal empreitada é preciso observar quatro itens básicos: o primeiro é a construção de um *sistema administrativo* (ou organização), baseado na distribuição de competências; o *planejamento das intervenções*, compreendendo o diagnóstico, a fixação de diretrizes, programas e metas, com um caráter prospectivo; a criação de um *sistema de financiamento* capaz de garantir sua viabilidade econômica a longo prazo e, finalmente, os *instrumentos para a execução* desses programas, diretamente ou por terceiros e, neste último caso, os modos de delegação admitidos (BOURLON; BERTHON, 1997, p. 202).

No Brasil, as políticas públicas para a memória foram concebidas e efetivadas no bojo das políticas culturais o que, por si só, já traz três dificuldades: a primeira, questiona-se a própria legitimidade do Estado para agir nesta seara, que ora se apresenta com poder da censura e com o dirigismo exacerbado, ora é reconhecida a sua importância como facilitador do acesso aos bens culturais (LIMA, 1987, p. 19); depois, a Cultura aqui sempre foi tratada como resíduo de outras políticas específicas (SANTOS, 1998, p. 49), o que acarreta a crônica deficiência de recursos públicos; e em terceiro lugar, o foco das políticas culturais tem sido as reivindicações de segmentos da produção artístico culturais, que não necessariamente refletem as necessidades culturais da população (MELO, 2004, p. 44).

Além disso, é preciso definir o objeto dessa política estatal para a Cultura, e conseqüentemente da memória que resulta do enraizamento dos bens culturais, não só porque

esses estão sempre associados às relações de poder dentro da sociedade (SANTOS 1998, p. 81), mas principalmente porque é preciso permitir a escolha democrática dos bens culturais que serão preservados, produzidos e difundidos, sem a dependência cultural em face das matrizes estrangeiras, denominada “torcicolo cultural” por Lima (1987, p. 19), tão perigosa para a identidade em tempos de globalização.

Uma vez assumidos os valores e os bens culturais alheios, são perdidos os próprios referenciais culturais e a consequência é compreender o mundo e agir conforme as representações simbólicas dos outros (LEMOS, 2000, p.70). O modelo de identificação produzido pela política cultural, então, levará a assunção de comportamentos, sentimentos e perspectivas do colonizador, ainda que de maneira mais sutil do que ocorreu outrora.

7.2.1 Sistema administrativo

É a estrutura criada para desenvolver a atividade gerencial, na qual estão dispostos agentes, tarefas e patrimônio, segundo uma distribuição prévia de competências. Tanto a União, quanto os Estados e Municípios brasileiros dispõem de órgãos administrativos voltados à proteção e à promoção do patrimônio cultural (Ministério da Cultura, Secretaria Estadual de Cultura-PE e Secretaria Municipal de Cultura), além de constar com entidades da Administração Indireta, sob a forma de fundações ou autarquias, com funções especializadas, das quais podemos citar o IPHAN, o Museu Nacional, a FUNDARPE, entre outros.

Além da estrutura tradicional de órgãos administrativos, uma política pública para a memória exige a criação de órgãos e locais especializados para a produção, depósito, preservação e crítica de bens culturais, tais como arquivos, museus, bibliotecas, conservatórios, Universidades e escolas, e cemitérios, entre outros.

A primeira observação a ser feita quanto à concepção da estrutura administrativa é que a atuação do governo não deve ser apenas de guarda (porque isso descontextualiza os objetos) nem de apropriação de acervos em repositórios, mas de dar sustentação às atividades produtivas sem interferir em sua dinâmica, democratizando o acesso aos instrumentos e técnicas de preservação (SILVA, 1992, p. 20). A preservação deve ir além do mero acúmulo pois museus e bibliotecas são limitados, tanto em recursos quanto em espaço físico, e não acompanham a memória, que acontece todos os dias e não pode ser confinada.

a) *Entidades da Administração Pública Direta e Indireta*, considerando que a preservação e a promoção da memória integram as atribuições legislativas e administrativas

da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, como foi visto no item 4.1.4, e são exercidas através de órgãos e entidades descentralizadas.

O Ministério da Cultura é o órgão de cúpula (Administração Direta) da política federal de preservação, ao qual incumbe planejar e elaborar ações de fomento à produção e realizar a distribuição de bens culturais aos cidadãos (OEI, 2006). É departamentalizado tematicamente, contando com a Secretaria de Políticas Culturais, Secretaria de Programas e Projetos Culturais, Secretaria do Audiovisual (à qual vinculam-se a Cinemateca Brasileira e o Centro Técnico de Atividades Audiovisuais), Secretaria da Identidade e da Diversidade Cultural, Secretaria de Articulação Institucional, Secretaria de Incentivo e Fomento à Cultura, com competências fixadas pelo Decreto nº 5.711/06, e órgãos colegiados.

Vinculadas ao Ministério da Cultura, existem entidades integrantes da Administração Indireta, constituídas sob a forma de autarquias ou fundações, tais como o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), a Agência Nacional do Cinema (ANCINE), a Fundação Cultural Palmares (FCP)¹¹⁸, a Fundação Nacional de Artes (FUNARTE), o Arquivo Nacional, já referido no item 8.1. Além dessas, três instituições públicas merecem destaque por sua importância conservativa da memória:

A Fundação Biblioteca Nacional – BN, cujo regimento foi aprovado pelo Decreto nº 16.167/44, tem como finalidades manter e conservar o repertório completo das publicações nacionais, as coleções de manuscritos, cartas geográficas e estampas e coleções selecionadas de obras estrangeiras, além de promover a divulgação do patrimônio bibliográfico nacional no Brasil e no Exterior.

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN¹¹⁹, autarquia federal criada para gerir os bens móveis e imóveis tombados e bens imateriais registrados. Como já referido anteriormente, a sua função é identificar, conservar, restaurar, preservar, revitalizar e fiscalizar os bens do patrimônio cultural brasileiro, congregando ainda o Museu Histórico Nacional e o Museu Imperial, além de outros órgãos.

A Fundação Casa de Rui Barbosa (FCRB), primeiramente denominada “Casa de Ruy Barbosa”¹²⁰, é um museu-biblioteca criado pelo Decreto nº 5.429/1928 para homenageá-

¹¹⁸ Criada pela Lei nº 7668/88 com finalidade de reforçar da cidadania, a identidade, a ação e a memória dos segmentos étnicos dos grupos formadores da sociedade brasileira.

¹¹⁹ Antes denominado Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, foi transformado pela Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990 no Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural - IBPC, cuja denominação foi alterada para Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN pela Medida Provisória nº 752, de 6 de dezembro de 1994, convalidada definitivamente pela Lei nº 9.649, de 28 de maio de 1998.

¹²⁰ Foi mantida pela Lei nº 378/37, que em seu artigo 45 dispunha: “A Casa de Ruy Barbosa se mantém com o *objectivo de cultivar a memoria de Ruy Barbosa*, velando pela sua bibliotheca e todos os objectos que lhe pertenceram, e promovendo a publicação de seu archivo e de suas obras completas”.

lo, que basicamente tem a função de pesquisar e divulgar a sua obra, bem como cultural anualmente, de forma adequada, o 5 de novembro como o “Dia de Ruy Barbosa”. Transformada em fundação federal através da Lei nº 4.943/66, essa instituição tem a função *cultuar-lhe a memória*, não obstante desenvolva atividades mais amplas de promoção, conservação e difusão de bens culturais.

Além das entidades da Administração Pública Direta e Indireta, podem ser citados como exemplos de instituições integrantes do sistema administrativo de preservação:

b) *Museus públicos e privados*, definidos pelo Conselho Internacional de Museus (ICOM, 2007) como a instituição permanentes, e sem fins lucrativos, de interesse social, responsável pela conservação, identificação e difusão do patrimônio material e imaterial, para fins de aprendizado.

A nova definição permitiu a inclusão de diversas instituições no conceito de “museu”, por exemplo, os sítios e monumentos naturais, arqueológicos e etnográficos, jardins zoológicos, jardins botânicos, aquários e viveiros, planetários, galerias de exposição não comerciais, parques naturais, centros culturais, entre outras, ampliando consideravelmente as formas admissíveis de preservação museológica da memória.

A concepção anterior configurava o museu como local de guarda e preservação *ex situ*, dotado de infra-estrutura e segurança adequadas. Com o antigo conceito, mais formal, ou com essa nova perspectiva, percebe-se a Administração Pública dispõe de diversos museus e instituições assemelhadas para abrigar e conservar bens culturais, mas principalmente para produzir e difundir conhecimento, pesquisa e conservação/restauração de bens.

Portanto, a verdadeira importância de um museu não reside na qualidade ou quantidade das peças ou preciosidades que abriga, mas no poder de educação, na qualidade da pesquisa e manutenção das peças, que elevam o nível de confiança pública na instituição e os transforma em um verdadeiro arquiteto da identidade cultural (ICOM, 2006, p. 9).

Não se pode esquecer, entretanto, que o acervo de um museu é constituído com base em critérios de apreciação sobre legados específicos. Os primeiros museus – como são entendidos contemporaneamente – surgiram no século XVII a partir de coleções privadas, cujo acervo foi formado com base no gosto pessoal do colecionador, em geral atentando para o valor econômico, a raridade, o exotismo, a curiosidade que o bem cultural proporcionava (KERRIOU, 1992, p. 91). A característica era a preservação *ex situ*, deslocando e descontextualizando os bens culturais, além modificar até o seu significado e utilidade.

Preservava-se então a identidade do colecionador, situação profundamente modificada com o reconhecimento do interesse público e a universalização do acesso, o que

tem proporcionado a sua expansão através do compartilhamento dos acervos, através de exposições itinerantes ou empréstimo de bens, ou pela abertura de “franquias”, tal como fará o Museu do Louvre em Abu Dhabi (UNESCO, 2007-a).

Atualmente os museus travam um grande debate¹²¹ sobre a sua missão e o destino dos seus acervos, considerando a necessidade de reconciliar a proposta de disseminação universal das culturas com a memória específica das nações e comunidades que produziram os bens culturais. De um lado, os museus destacam a segurança e a preservação dos bens, além da ampla acessibilidade que proporcionam; de outro lado, as populações despossuídas reclamam a restituição dos objetos como símbolo de reparação moral, com a finalidade de reconstituir a memória coletiva, construir identidades nacionais e prover as representações coletivas de sua herança cultural (UNESCO, 2007-b).

É importante salientar que os museus e museólogos estão submetidos ao Código de Ética do ICOM (2006), que embora não seja uma norma jurídica, estabelece um conjunto de boas práticas a serem observadas, especialmente quanto à responsabilidade das instituições pela proteção e promoção dos bens, traduzida na obrigação de contar com recursos físicos, financeiros e humanos suficientes, e no dever de conservar os bens em favor do desenvolvimento da sociedade, do que ressalta o interesse público.

Ainda conforme o Código de Ética os museus se obrigam a ter um marco ou foco institucional claro, que orientará a sua política de aquisição de bens, os quais devem sempre ter a sua origem comprovada, conforme o princípio deontológico da aquisição responsável, e zelar pela completa identificação do bem (ICOM, 2006, p. 5).

A criação de museus nacionais, especialmente nos Estados que sofreram longos processos de colonização, vem ao encontro da necessidade de fundar identidades nacionais pois, como já afirmado, os bens culturais são símbolos e elementos de identificação coletiva, e veiculam a memória. A questão é o que se incluiu e o que se exclui em um museu pois, como constata Kerriou (1992, p.91) os excluídos da visitação e da preservação são os mesmos excluídos da sociedade como um todo.

Os museus brasileiros contam atualmente com uma política específica, cujas finalidades principais são realizar um cadastro nacional de instituições, formar e capacitar recursos humanos em Museologia e modernizar a infra-estrutura em geral, contando com

¹²¹ O debate público “Memory and Universality: new challenges facing museums” ocorreu em 5 de fevereiro de 2007, sob os auspícios da UNESCO, contando com a participação de alguns dos maiores museus do mundo, e de representantes de instituições que pleiteiam o retorno e a restituição de bens culturais aos locais de origem.

financiamento do Fundo Nacional de Cultura, orçamento próprio e da Lei do Incentivo à Cultura (MINISTÉRIO DA CULTURA, 2003, p.8).

c) *Universidades*: centros multidisciplinares de produção e transmissão do conhecimento e da memória (ALMEIDA, 1967, p. 15), especialmente do saber científico, que é um dos elementos componentes do patrimônio cultural brasileiro.

Embora as Universidades Federais sejam públicas, portanto pertencentes ao domínio estatal, em uma democracia o conhecimento lá produzido não deve ser encarado como uma versão oficial dos fatos, não só pelo espírito crítico que deve orientar a pesquisa científica no âmbito dessas instituições que, ademais gozam de autonomia constitucionalmente garantida, mas também dada a sua função de educar os indivíduos para pensar de modo claro, seguro e pessoal, como destaca Gramsci (1978, p. 145), sendo também um fator de produção da identidade cultural.

A maior contribuição das Universidades, talvez, seja a possibilidade de construir um conhecimento crítico da realidade: não é à toa que nos períodos ditatoriais são as primeiras instituições a sofrer com a censura e o com descrédito. É preciso, então, reconhecer a sua importância na construção da memória nacional, evidentemente reformulando a sua concepção e forma de financiamento, para que sejam realmente autônomas como determina o artigo 209 da CF/88, além de criar meios para que o conhecimento nela produzido transborde os limites da comunidade acadêmica e realmente transforme a vida das comunidades em geral.

d) *Cemitérios*, que em si são uma das mais antigas manifestações culturais da Humanidade, datando do período neolítico, onde desenvolvem-se alguns dos mais importantes ritos de passagem dos mortos, por exemplo, o velório, as exéquias, luto público, as condolências e o sepultamento (THOMAS, 1996, p. 9).

O ato de sepultar, em geral, representa uma forma de dignificar¹²² e organizar o futuro do morto, permitindo a sua sobrevivência memorial. Negocia-se a corrupção do corpo, que pode ser culturalmente compreendida de quatro maneiras, a determinar a espécie de cemitério a ser produzido: a corrupção acelerada é aquela em que se pretende o desfazimento rápido do cadáver, deixando-o ao céu aberto e à ação de animais; a corrupção consentida mas ocultada é aquela em que o cadáver está sujeito às intempéries, porém escondido, dentro da

¹²² *A contrario sensu*, não sepultar pode ser uma forma de punição ou vingança: os restos mortais de Lampião, Maria Bonita, e outros cangaceiros foram exibidos como troféus e permaneceram insepultos (VAINSENER, 2007). Depois ficaram expostos no Museu Nina Rodrigues, por mais de três décadas, sob o argumento de que serviriam à pesquisa científica. Só após os persistentes esforços dos familiares, os restos mortais foram finalmente enterrados em 1969.

água ou acima das árvores, por exemplo; a inumação, em que o corpo é enterrado e desintegra-se sem ser visto; e a corrupção proibida, quando se impõe o uso de técnicas de preservação para conservar (defumar, dessecar ou embalsamar) ou destruir sem corrupção, como ocorre na cremação ou ingestão de partes ou cinzas dos cadáveres pelos parentes (THOMAS, 1996, p. 9).

No Brasil predomina a inumação, adotada com fins sanitários, havendo uma tendência atual da instalação de crematórios, não por razões religiosas mas de otimização do espaço e por necessidades de higiene. Em razão das exigências da vida moderna, nas grandes cidades os ritos fúnebres tornaram-se cada vez mais rápidos e menos carregados de simbolismo, o que evidentemente contribui para um exercício cada vez menor da memória.

Antes do Decreto nº. 789, de 27 de setembro de 1890, que os secularizou, havia no Brasil cemitérios particulares e religiosos, que pertenciam a irmandades, confrarias, ordens e congregações religiosas, e também aqueles pertencentes a hospitais. Depois dessa norma foi criado o poder de polícia municipal sobre aqueles existentes, bem como servidões administrativas enquanto não fossem criados os cemitérios municipais.

Os cemitérios são espaços públicos importantes para a política de preservação da memória, não só porque guardam a dos mortos, mas também porque são um testemunho dos ritos funerários do passado, além de conterem muitas obras de arte tumular e arquitetônicas, tais como mosaicos, a epigrafia, túmulos de pessoas famosas, estatuária, que fazem deles verdadeiros museus e galerias de arte a céu aberto, inclusive com potencial de visitação turística, como hoje ocorre com o Père-Lachaise de Paris e o Cemitério da Recoleta, em Buenos Aires (ALBERTIM, 2007, 1-2).

O reconhecimento de sua dimensão histórica e artística autoriza a considerá-los como monumentos nacionais, tal como ocorreu com o Cemitério do Batalhão, no Piauí, alçado à condição de monumento nacional através do Decreto nº 99.058, de 7 de março de 1990, tombado pelo SPHAN¹²³ em 1938.

Além disso, em algumas culturas, o rito fúnebre serve de vetor da coesão social porque mostra a continuidade do grupo a despeito do desaparecimento dos indivíduos, que inclusive continuam a integrar o corpo social na condição de antepassados, honrados através de eventos específicos (BAYARD, 1996, p.16). O dia de finados, conforme Le Goff (2000, p. 32), foi criado no século XI para celebrar a memória dos falecidos, com pesar ou festa, tal como ocorre no México.

¹²³ Livro das Belas-Artes, vol. 1, fl. 040, inscrição nº 232 em 30/11/1938 e no Livro Histórico, vol. 1, fl. 20, inscrição nº 113 na mesma data (CEMITÉRIO DO BATALHÃO, 2005).

É evidente que enquanto forem considerados apenas como depósitos de restos mortais, meros aterros sanitários, as municipalidades continuarão a tratá-los com descaso. Se, ao contrário, for reconhecida a sua dimensão histórica e artística, podem ser utilizados de maneira economicamente sustentável, por exemplo, em roteiros turísticos, além de manterem a sua função de veneração da memória dos mortos.

e) Arquivos públicos em geral: conjunto organizado de documentos, resultantes da acumulação natural e inevitável, que não possui critérios apriorísticos, com a finalidade de guarda e documentação ou, ainda, a denominação dada à própria instituição destinada à atividade de custódia (HERRERA, 1992, p. 116). A conservação depende de uma tipologia documental, que é realizada pela Diplomática.

O bom funcionamento do sistema administrativo citado depende da integração entre os entes federativos, que agem de forma geralmente desconcatenada, e também do envolvimento da comunidade, inserindo os indivíduos no processo decisório e/ou executivo da gestão (VRIES, 1999, p. 31), como inclusive prescreve o artigo 225 da CF/88.

Ao lado desses entes e órgãos estatais, devemos destacar a existência de organizações não governamentais, associações e sociedades privadas que se destinam à produção, preservação e difusão da Cultura, que devem ser integrados em qualquer política pública¹²⁴, podendo ser citadas como exemplos a ABRACOR, além das Fundações Roberto Marinho e do Banco do Brasil, que prestam relevantes serviços à causa da Cultura brasileira.

A atuação do Estado na preservação dos bens culturais tem conseqüências bastante diferentes, quer se trate de bens móveis ou imóveis. Para os primeiros, a chancela estatal significa o reconhecimento da “autenticidade”, o que aumenta o seu valor de mercado, enquanto que os imóveis a legislação ainda é tida como um atentado ao direito de propriedade, que na prática leva à sua desvalorização (MAGALDI, 1992, p. 22).

A estrutura administrativa federal é reproduzida no âmbito dos Estados e Municípios, que geralmente contam com Secretarias de Cultura competentes para a elaboração de políticas de preservação, e em alguns casos também com entidades da Administração Indireta (FUNDARPE).

¹²⁴ Algumas dessas instituições, para serem inseridas em uma política da memória realmente democrática, devem repensar os seus princípios e as suas prioridades, pois muitas delas tornaram-se anacrônicas e divorciadas da realidade social. Por exemplo, para Gramsci (1978, p. 125), as Academias representam uma separação entre a “alta cultura” ou “cultura erudita” e a maioria do povo, levando a questionamentos sobre a legitimidade da sua existência. Com as devidas reservas, o divórcio por ele apontado pode ser verificado em diversas das instituições brasileiras: tome-se o exemplo da Academia Brasileira de Letras, cujos imortais são ilustres desconhecidos para a maioria da população. Onde reside a sua imortalidade senão na memória específica da classe social que produziu tais escritores?

7.2.2 Planejamento

Consiste na identificação dos problemas e prioridades, bem como na formulação de um conjunto de soluções e seu processo de implementação, segundo juízos de conveniência e necessidade. Na verdade, trata-se de contextualizar os problemas e soluções, o que depende da Cultura e do momento histórico de cada povo. O planejamento consiste na determinação de metas e procedimentos, através de um processo permanente e contínuo que visa a racionalizar as decisões administrativas, caracterizando-se por ser sistemático, iterativo e cíclico (CHIAVENATO, 1987, p.271).

Qualquer planejamento deve começar, por exigência lógica e econômica, de um diagnóstico fidedigno dos principais problemas enfrentados. No caso dos bens culturais é fundamental adotar dois pontos de partida irrecusáveis: primeiro, realizar um inventário geral dos bens culturais existentes, bem como a sua utilização pela população e importância; em segundo, verificar o seu estado de conservação e potencial de aproveitamento sustentável, para então traçar as estratégias específicas de preservação.

Mal comparando, na França o primeiro inventário geral do patrimônio cultural foi procedido em 1834. Posteriormente, na década de 80 durante o governo Giscard d'Estaing, houve a inclusão da memória dos pobres e camponeses, culminando tal política, no governo Mitterrand, com a duplicação do orçamento destinado ao Ministério da Cultura da França (REBÉRIOUX, 1992, p. 48), o que certamente é um dos principais fatores para o incremento e o grande sucesso do turismo cultural.

O Plano Nacional de Cultura, plurianual e estabelecido por lei, visa ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público para defender e valorizar o patrimônio cultural brasileiro; produzir, promover e difundir bens culturais; qualificar pessoal na gestão da cultura, democratizar o acesso aos bens culturais e valorizar a diversidade étnica e regional. Portanto, enquadra-se na noção de política pública, enquanto atuação voltada à consecução de metas previstas em norma constitucional ou legal, sujeita ao controle jurisdicional amplo, principalmente quanto aos meios e resultados (MANCUSO, 2001, p. 731).

7.2.3 Instrumentos

Podem ser *econômicos* (subsídios, prêmios e taxas), para tornar mais ou menos atrativos determinados comportamentos; *jurídicos*, consistindo na criação de normas e

institutos protetivos¹²⁵; e *comunicativos*, que visam a interferir de forma não coercitiva nos comportamentos, especialmente sob os aspectos da educação ambiental e das parcerias com a iniciativa privada para a prestação de serviços públicos (VRIES, 1999, p. 31).

7.2.4 Sistema de financiamento

Já em 1967, Franklin Oliveira (1967, p. 216) destacava que a falta de um orçamento adequado inviabilizava a política de preservação dos bens culturais. A solução então apontada era a criação do Fundo Nacional da Cultura, cuja receita viria da taxação dos produtos supérfluos em favor dela, livrando os órgãos oficiais da dependência econômica e das oscilações governamentais, complementada pelas dotações estaduais e municipais.

A tônica da política cultural brasileira, hoje, é o financiamento de projetos isolados. Isso não é suficiente para regulamentar, fomentar e coordenar a Cultura brasileira, razão pela qual o insucesso, ou o tímido resultado, das ingerências do Estado nessa seara é evidente (BOTELHO, 2001, p. 73), apontando-se os principais problemas a serem enfrentados:

1) A Cultura é considerada algo secundário, embora seja evidente que todo plano de desenvolvimento é fadado ao insucesso se não observar o aspecto cultural, porque acaba refletindo um divórcio entre o planejamento e a realidade em que será aplicado.

2) Atualmente, a maior parte do financiamento é privado. Os recursos orçamentários são tão escassos que os próprios órgãos do governo concorrem com os produtores culturais pelo financiamento privado. Para ilustrar isso, basta saber que no Estado de Pernambuco o orçamento total para a cultura foi de seis milhões de reais, através do Funcultura, contra o orçamento de quatorze milhões investidos pela CHESF (Assumpção, 2005, D1).

Esses dados demonstram uma distorção na política cultural brasileira, hoje comandada pelas grandes empresas que dela se utilizam como uma espécie de *marketing* e forma de obter benefícios fiscais. Nas décadas de 70 e 80 o panorama era bem diferente, mas no governo Fernando Collor seguiu-se a tendência internacional de cortar gastos e financiamentos nas áreas social e cultural, com exceção da França.

¹²⁵ Cf. cap. 6.

O lado positivo é que esse processo de demissão do Estado no financiamento da Cultura conferiu uma maior autonomia aos artistas e produtores culturais, que não mais contavam o paternalismo estatal, trazendo a diversificação e a descentralização.

Não há dúvida de que o aspecto “financiamento” é fundamental para a consecução de quaisquer objetivos. Entretanto, seja público ou privado, não pode ser concebido sem uma política mais ampla que defina os seus objetivos. O Estado Brasileiro deve assumir de forma clara o seu papel dirigente, especialmente porque o financiamento é feito através de renúncia fiscal, portanto com recursos públicos, ainda que indiretamente.

A Lei Rouanet, utilizada para financiar projetos culturais, tem efetividade reduzida. Cite-se o caso da Associação Comercial de Pernambuco, um casarão tombado pelo IPHAN, que hoje encontra-se no mais completo abandono. A sua reforma depende, basicamente, de doações, mas o limite de até 4% previsto na Lei Rouanet tem sido um empecilho para a obtenção de recursos (VASCONCELOS, 2005, p. 1).

Outro problema é que freqüentemente os projetos culturais aprovados estão sujeitos a fraudes, revelando falhas não só quanto à sua aprovação (quanto à viabilidade de cronograma e orçamentária, por exemplo), mas especialmente quanto à fiscalização. Nesse ponto, ressalta-se a atuação dos Tribunais de Contas (CAVANI; FEITOSA, 2005, p. A10). Além disso, a formatação dos projetos para a obtenção do incentivo econômico acaba por excluir boa parte dos artistas populares, muitos dos quais são analfabetos, além de não prever incentivos morais e éticos.

3) Qualquer política cultural deve ser concebida a médio e longo prazo (no espaço de pelo menos duas ou três gerações), pois o capital cultural precisa de tempo para ser acumulado e depende também da bagagem cultural herdada dos ascendentes.

4) Não há um estímulo ao financiamento da cultura por pessoas físicas, que deveriam ser um alvo visado pelas políticas públicas.

5) Não foi feito um diagnóstico suficiente das práticas e do consumo de bens culturais do povo brasileiro, nem mesmo sabe-se quantos equipamentos culturais estão disponíveis à população e qual o custo dessas atividades.

A finalidade de uma política cultural deve ser possibilitar a todos viver sua própria cultura, pois a sociedade é multi-identitária, dando oportunidade de escolha aos cidadãos, o que só seria possível com a educação adequada.

6) E, ainda, o ponto mais questionado (e talvez questionável) das políticas públicas hoje desenvolvidas pela União e pelo Estado de Pernambuco está na ausência de critérios claros para a concessão de financiamentos e patrocínios.

7) Quanto aos museus e arquivos públicos, que são repositórios de memória, o problema é a escolha sem critério de documentos, inexistência de gerenciamento de informações e limitações de recursos humanos materiais e tecnológicos.

Como destaca Baracho (2006), basicamente existem três tipos de recursos para o financiamento da preservação do patrimônio cultural: orçamentários, fomento (através de leis de incentivo) e convênios. A questão é saber se os recursos dispendidos, inclusive aqueles captados através das Leis nº 8.313/91 e nº 8685/93, os vários fundos existentes, o mecenato (na forma de doação ou patrocínio), a cobrança de ingressos, remuneração de concessões e cessões de uso (AZEVEDO, 1999, p.9), são suficientes para financiar a Cultura, além do que se efetivamente são úteis à sociedade.

A eficiência dos comportamentos desejados depende de fornecer os incentivos corretos, que podem ser econômicos, sociais e morais (LEVITT; DUBNER, 2005, p. 24). A questão é saber se estão sendo ofertados os incentivos corretos: a Lei respectiva apenas prevê ações pontuais, fragmentadas, mas não cria um cenário favorável à Cultura, e só prevê um incentivo, que é o econômico.

7.2.5 Sistema de avaliação

Capaz de verificar a eficiência da política formulada, cujos resultados irão embasar um novo processo de identificação dos problemas, agora sob nova perspectiva, constituindo sua última etapa, e primeira do seguinte gerenciamento, dando o seu caráter cíclico.

Compõe-se de direção, a) *direção*, a atividade integradora dos esforços dos diversos agentes e órgãos da instituição, visando a minimizar a perda da visão global ocasionada pela especialização, determinada sob a forma de divisão de competências. b) *controle*, enquanto atividade administrativa que visa a fixar padrões de conduta e aferir os resultados, como garantia da consecução eficiente dos objetivos. Consiste em impor normas de conduta (técnicas) e regras de decisão, estabelecer procedimentos de aferição de resultados e, principalmente, no poder de desenvolver *ações corretivas*.

Além dessas etapas, acrescenta Meirelles (1995, p. 244), a prestação de *consultoria*, que consiste em assessoria técnica pelo órgão gerenciador aos demais órgãos da instituição administrativa, bem como aos usuários.

7.3 Direito à memória, democracia e políticas públicas de preservação.

A Democracia é tradicionalmente definida como o regime político em que o povo tem o poder de escolher os seus governantes diretamente ou através de representantes, participando assim do processo decisório. Pode-se facilmente perceber, essa concepção possui um caráter marcadamente formalista, na medida em que destaca e enfatiza a Democracia como um conjunto de instrumentos de decisão política, sem contudo fazer qualquer referência ao conteúdo de tais escolhas.

Como destaca Bobbio (2000, p.329), a noção contemporânea de “Democracia” vai além desse delineamento formal para compreendê-la como o conjunto das condições necessárias e indispensáveis para o livre desenvolvimento das capacidades humanas dos que compõem uma sociedade.

Resta evidente, então, a estreita relação existente entre a Democracia e os direitos fundamentais, aquela como ambiência favorável e esses últimos como o reconhecimento normativo daquelas necessidades dos indivíduos e das coletividades que compõem o conteúdo mínimo de uma existência digna.

Considerando que a noção de cidadania democrática está intimamente ligada à existência digna e ao exercício de direitos básicos, fundamentais, que em seu conjunto significam o bem-estar individual e coletivo, basta uma rápida análise da realidade brasileira atual para verificarmos a validade da concepção acima enunciada, ainda que *a contrario sensu*. É fato notório, veiculado diariamente pelos meios de comunicação, que existe uma violação sistemática dos direitos fundamentais no Brasil.

Não há como conceber uma democracia real e efetiva onde os cidadãos não possuam bem-estar. Ao fim, essa situação de violação sistemática de direitos acarreta um sério prejuízo para a capacidade criativa dos indivíduos, que estão permanentemente submetidos ao medo, ao estresse, além de um permanente questionamento e crítica sobre os valores e princípios que alicerçam a sociedade brasileira, os quais não parecem guardá-la da cotidiana violência (BENEVIDES, 2002, p. 175-178).

Os direitos fundamentais constituem-se em condição necessária para a efetivação do princípio democrático consagrado na Constituição Federal. Por isso, afirma Bercovici (1999, p. 37) que hoje “governar” significa elaborar e implementar políticas para a efetivação dos direitos fundamentais, devendo ser entendida como um atividade de transformação social,

e não de manutenção do *status quo*, através da distribuição de bens, renda e serviços públicos e da direção pública do processo econômico.

A razão de ser do governo, nessa concepção, é a efetivação de direitos fundamentais, que se constituem em fator de legitimação do próprio poder político. Dentre esses, o direito fundamental à memória reveste-se de capital importância, não só porque reflete a busca do indivíduo e da sociedade pelas suas origens, pela explicação do presente a partir do passado, mas principalmente porque assegura a sobrevivência, a continuidade e o aperfeiçoamento de suas instituições através do tempo.

Em um Estado democrático de Direito é imperativo realizar a preservação e difusão do patrimônio cultural, como “conjunto de objetivos (*ziele* ou valores) morais, intelectuais e estéticos, considerados por uma sociedade como meta (*zweck*) da organização, da divisão e da direção do seu trabalho – o “Bem” (“das Gut”) – que deve ser alcançado mediante o modo de vida por ela instituído” (MARCUSE, 2001, p.78). O patrimônio, e a memória que dele resulta, é processo de humanização caracterizado pelo esforço coletivo de realizar o bem comum, implicando na conservação e qualidade de vida humana, bem como na consolidação da organização produtiva da sociedade, no desenvolvimento das capacidades intelectuais dos indivíduos e na diminuição das desigualdades, violência, agressão e miséria.

Desse ponto de vista resta evidente que o acesso, participação e utilização do acervo cultural, que constituem o conteúdo do direito fundamental à memória, é um dos alicerces de uma democracia real, pois a participação efetiva dos cidadãos no processo político decisório para atingir o bem comum depende de seu conhecimento quanto às necessidades sociais, além do que possibilita a clareza necessária quanto aos objetivos sociais históricos a serem alcançados, que constituem o cerne das decisões políticas.

Corroborando esse entendimento, a opinião de David Held & Anthony MacGrew (2001, p. 81) abaixo transcrita:

De acordo com essa visão, à qual podemos nos referir, nesse contexto, como a análise cética do bem político, as concepções adequadas do que é correto para a comunidade política e seus cidadãos decorrem de suas raízes culturais, políticas e institucionais, de suas tradições e fronteiras. Estas geram os recursos – conceituais e organizacionais – para a determinação de seu destino e sua sorte. E o princípio subjacente da justificação é comunitário; o discurso ético não pode ser desvinculado da “forma de vida” de uma comunidade. As categorias do discurso político são parte integrante de uma determinada tradição; e valores dessa comunidade têm precedência sobre os requisitos individuais ou globais.

A memória é a consciência nacional pois incita à permanente reflexão (SOSNOWSKI, 1994, p. 15). É dever da sociedade e do Estado, que se pretendem democráticos, refletir sobre o passado, doloroso ou glorioso, para evitar os erros cometidos e também para celebrar as alegrias conquistadas: é assim que se constrói a coesão social e política de um povo, através do enraizamento dos valores e das aspirações comuns, e tal compartilhamento viabiliza a participação ativa do indivíduo na existência da coletividade (WEIL, 2001, p. 43).

A construção da memória é um processo seletivo, de longa duração, que ultrapassa governos e regimes políticos (VELHO, 2001, p. 10). O problema é o controle da seleção dos elementos que devem ser conservados porque os indivíduos e grupos têm o direito de conhecer e recriar sua própria história, prevenindo que o passado seja utilizado de maneira opressiva e escamoteadora da verdade (TODOROV, 2000, p. 17). Em síntese, é preciso definir qual será o legado das futuras gerações.

A finalidade do presente capítulo foi analisar a política da memória desenvolvida no Brasil a partir de seus antecedentes e importância e, depois, a partir de seus elementos constitutivos e finalidades. Nessa empreitada é preciso destacar que uma política da memória não se restringe apenas ao aspecto da *preservação* do patrimônio cultural, não obstante essa seja a faceta mais visível. É também, e talvez principalmente, a produção do passado coletivo que consiste no conteúdo a ser preservado, e cuja transmissão eficiente constitui o núcleo do direito fundamental à memória. Porém nenhuma política pública será eficiente na promoção desse direito sem observar os aspectos elencados no capítulo seguinte.

8. EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A MEMÓRIA NO BRASIL

Os entes históricos são assim: num ponto do tempo, repousam todos os pontos antecedentes, que se fazem presentes sem perderem seu modo de ser pretéritos. Confluem todos para o presente, que se converte em ponto de intersecção do que já se foi com o que está por vir. Com isso, o tecido histórico vai se constituindo ponto por ponto, tornando-se cada vez mais espesso, mais resistente, mais denso. E aquilo que a princípio era infixo, precário pela consistência, podendo ser feito e desfeito por normas de Direito que o acaso e a infixidez mesma das circunstâncias ditaram, vai adquirindo a compacta resistência dos corpos institucionais (VILANOVA, Lourival, 1975, p. 20).

A epígrafe deste capítulo mostra a complexidade da institucionalização, e a influência do Direito na sua permanência ou esquecimento. Tal processo pressupõe despersonalização do exercício do poder, uma continuidade de propósitos e uma coerência de estratégias conservativas, só alcançadas mediante a elaboração de políticas públicas que, contrariando a prática brasileira, sejam concebidas para ultrapassar o mero tempo de mandato do governante eventual.

O objetivo aqui consiste em delinear teoricamente quais os aspectos que deveriam ser contemplados nessa política pública para a conservação da memória social, conferindo especial atenção às dimensões em que a mesma deveria ser efetivada e quais os principais problemas a serem enfrentados, em análise explicativa sem a ambição de exaurir o tema.

O Estado, enquanto organização política, é um instrumento de realização das finalidades coletivas. A CF/88 enuncia que a razão de existir do Estado Brasileiro é proporcionar o bem-estar de todos, através da promoção do bem comum pelas políticas públicas capazes de concretizar, em sua máxima eficácia, os direitos fundamentais.

A memória, como visto, é necessária para os indivíduos e grupos pois viabiliza a construção da sua identidade cultural, conferindo-lhes o referencial indispensável para situar a sua experiência no tempo e no espaço. A política pública para a memória possui poder formativo ao manter, transformar, destruir e transmitir a herança cultural tida como fundamental à construção dos laços primordiais que constituem o sentimento de pertença.

Entretanto, é bastante complexo avaliar o êxito de uma política pública para a efetivação do direito à memória pois, em algumas dimensões, a sua satisfação é progressiva, cumulativa e potencialmente ilimitada. O direito à memória corre o permanente risco não de ser apenas violado, mas principalmente insatisfeito, mostrando-se extremamente difícil perceber o exato momento de sua violação (TASSARA, 1992, p. 70).

Neste item serão destacados os aspectos e sugeridas providências para aperfeiçoar a política de preservação da memória no Brasil, do ponto de vista da legislação. Cabe-nos pois identificar as variáveis que demandam solução legislativa, verificando como e se as leis brasileiras atuam, descrevendo a sua conformação e eficácia.

8.1 Diagnóstico

Um diagnóstico bem realizado é pressuposto de qualquer planejamento e, para tanto, faz-se necessário realizar um inventário sistemático dos bens culturais brasileiros, atentando para o seu atual estado, com o intuito de conhecer os problemas que os afligem para dimensionar os esforços e recursos necessários à sua manutenção adequada.

Deve ser apreciada a degradação pela ação de fatores naturais físico-químicos e mecânicos, além de considerar aspectos sociais e políticos que interfiram na preservação, para viabilizar a adoção de medidas preventivas e corretivas eficientes, inclusive de Defesa Civil.

Embora o IPHAN venha procedendo ao inventário e à catalogação de bens culturais materiais e imateriais, não há registro de qualquer pesquisa oficial quanto às práticas e ao consumo de bens culturais do povo brasileiro, nem mesmo se sabe quantos equipamentos culturais estão disponíveis à população e qual o custo dessas atividades.

Em síntese, o poder público não sabe a real demanda do povo brasileiro pelos bens culturais, e nem pode determinar se os equipamentos hoje existentes são suficientes para efetivar o acesso às fontes da Cultura Nacional, como pretende o art. 215 da CF/88.

8.2 Atualização da legislação protetiva do Patrimônio Cultural

A política de preservação do patrimônio cultural deve assentar-se em dois pressupostos: primeiro, os bens culturais não são renováveis, ou seja, tangíveis ou intangíveis eles são insubstituíveis e, uma vez perdidos, não podem ser recompostos integralmente; segundo, a sua proteção é de interesse público (ENDERE, 1999, p.114).

A legislação protetiva do patrimônio cultural e da memória padece de problemas formais e materiais para a sua implantação, além de não ser capaz de solucionar normativamente alguns dos problemas que os afetam, o que acaba por torná-la relativamente ineficaz.

Do ponto de vista formal, a política de gestão dos bens culturais, aqui concebidos como integrantes do meio ambiente, encontra seu fundamento no artigo 225 e 216 da

Constituição Federal, ambas consideradas normas programáticas (PIRES, 1994, p. 51) e, nessa qualidade, tradicionalmente concebidas como carentes de efetividade, vez que não prescrevem impositivamente condutas ou atribuem direitos e deveres exercitáveis.

Tais normas programáticas são compromissos estabelecidos para superar e conciliar as forças sociais, dependendo a sua concretização da vontade política do povo de realizar e fazer cumprir as promessas que elas contêm, como resultado de uma participação efetiva e democrática. No Brasil, em geral representam um compromisso dilatatório, em que a solução dos conflitos é adiada para um futuro indeterminado, acarretando a inefetividade.

Embora não se possa negar a positividade das normas programáticas, que jamais podem tomar-se como meras exortações políticas desprovidas de eficácia jurídica, deve-se reconhecer que a sua efetividade é bem reduzida. Entretanto, possuem uma juridicidade própria significando, no mínimo, parâmetros à inconstitucionalidade das normas inferiores que contrariem o seu sentido, servindo assim de limite à discricionariedade do legislador e do administrador, além de atribuir aos cidadãos um direito subjetivo negativo, pelo qual se pode exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos contrários aos seus preceitos, como adverte Barroso (2000, p. 119).

A específica positividade das normas programáticas exige que o legislador atue para concretizar o seu comando, vinculando-o permanentemente à realização normativa do programa; obrigando a Administração a agir positivamente para realizá-lo e determinando a inconstitucionalidade dos atos que a contrariam (PIMENTA, 1999, p. 157). Segundo tal ponto de vista, as normas programáticas são eficazes porque atingem seus objetivos, quais sejam, firmar orientações e compromissos que devem ser observados pelos Poderes Públicos e pela Sociedade em determinadas matérias, disso resultando a sua função simbólica.

Como destaca Vianna (1999, p. 72), o grande problema da ineficácia das normas está exatamente em sua aplicação, inviabilizada pela ausência de regulamentação e pela inoperância dos órgãos administrativos, porque existe um abismo entre a vontade declarada e a vontade real daqueles que fazem a norma. O resultado é que as normas criadas para gerir a Cultura atravessam graves problemas para serem operacionalizadas, restando inviabilizadas pela falta de vontade política e de regulamentação: a quem interessa a inefetividade da Lei?

Portanto, a solução para esse problema formal seria a criação/regulamentação de normas protetivas que correspondam a políticas gerenciais específicas e adequadas aos problemas verificados, devendo ser estabelecidas segundo os interesses e necessidades sociais, respaldada pela adesão espontânea dos cidadãos que, coordenados pelo Estado, tornarão a preservação do patrimônio cultural uma prática cotidiana e eficaz.

Já do ponto de vista material, percebe-se a dificuldade de definir o objeto da tutela jurídica, devido à heterogeneidade dos bens culturais, não só quanto à espécie mas também quanto à origem¹²⁶; quanto à definição de competências, porque o patrimônio cultural *brasileiro* abrange bens de relevância nacional, regional e local, o que demanda uma estratificação de exercício de competência administrativa; e, finalmente, não bastasse a complexidade inicial de definir o que é o patrimônio cultural, há que se considerar como variável os diversos processos que acarretam sua permanente transformação, já que a Cultura é um fenômeno dinâmico, que muda de acordo com regras internas e influências externas.

Assim, ao analisar a legislação protetiva é preciso considerar os diversos processos de mudança cultural, tais como a *aculturação*¹²⁷ (modificação de tipos culturais iniciais) e *deculturação* (extinção pela impossibilidade de reestruturação cultural), que podem ser causados pelo contato e pelo intercâmbio de informações, atualmente intensos, mas também por fatores como o aumento excessivo do contingente populacional não acompanhado dos indispensáveis mecanismos conservativos dos valores sociais. Nessa última situação, alerta Ribeiro (1995, p.206), nas grandes cidades ocorre um grave problema de deculturação e anomia, acarretando uma crise generalizada das instituições tradicionais, que perderam o seu poder de controle e padronização.

Tais mudanças não são necessariamente prejudiciais. Ao contrário, podem significar um processo de síntese, transformação e harmonização entre grupos culturais, pois alerta CUCHE (1999, p. 137), “toda cultura é um processo permanente de construção, desconstrução, e reconstrução”, variando é a importância de cada fase. Entretanto, tal dinamismo acarreta uma mudança de valoração, de “importâncias”, ao longo do tempo, o que dificulta a elaboração de uma legislação, que sempre está atrás dos fatos.

A conclusão é que a Cultura em si é dinâmica. Como, então proteger algo tão mutável? Criar uma legislação atual e adequada à dinâmica cultural, com critérios claros, democráticos e amplamente debatidos com a sociedade civil em conselhos, fóruns, audiências públicas, como forma de garantir a legitimidade da decisão administrativa que concretiza conceitos jurídicos indeterminados (KRELL, 2004, p. 71), e também para aperfeiçoar os mecanismos institucionais de integração da população.

¹²⁶ Cf. item 5.1.

¹²⁷ Aculturação, palavra formada pelo prefixo latino “ad”, que neste caso não é negativo, e da palavra Cultura, (CUCHE, 1999, p.114).

8.3 Elaboração de política de preservação interdisciplinar

Entretanto, apenas atualizar a Lei não basta porque, antes de ser uma regra, a preservação é uma mentalidade (CHOAY, 2001, p. 149). A proteção do patrimônio cultural é uma matéria transversal, cuja efetividade depende de uma visão interdisciplinar e da conjugação com outras políticas governamentais, especialmente de segurança, de educação, cultural, de valorização da vida, da saúde, do idoso, entre outras. Adiante, serão destacados alguns pontos que devem ser observados de maneira sistêmica, quando da elaboração de políticas públicas, de modo a ajudarem direta ou indiretamente na preservação dos bens culturais:

a) Política de segurança

Devido à violência crescente que assola a sociedade brasileira, em grandes ou pequenas cidades, os indivíduos evitam freqüentar espaços públicos como praias e praças. A solução encontrada pelos cidadãos, diante da evidente ineficiência ou omissão do Estado em garantir a segurança, é fechar-se em casa, privatizar espaços públicos ou apenas freqüentar espaços privados (ALBERTIM, 2005-b, p.1). Esse novo modo de vida do brasileiro revela-se na nova arquitetura dos prédios, que mais parecem presídios de segurança máxima disfarçados, e na criação de novas necessidades de autoproteção, tais como alarmes, seguros, grades.

É evidente que esse novo contexto acarreta profundas modificações no modo de viver da sociedade brasileira, hoje encastelada, com influência na criação e difusão do patrimônio cultural. A memória coletiva precisa de socialização para conservar-se, o que vem sendo dificultado pela evasão ou pouca utilização dos espaços públicos.

O Estado precisa garantir e prover esses espaços com os serviços públicos infra-estruturais necessários: não se trata de controlar, mas sim de promover e fomentar as festas, os eventos eleitorais e as comemorações populares, como o verdadeiro momento de consolidação da união nacional, no qual há o compartilhamento de valores e ideais.

Para desfrutar dos bens culturais e para ser socializada, a sociedade precisa, em primeiro lugar, sentir-se segura para freqüentar os monumentos, praças e demais equipamentos culturais. Hoje, constata-se que a maioria dos espaços culturais encontra-se fechado, com medo que os seus acervos seja roubado ou danificado: se alguém hoje quiser visitar as Igrejas de Olinda e Recife provavelmente as encontrará fechadas, ou funcionando

em horário irregular, o que prejudica não só a visitação pelos munícipes, mas também afeta desfavoravelmente o Turismo (ALBERTIM, 2005-a, pp. 1-2).

A violência mina os alicerces da convivência social nas cidades, transformando-as em lugares inóspitos, de pouca socialização, inviabilizando a plena cidadania e levando à falência da ordem disciplinar. A negação da cidade como lugar de vida comum causa perda das referências da cultura urbana, subvertendo os próprios fundamentos da memória. A memória produzida nessa cidade fragmentada será também fragmentada: apenas pedaços de recordações intimamente misturadas à escrita, aos monumentos, aos costumes (BRESCIANI, 1992, p.164).

Outro aspecto da segurança pública a ser considerado é o vandalismo, um dos principais fatores de perdimento de bens culturais. Os exemplos dessa prática são muito comuns, passando pela simples descaracterização, roubo de azulejos e de pedaços de pinturas rupestres, até mesmo à destruição, como ocorrido com a imagem de Nossa Senhora Aparecida, que foi reduzida a 165 pedaços em maio de 1978 (SANCHES, 2003, p. 11). Nesse caso, a solução encontrada para a preservação do bem cultural foi o restauro e o reforço da segurança, sendo utilizada alta tecnologia para tal fim.

O vandalismo que atinge os bens culturais é a guerra dos vivos contra os mortos, contra a memória coletiva (OLIVEIRA, 1967, p. 39), e pode ter como causa o fato de que a população não se apropriou simbolicamente do patrimônio, resultando a falta de valorização e mesmo revolta contra os símbolos do poder hegemônico (FERNANDES, 1995, p. 81).

E, finalmente, deve-se lembrar que o roubo e a falsificação de obras de arte são um dos mais lucrativos segmentos da criminalidade internacional, e hoje ocupa um lugar de destaque no cenário do crime organizado, ao lado do tráfico de drogas e de armas. A INTERPOL (2006) afirma que não existe um quantitativo exato de peças de arte e históricas roubadas todos os anos, especialmente porque a maioria dos Estados não dispõe de estatísticas e, quando as têm, em geral são insuficientes, incompletas ou simplesmente não informadas.

Conforme as estatísticas da INTERPOL (2006), os Estados mais afetados pelo tráfico ilícito de bens culturais são a Itália, com o total de 27.795 (vinte e sete mil, setecentos e noventa e cinco) peças roubadas, entre esculturas, pinturas, vasos, móveis, itens litúrgicos, relógios e livros, dentre outros, acompanhada pela França na segunda posição, em dados de 2000. No Brasil não há dados oficiais consolidados, mas apenas como exemplo da gravidade da situação, em novembro de 2005 foram furtadas 949 peças da Biblioteca Nacional, constituídas de fotos, estampas, desenhos e gravuras, no valor estimado de sete milhões e meio de reais.

Os números referentes à Itália e França em parte podem ser justificados porque esses Estados mantêm um eficiente sistema de inventário e vigilância dos seus bens culturais, razão pela qual podem com certa brevidade denunciar o seu roubo ou perdimento. Isso não acontece no Brasil, que ainda não dispõe de um inventário nacional de bens culturais móveis e imóveis, razão pela qual sequer aparece na estatística da INTERPOL¹²⁸, não obstante o roubo de bens culturais aqui seja freqüente. Em que pese a deficiência geral e profunda da segurança pública no Brasil, deve ser destacada a iniciativa dos Correios que, através de selos, divulgou as obras desaparecidas de Cândido Portinari.

Muitos são os fatores causadores do tráfico ilícito de bens culturais, podendo ser citados como principais o grande volume de dinheiro envolvido, o mercado internacional de Arte, bastante tolerante com a prática criminosa, a abertura das fronteiras dos Estados e a melhoria do sistema de transporte.

Não obstante o valor inestimável dos bens culturais, o tráfico ilícito em geral não é tratado com a seriedade que merece por vários fatores, especialmente devido ao glamour que envolve o furto e roubo de obras de arte, pela sofisticação dos ambientes em que ocorre e também por envolver pessoas ricas e celebridades, além da pela especialização que em geral exige. O perfil público receptador é um complicador a mais, porque os furtos e roubos podem acontecer por encomenda dos colecionadores, que guardam os bens para o seu próprio deleite, e com isso, as peças permanecem durante longo tempo ocultas, dificultando o seu rastreamento e restituição (GRIPP *et al*, 2006, p. 16).

Não há dúvidas de que o intercâmbio de bens culturais para fins científicos, culturais e educacionais enriquece a vida dos povos e inspira o respeito mútuo. Entretanto, há necessidade de protegê-los contra o roubo, escavações clandestinas e exportações ilícitas, sendo essa a teleologia da CUPÍ¹²⁹, que estabelece o dever moral e jurídico dos Estados de protegerem o patrimônio cultural.

A Lei nº 4.845/65 proíbe a saída do território brasileiro de quaisquer obras de artes e ofícios tradicionais, produzidos no Brasil até o fim do período monárquico, abrangendo pinturas, desenhos, esculturas, gravuras e elementos de arquitetura, obras de talha, imaginária, ourivesaria, mobiliário, além de outras espécies de arte e documentos.

A melhor forma de evitar a evasão de bens culturais é concluir o inventário de bens culturais, hoje procedido pelo IPHAN, implantar um sistema eficiente de vigilância e divulgar

¹²⁸ O IPHAN (2007) incluiu oitenta obras procuradas no banco de dados da INTERPOL em dezembro de 2006.

¹²⁹ Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais (CUPÍ), promulgada através do Decreto nº 72.312, de 31 de maio de 1973

imediatamente o furto e o roubo para impedir que esses bens saiam do território brasileiro. Portanto, é necessário planejar e executar uma política de segurança que garanta a vida das pessoas, a integridade dos bens, permita que as pessoas visitem os lugares e compartilhem vivências e previna e puna as ações deliberadas de alienação e perda ilícita de bens. Adotar meios alternativos para a proteção dos bens culturais, por exemplo, utilizar a Convenção da Haia para a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado de 1954¹³⁰, nas modalidades previstas da salvaguarda e do respeito, evitando a sua exposição à destruição e deterioração também em caso de conflito interno.

b) Política educacional

Memória e Educação são dois aspectos que necessariamente aparecem associados, pois para lembrar é preciso adquirir informações, armazená-las e posteriormente recuperá-las (NEUFELD; STEIN, 2001, p. 53).

Mais do que simplesmente memorizar as informações, a Educação tem uma função formativa do raciocínio e do caráter dos indivíduos, embora, como destaca Gramsci (1978, p. 117-118), na civilização moderna ressalta-se a sua função informativa pela crescente especialização e enfoque predominantemente técnico. Do ponto de vista da memória, permite a transmissão dos valores e habilidades requeridos para viver em sociedade, por isso, constitui-se em um fator conservativo de valores e normas.

Entendida como uma forma de compartilhar experiências e conhecimentos, é evidente que não pode se restringir ao ensino formal (AGUIAR, 1994, p. 63), mas deve ser complementada pela ensino “informal” porque ambos são importantes para o desenvolvimento do indivíduo (BECKER, 1994, p. 50). O importante é que seja concebida de forma democrática, inclusiva e plural, caso contrário servirá à consolidação e transmissão de determinados valores e representações, decodificadores de uma visão de mundo hegemônica (ALMEIDA, 2001, p. 25-29).

Falando especificamente preservação de bens culturais, a Educação patrimonial pretende fomentar o conhecimento, apropriação e valorização dos bens culturais, tendo como objetivos facilitar a identificação, reconhecimento e preservação com apoio da sociedade civil (HORTA *et al*, 1999, p. 6).

¹³⁰ Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 44.581, de 11 de Novembro de 1958.

A educação patrimonial ajuda a aumentar a capacidade de compreender o mundo possibilitando estabelecer relações de continuidade, transformação e reutilização das experiências (HORTA *et al*, 1999, p. 9). Com a apropriação dos bens culturais, fomenta-se o sentimento de pertença que possibilita ao indivíduo ambientar-se, adaptar-se a determinada sociedade¹³¹.

c) Política cultural

A própria etimologia da palavra Cultura (do Latim *colere*) indica a atitude de carinhoso cuidado com algo, razão pela qual qualquer política cultural deve contemplar o aspecto da preservação do patrimônio e da memória (ARENDT, 2005, p. 265). Entretanto, não é o que ocorre porque a política de preservação de bens culturais não é concebida de forma integrada, apesar de vinculada aos Ministérios e Secretarias da Cultura.

A política cultural existente, aqui concebida como o conjunto de todos os esforços promocionais levado a efeito por um órgão governamental, não tem conseguido efetivar uma proteção dos bens culturais, principalmente devido a escassez de recursos e, parece, pouca clareza na prioridade de aplicação daqueles disponíveis.

A falta crônica de dinheiro ou de prioridade nos investimentos para políticas públicas de preservação do patrimônio cultural contribuem para a sua degradação. A legislação cultural, em especial no tocante ao financiamento da Cultura deverá passar por uma reformulação profunda, em razão de sua pouca efetividade.

Entretanto, em especial quanto aos bens tombados, constata-se que os proprietários não têm interesse, ou consciência, para sua preservação, o que os leva ao abandono e à lenta destruição. Uma alternativa para esse problema seria a utilização econômica desses bens (como lojas, restaurantes, por exemplo), visando ao seu autofinanciamento.

O papel do Estado em relação à Cultura, e conseqüentemente a concepção de uma política específica, é muito controvertido dada a tendência de realizar um dirigismo mental e uma invasão da esfera da liberdade de criação e expressão artística e de informação.

Na verdade, o Estado deve ter um marco jurídico cultural para possibilitar ao cidadão o pleno acesso às fontes culturais diversificadas, o que não seria possível se a Cultura

¹³¹ Cuche (1999, pp. 226-227) afirma que o governo francês sempre incentivou a promoção da cultura dos estrangeiros, como estratégia para viabilizar o seu retorno ao lar. Enclausurando-os em sua diferença, ao reativar sua consciência, queriam criar o desejo de regresso ao país de origem.

fosse regida pela lógica do mercado apenas, ou aos sabores do oportunismo da indústria cultural (GARCÍA HERRERA, 2004, p. 123).

d) Política de planejamento urbano e habitacional

Durante muito tempo, “desenvolvimento” foi sinônimo de urbanização especulativa, em que a cidade atual sobrepunha-se aos escombros da antiga, sob a escusa do progresso, causando a total deterioração do patrimônio cultural nela abrigado. O progresso e a modernidade, levaram à sistemática destruição das marcas do passado, e serviram de desculpa para os procedimentos de destruir e edificar, com enorme prejuízo para a identidade dos seus habitantes (MAGALDI, 1992, p. 21).

A urbanização do início do século XX no Brasil destruiu boa parte do patrimônio arquitetônico: a política do “bota-abaixo” do Prefeito Pereira Passos na cidade do Rio de Janeiro (1902-1906), por exemplo, apoiou-se nas idéias de civilização e beleza, regeneração física e moral do espaço urbano e dos hábitos dos cidadãos, com o intuito (e o discurso) de higienizar, embelezar e civilizar (PINHEIRO; FIALHO JÚNIOR, 2007).

Esse processo repetiu-se em diversas regiões do país, e dele só sobreviveram as cidades e bairros economicamente estagnados pelo empobrecimento da região (MEC; SPHAN, 1980, p.29), ou em caráter residual. Por isso, afirma Lemos (2004, p. 60) que a urbanização no Brasil é um processo de desmemória, em que a cidade é construída sobre os escombros da anterior, em substituição que a empobrece.

Modernizar significou substituir os sobrados e becos, associados à sujeira, à imundície, aos maus costumes (antigo modo de viver) por edifícios e ruas. Na verdade, tratou-se da imposição de um padrão estético, vinculado à ideologia do Estado Novo, sob o artifício do embelezamento (ALMEIDA, 2001, p.127-129).

A intenção era construir uma memória para o futuro e, para tanto, foram adotadas várias estratégias de construção da imagem da nova cidade, desde o controle dos passeios turísticos para evitar que a nova imagem do Recife moderno e higienizado fosse afetada, que levou à prisão alguns turistas que fotografaram o “Recife errado”, e até mesmo a interdição à visita de espaços proibidos (ALMEIDA, 2001, p.133).

Nessa ânsia de mudar os modos de viver urbano, até a aparência dos moradores de Recife deveria ser modificada, criando a polaridade entre os modernos (que usavam roupas adequadas e perfume) e os feios, e foram forjados preconceitos em relação às profissões e manifestações culturais associadas aos últimos: os engraxates, carregadores de piano e

camelôs passaram a sofrer repressão policial, e o frevo foi classificado como “loucura da gentilha”, uma música endiabrada, dançada por pessoas rotas e suadas que viravam bagaço em cada esquina (ALMEIDA, 2001, p.151).

A própria estrutura das cidades modernas favorece a amnésia, pois a modernidade trouxe a construção em massa, a extensão suburbana e a demolição de ambientes históricos (SEGRE,1992, p. 105). Outros fatores intrinsecamente ligados à urbanização são capazes de interferir positiva e negativamente sobre o patrimônio cultural, especialmente o trânsito e a disposição dos centros urbanos, quanto ao planejamento ou falta dele. A própria condição geográfica da periferia atua para excluir e alijar certos atores sociais do âmbito da proteção cultural, tal como acontece com a população de baixa renda (CORTESÃO, 1986, p. 20).

A cidade, antes de ser mero conceito geográfico, é um conjunto de relações sociais espacialmente determinada (MAGALDI, 1992, p. 22). É nesse espaço vivo e dinâmico em que se deve dar a preservação dos bens culturais, que padecem com a falta de planejamento urbano, especialmente quanto às políticas de saneamento e moradia.

Algumas vezes idéias estranhas, ou modismos, quanto ao conceito e às necessidades da cidade podem pôr em risco o patrimônio cultural nela abrigado. Mariani (1992, p. 60) cita, como exemplo disso, a proposta apresentada por Le Corbusier no Congresso de Estrassburgo, em 1923, na qual sugeria derrubar o centro histórico de Paris para lá alojar três milhões de pessoas. Muitas cidades foram completamente danificadas após serem “urbanizadas”, “revitalizadas”, “modernizadas”, sob os mais diversos argumentos, desde a sede pelo progresso até mesmo para serem evitadas supostas catástrofes e epidemias.

O Poder Público, surpreendentemente, é um dos principais agentes na descaracterização do patrimônio cultural urbano, porque as obras públicas em geral são de porte considerável. Sob o pretexto de melhorar a circulação do trânsito, e com a arcaica concepção de que governar é construir estradas, muitos edifícios e praças são destruídos: em Recife, pode-se citar a Igreja dos Martyrios (destombada e demolida) e o atualmente ameaçado Cemitério dos Ingleses, local tombado desde 1984 que poderá ser descaracterizado para viabilizar o alargamento da Avenida Norte (MEMÓRIA, 2006, Cidades 1) .

O Ordenamento Jurídico Brasileiro, sob o aspecto do Direito Urbanístico, pretende disciplinar o processo de urbanização visando à preservação do patrimônio cultural, sendo de destacar a importância do Estatuto da Cidade com seus diversos instrumentos de planejamento, tais como o parcelamento compulsório, IPTU progressivo, desapropriação com pagamento em títulos públicos, usucapião coletiva e preempção, bem como o artigo 21 da

CF/88, que prevê a elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (inciso IX).

Muitas são as dificuldades da preservação da memória urbana, mas é importante destacar três fatores essenciais: a acessibilidade, a infra-estrutura de bairros históricos e o problema da habitação.

Quanto à acessibilidade, é preciso lembrar que as cidades são locais de convivência que deveriam atender as necessidades de todos democraticamente, através de um desenho universal. Não é novidade que em muitas cidades brasileiras os portadores de necessidades especiais têm a sua mobilidade dificultada pelo desenho urbano desfavorável, que abriga diversos tipos de barreiras arquitetônicas, sociais, transporte.

A infra-estrutura dos bairros históricos é, por si só, problemática: não só porque, sendo antiga, exige um maior apuro técnico e recursos financeiros do que novos empreendimentos, mas principalmente porque existe toda uma limitação quanto aos materiais, ao tipo de intervenção e ao aproveitamento do espaço que, em uma óptica simplesmente lucrativa, pode tornar a recuperação dos centros históricos um negócio pouco interessante.

É importante evitar que os centros históricos sejam destinados exclusivamente ao setor terciário pois, em horários não comerciais, ficam sem atividade. O seu uso deve ser preferencialmente residencial (GUTIÉRREZ, 1992, p. 124).

A Prefeitura da Cidade do Recife idealizou o programa “Morar no Centro”, como alternativa de evasão de aproximadamente cinco mil moradores do centro nos últimos dez anos, seguindo uma tendência verificada na Europa. Essa evasão é causada por basicamente dois fatores: os centros históricos e bairros antigos têm uma infra-estrutura deficitária e obsoleta, exigindo grandes investimentos para a sua melhoria e modernização e, em segundo lugar, a indústria da construção civil prefere construir em espaços vazios e desobstruídos a recuperar prédios antigos devido à maior lucratividade. O sucesso obtido pelo programa “Morar no Centro” é pífio: conseguiu que apenas trinta e uma famílias voltassem a residir no local (MORAR no Centro, 2005, C1).

O ordenamento do espaço urbano é matéria de interesse local, portanto de competência municipal. O plano diretor é uma diretriz do desenvolvimento urbano, definindo programas normas e projetos a serem implementados, fixando o perímetro urbano para fins de planejamento, e deve ser conjugado com a Lei de uso e ocupação do solo e a fiscalização do parcelamento do solo urbano (verificando as condições de habitabilidade e conforto) (CORDE, 1998, p. 39).

e) Política de saúde pública e de valorização da vida

A manutenção das condições ambientais híbridas também pode contribuir para a integridade cultural e física dos grupos, e a degradação ambiental pode apresentar-se como uma faceta do genocídio, se afetar a qualidade de vida (CAVALCANTI, 1998, p.132).

O genocídio tem origem na vontade deliberada de exterminar populações. Freyre (2001, p. 220) relata que a colonização da América Latina dizimou a população nativa, quer pelo extermínio simples, como ocorreu no Chile e na região do Prata, quer pela sua assimilação, como aconteceu no Brasil, ocasionando o perecimento de um patrimônio cultural riquíssimo. É fato que no Brasil também houve o extermínio, e em 1898 começaram os massacres indígenas na Amazônia Ocidental, denominadas correrias, que levaram à extinção de muitas sociedades pelo genocídio (OPIAC, 2000, p. 11).

Contra o genocídio foram colecionadas as seguintes normas: Lei 2889/56; Lei 8.072/90; Decreto Legislativo nº 2/51, que aprovou o texto da Convenção de prevenção e repressão do crime de Genocídio, firmada em Paris, em dezembro de 1948; Decreto nº 43053/58 e Decreto nº 30822/56, de suma importância para a análise do elemento vivo, humano, formador do patrimônio cultural.

f) Política de valorização da diversidade cultural

Se o genocídio destrói os indivíduos – a carne, o etnocídio destrói a Cultura – a alma. Nesse ponto são afetados modos de viver ou os modos de pensar dos grupos.

No Brasil há o exemplo significativo da miscigenação entre portugueses e índios, com prejuízo para o patrimônio cultural indígena pois a Coroa Portuguesa adotou inúmeras providências para substituí-la, como a proibição de utilizar a língua Tupi através de decreto da lavra do Marquês de Pombal.

Ao contrário do que se ensina, o contato entre portugueses, índios e negros não foi nem pacífico e nem harmonioso¹³². Nem contemporização, nem intercâmbio sadio. O que pode perceber desse contato cultural é que prevaleceram os valores, a língua, os desejos e a

¹³² “Híbrida desde o início, a sociedade brasileira é de todas da América a que se constituiu mais harmoniosamente quanto às relações de raça: dentro de um ambiente de quase reciprocidade cultural que resultou no máximo de aproveitamento dos valores e experiências dos povos atrasados pelo adiantado; no máximo de contemporização da cultura advéncia com a nativa, da do conquistador com a do conquistado” (FREYRE, 2001, p. 163).

organização política e social do conquistador, sem que isso necessariamente implicasse um avanço para os povos “atrasados” que aqui estavam.

Restaram os conhecimentos úteis aos portugueses: cerâmica, artesanato, fitoterapia, topônimos e os hábitos higiênicos, porque o índio foi guia, guerreiro, caçador e pescador a seu serviço. Quanto aos negros, percebemos fenômeno parecido, pois os traços remanescentes de sua cultura foram frutos de estratégias de afirmação/assimilação, tais como o sincretismo ou mesmo a resistência cultural.

O desafio é definir como serão integradas as culturas diferentes. Os modelos francês e americano visam à monoidentificação: o primeiro, pelo caráter da igualdade universal impôs a homogeneização cultural e até mesmo lingüística (proibição de falar dialetos); o segundo, com a política dos indivíduos, desconsiderava a especificidade deles em um conjunto minoritário (GARCÍA HERRERA, 2004, p. 121).

Atualmente a monoidentificação não parece ser adequada à promoção da memória, dado à sua natureza diversificada e estratificada, devendo a Lei buscar mecanismos para valorizar os mais diversos legados representativos do patrimônio cultural dos grupos sociais.

g) Política de valorização do idoso

Na Idade Média os idosos eram prestigiados e úteis pela sua função de guardar a memória. Nessa época, “modernidade” era o tempo que a memória alcançava e do qual ainda havia sobreviventes, cujo relato “credível” de testemunha dos fatos era valorizado (LE GOFF, 2000, p. 33).

Os idosos são os guardiões do passado, e sua função social é servir de ponte entre o que passou e o presente. A memória familiar é um importante capital intersubjetivo, e a família é a primeira instituição transmissora de conhecimentos e formadora da identidade intergeracional (KAUFMAN, 2006, p. 48).

Os avós têm um importante papel pois substituem creches, transmitem valores e representam a maneira de viver, sentir, ser e pensar de outrora, constituindo-se em verdadeiro liame entre as gerações não sucessivas (HALBWACHS, 1990, p. 66). É o próprio indivíduo sendo considerado como patrimônio cultural vivo.

Embora a memória familiar remeta ao âmbito privado, como origem, acaba por refletir um compartilhamento coletivo de afetos, valores, medos e silêncios, e o diálogo com os idosos permite entrar em contato com a sociedade de outro tempo. Entretanto, na reflexão de Marilena Chauí (1994, p. 18) a sociedade capitalista prefere oprimi-los de variadas formas,

desde a excessiva burocracia na hora da concessão de benefícios sociais até a utilização de mecanismos psicológicos para desmerecê-los, tais como as diversas incapacidades e a incompetência social.

A desvalorização dos idosos, juntamente com a demolição das paisagens, a destruição dos valores e a mudança das instituições são fatores capazes de destruir os suportes materiais da memória. A Lei nº 10741/2003 – Estatuto do Idoso - é uma resposta legislativa a essa necessidade de valorização, não só pela dignidade de sua condição mas também por serem eles a memória viva da sociedade.

Porém, não basta assegurar-lhes uma igualdade formal através da lei protetiva, mas concebê-los em sua função social de repositórios da memória coletiva. E, nessa perspectiva, já surgiram idéias isoladas sobre a possibilidade de ampliar o instituto jurídico do tombamento para alcançar também indivíduos, ou conceder benefícios previdenciários especiais àqueles que, reconhecidamente, sejam mestres em modos de criar e fazer culturais¹³³.

A política da memória é mais do que uma administração do passado. É a construção social do tempo e a maneira de se relacionar com o passado, que demarca as possibilidades e os sentidos do futuro. Sem a memória não há projetos coletivos, nem aperfeiçoamento das instituições e assim a única herança a ser transmitida é a do desengano socializado (LECHNER; GÜELL, 2006, p. 35).

O passado serve de contraste e paradigma para entender o presente, pois lembrar também é recolocar a informação no seu contexto e tirar dela as conseqüências necessárias para compreender o estado atual das coisas, atualizando-a (GOUDOT-PERROT, 1979, p. 62; BOLLE, 1992, p. 143).

A efetividade de uma política consistente de preservação do patrimônio cultural e de valorização da memória depende, como qualquer outra, da capacidade de realização do Estado e da integração de suas ações com as necessidades da sociedade, bem como da inclusão desta última como partícipe da construção e implementação dessas medidas.

É preciso superar, como bem destaca Benjamim (2003, p. 363), alguns dos problemas que inviabilizam a concretização das políticas públicas no Brasil, já crônicos, em especial o caráter meramente simbólico das leis, a falta de vontade política de implementá-las, a carência de recursos técnicos e financeiros, fragilidade dos agentes da implementação do

¹³³ Em Pernambuco a Lei nº 12.196, de 2 de maio de 2002, criou o registro do patrimônio vivo, uma iniciativa pioneira de valorização de pessoas físicas e grupos que contribuem para a cultura pernambucana, instituindo um benefício em dinheiro mensal para a sua manutenção, não restrita aos idosos.

ponto de vista técnico (falta de capacitação) e sem adequada remuneração, que acabam por minar a credibilidade dos órgãos implementadores.

Ao final, talvez o brasileiro realmente não exercite o direito à memória por causa das transformações econômicas vertiginosas, pela instabilidade social que desestrutura os sujeitos da memória social, pela exclusão social e políticas da maioria da população, tanto da História como da maioria das políticas públicas. (GARCIA, 1992, p. 169). O direito à memória passa pelo reconhecimento do igual valor de todos. Esses aspectos devem ser observados para uma política da memória realmente democrática, para evitar que seja apenas a continuidade do legado e da visão de apenas uma classe social.

9. CONCLUSÃO: Paz no futuro e glória no passado?

Toda uma gigantesca ação de solidariedade aos órgãos encarregados da defesa, preservação e ampliação do nosso acervo cultural – quer se refira a monumentos e documentos, conjuntos arquiteturais, estatuários e urbanísticos, sítios, ou cidades, telas e livros, partituras e manuscritos – precisa ser deflagrada, mobilizando o povo e conscientizando-o a fim de que o Brasil não se transforme numa grande nação historicamente desmemoriada, sem uma lembrança sequer de seu magnífico passado a oferecer às desoladas gerações vindouras. Ou só capaz de oferecer-lhes a recordação de nossa vileza – a de termos consentido na derrocada dos valores patrimoniais do espírito brasileiro, crime que ficará para sempre sem remissão. (OLIVEIRA, 1967, p. 218).

Glória no passado, mas também extermínio de povos autóctones, opressão, Canudos, ditaduras, prisões políticas, delitos de opinião, assassinatos, tortura, corrupção, omissão, abandono, impunidade: a memória coletiva e a individual mantêm acessíveis as informações que permitem entender, reinterpretar, ressignificar e reconstruir o passado, para compreender a sua influência no contexto atual.

O passado é a raiz dos problemas atuais e futuros, e nele podem ser localizadas as causas que devem ser atacadas para melhorar a qualidade de vida da sociedade. Exatamente para manter o passado íntegro, disponibilizando o maior número de informações possível, é necessário reconhecer a existência de um direito à memória, individual e coletiva, capaz de preservar a razão de existir da nossa sociedade, servindo de elo de coesão social e de comunhão de destinos rumo ao futuro.

Pensar em um direito que tem o passado como objeto significa valorizar o acervo cultural das diferentes épocas, dos diferentes grupos, que contribuíram para a formação das identidades na sociedade brasileira, transmitido através das gerações. Porém, não se trata apenas de apossar-se e ter o poder para revisar o passado, e sim de entender como se chegou ao atual estado de coisas, ou seja, de compreender o presente.

Mas também é o direito ao devir, de plantar as sementes do futuro através da transmissão eficiente daqueles valores e bens culturais que são os alicerces da coesão social e da identidade. Para que a sociedade brasileira continue existindo enquanto tal, é preciso legar o que dela existe de fundamental para as gerações vindouras: quanto de nós será preservado depende da capacidade atual de transmitir e de manter viva a memória.

O futuro é construído gradualmente, mas é um tempo longínquo em que ainda não existem erros, frustrações, cidadãos, cobranças, improbidade administrativa, paz. Ser o “país do futuro” não pode significar o adiamento de decisões importantes para a vida da população, nem pretender que ela espere indefinidamente pela realização das promessas explícitas ou veladas consagradas pelo Ordenamento Jurídico.

Se hoje a sociedade brasileira enfrenta problemas crônicos, como a miséria, a falta de cidadania, a corrupção, a insegurança, é porque em determinadas circunstâncias as opções, ações ou omissões a conduziram ao atual estado. O que aconteceu? Por que aconteceu? Quais foram os efeitos dessa ou daquela política pública? Seus objetivos, suas promessas foram atingidas? O dinheiro público foi bem gasto, foi suficiente? São perguntas que só o passado responde, mas que aparentemente não são feitas no “país sem memória”.

A falta de memória individual e coletiva tem muitas causas, e talvez a principal delas seja considerar o presente como o tempo mais importante, porque é nele que se vive e nos pertence, quanto que o passado são os outros. Nas sociedades modernas, baseadas no individualismo e na igualdade, o presente é o tempo mais importante porque dele depende o futuro que todos almejam (DAMATTA, 1993, p.24), por isso a construção da memória depende de uma melhor concepção e aperfeiçoamento do espaço público, do ponto de vista do Estado com políticas públicas melhor estruturadas, do ponto de vista da sociedade numa participação mais efetiva, e do ponto de vista do indivíduo a inclusão cotidiana nas questões coletivas.

Reconhecer a existência de um direito à memória não significa ser saudosista nem reacionário, mas buscar o equilíbrio entre que fomos, o que somos e o que se pretende ser e, principalmente, pensar com generosidade e respeito com os antepassados e os sucessores.

Neste estudo, o direito à memória é caracterizado como materialmente fundamental porque corresponde à necessidade individual e coletiva de afirmação e conhecimento atuais do passado, para formar a identidade do indivíduo e dos grupos sociais (mais ou menos amplos), além de servir de medida da inserção e do comprometimento recíproco entre esses.

Encontra a sua fundamentação dogmática no art. 4º da Convenção relativa à proteção do Patrimônio Mundial, Natural e Cultural e, no âmbito interno, é implicitamente previsto pelo artigo 5º, §2º da CF/88, cuja existência e eficácia pode ser deduzida das normas de competência legislativa ou material, e das disposições contidas nos artigos 215, 216 e 225.

Alternativamente, não admitida a existência de direitos fundamentais implícitos, o direito à memória pode ser concebido como uma faceta do direito fundamental à herança,

previsto pelo artigo 5º, XXX, da CF/88. Para tanto, é preciso superar a concepção exclusivamente privatística, de sucessão de bens, ampliando e ressignificando o conceito de “herança” para além dos bens familiares e atingir a esfera pública, abrangendo a transmissão dos bens integrantes do patrimônio cultural.

O direito à memória encerrará diversas posições jurídicas, dada a complexidade de sua formulação. Por isso admite-se a sua manifestação como direito de primeira, segunda, terceira ou quarta dimensões, conforme a posição jurídica sob análise.

Em sua dimensão individual deve ser tratado diferentemente quando pensamos em indivíduos vivos e mortos. O direito individual à memória dos vivos liga-se aos direitos de personalidade, em especial aos direitos à honra, à imagem e à intimidade, mas também pode referir-se à possibilidade de aprender e transmitir os modos de fazer, viver, e sentir de um grupo. E compreende seis posições jurídicas distintas: o direito à integridade do passado, o direito à veracidade do passado e o direito à reserva do passado, ligados aos direitos de personalidade; direito de acessar as fontes da cultura nacional, de criar e transmitir memória, denominada “liberdade de lembrança”.

Os mortos também têm memória e podem ser objeto de memória alheias, cabendo à sua defesa genericamente aos familiares. Não obstante, aqui também é preciso superar a concepção exclusivamente privatística da gestão da memória dos mortos porque mesmo os próprios legitimados podem abusá-la, ou serem negligentes.

Além da defesa da memória pelos familiares, o respeito à memória dos mortos pode ser manifestado por outras três maneiras: a *lembrança celebrativa*, em relação aos vultos e personalidades históricas; a *reabilitação*, quando o indivíduo falecido não teve em vida o reconhecimento ao qual fazia jus e o *direito genérico de respeito aos mortos*.

O direito à memória possui uma dimensão prestacional, envolvendo o direito a participar da elaboração de políticas públicas para a conservação do patrimônio (proteção e participação na organização e procedimento), a prestações materiais (conservação do patrimônio cultural) e à utilização dos bens públicos que constituem o patrimônio cultural, que se enquadram nas prestações de cunho existencial.

A dimensão transpessoal do direito fundamental à memória é composta por sua manifestação como direito de terceira e de quarta dimensão, tendo por destinatário o gênero humano mesmo, abrangendo sujeitos atuais e as gerações futuras, que são ligados por laços de solidariedade intergeracional.

Nessa dimensão transpessoal é praxe pensar em um direito das futuras gerações de acessar o patrimônio cultural diversidade e em bom estado de conservação. Mas deve-se

também destacar também o seu dever de continuar preservando o passado, pois a atual geração é futura em relação às precedentes e cabe-lhe preservar o passado e o presente para as gerações vindouras.

Os itens e parágrafos anteriores trataram das dimensões individual, prestacional e transpessoal do direito à memória, mas como acontece com a maioria dos direitos fundamentais, o seu conteúdo geralmente é carente de preenchimento pois dependerá do valor histórico, artístico e arqueológico, por exemplo, que são indeterminados. Faz-se necessário determinar o conteúdo dessa valoração, o que leva a um problema quanto ao critério a ser adotado para reconhecer os valores.

O Estado assume deveres de proteção e efetivação desse direito, através da implementação de políticas públicas para conservar, proteger e difundir o patrimônio cultural brasileiro. A relação entre a memória e o patrimônio cultural é quase que imediata, pois os elementos que o constituem são os referenciais de localização, situação, daquela no tempo e no espaço. Portanto, é preciso refletir também sobre o que será transmitido, já que os suportes da memória coletiva são muito variados e, hoje, não há mais hierarquia rígida entre as diversas formas de registro.

A Constituição define o patrimônio cultural com a finalidade de dar parâmetros à *tutela estatal*, mas é bastante confusa quanto ao seu delineamento, devido à uma superposição de classificações, não se reportar a conteúdos específicos e nem trazer definições dos elementos que arrola. Por outro lado, o critério formal da “inscrição”, seja através de tombamento ou outros tipos de registro, como o inventário e a catalogação, não resolve esse problema do delineamento do patrimônio cultural porque a CF/88 não exige mais o reconhecimento oficial para que um bem seja considerado “cultural”.

O art. 216 da CF/88 estabelece duas ordens de critérios: o primeiro – o valor – adjetiva o bem. Em segundo, como parâmetro da tutela, diz que esse bem adjetivado deve ser referente à identidade, à memória e a ação dos grupos formadores da sociedade brasileira, conforme acima exposto.

São indicados, de forma genérica e não exaustiva, os elementos que compõem o patrimônio cultural, reconhecidos a partir da aposição dos valores histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, aos quais a legislação infraconstitucional acrescenta outros. Reconhecida a diversidade de valores a serem interpretados e aplicados na identificação dos bens culturais, o problema passa a ser o critério de escolha.

O patrimônio cultural, exatamente por não ser um dado mas uma construção social, resulta de um processo de atribuição de significados e sentidos que desnudam sua natureza política, econômica e social. É um espaço de luta e disputa, submetido a diferentes usos e diferentes interesses, que selecionarão os bens culturais dignos de serem preservados e transmitidos.

Em outras palavras, a definição do que é “artístico”, “científico”, “turístico” etc., dependerá de uma apreciação do administrador público. E isso ocorre porque o principal responsável pela identificação de bens culturais, pelo delineamento do conteúdo e abrangência do patrimônio cultural e pela elaboração de políticas públicas de proteção é o Poder Público.

O poder público utiliza da discricionariedade técnica para definir esses valores, identificando os bens preserváveis. Ao reconhecer e atribuir valores a um determinado bem material ou imaterial, que assim passam a ser merecedores de proteção especial. A questão é saber se esses atos de valoração são compatíveis com a idéia de ressonância social que os bens culturais a serem preservados (inclusive com o dinheiro e atuação fiscalizatória públicos) possuem ressonância social como pretende a CF/88.

Constatou-se ao longo do estudo que muitos bens preservados não foram escolhidos dentro dos parâmetros constitucionais, sendo privilegiados valores como a sacralidade, a beleza, a monumentalidade, a excepcionalidade, a grandiosidade, antiguidade, autenticidade, valor econômico, tipicidade, que foram superados pelo advento do art. 216 da CF/88. Hoje o bem tem que ser *representativo*, um verdadeiro testemunho da ação, identidade e memória daqueles que contribuíram para a formação da civilização brasileira.

A questão agora é saber quem e como se decide o que é representativo, e quais as maneiras de controlar essas escolhas, de modo a observar os parâmetros postos na legislação, porque embora o conteúdo dos atos discricionários não seja pré-determinado, a sua finalidade e os resultados que devem alcançar o são, e devem ser sindicados pelo Poder Judiciário, a quem cumpre analisar e julgar toda e qualquer ameaça ou lesão a direito, além de poder ativamente reconhecer o valor cultural dos bens, avaliar a licitude/ilicitude de determinadas práticas culturais, o que determina se podem ou não ser objeto de proteção ou reprimidas, como também permitir que outros atores sociais, além da Administração Pública, possam atuar na identificação do patrimônio cultural.

O controle dessas escolhas é fundamental para garantir que atendam ao máximo à diversidade e à fragmentação de interesses de uma sociedade pluralista e democrática como é a brasileira. É por isso que, além dos aspectos eminentemente técnico e especializado que

caracterizam as escolhas discricionárias da Administração Pública, evidentemente balizadas pelo princípio da legalidade, a definição do patrimônio cultural deve também basear-se no senso comum, devendo ser promovida a participação popular no processo de reconhecimento, inventário e preservação dos bens culturais, como forma de concretização do princípio democrático.

A participação popular na formação da vontade administrativa, especialmente quando da interpretação dos conceitos indeterminados e valores para definir o que seja patrimônio cultural, é indispensável à sua legitimação. Especialmente porque ela, a comunidade, é também um sujeito responsável pela preservação, e possui um compromisso com as futuras gerações. O princípio da participação é concretizado através das organizações não-governamentais nos conselhos ambientais, na participação nas audiências públicas no procedimento de Estudo de Impacto Ambiental (EIA), e pela participação em ações judiciais, em especial a ação popular e civil pública.

A construção da memória coletiva e da identidade que dela resulta depende do enraizamento dos bens culturais no imaginário da população, do que ressalta a importância de uma política pública para a construção e preservação: na verdade é necessário que eles sejam apropriados pelo povo e passem a fazer parte do seu cotidiano.

A definição do âmbito do direito à memória depende da análise dos direitos correlatos que o balizam, partindo do direito ao esquecimento que lhe serve de fronteira. Existem diversas maneiras de esquecer juridicamente, por exemplo, a anistia, a prescrição, o perdão, a censura. Mas esse esquecimento encontra o seu limite quando se torna violador da moral e da consciência, não se admitindo que seja um artifício para a impunidade e nem uma forma de negligência que permite que velhos erros voltem a prejudicar a sociedade

Lembrar e esquecer são etapas de um mesmo processo, e muitos fatores contribuem para determinar o esquecimento de fatos, sendo especialmente importantes a retração do espaço de discussão pública (pelo medo, falta de segurança, repressão), e o empobrecimento das estruturas comunicativas habituais com a segmentação dos espaços de encontro e conversação, pois onde não existe o vínculo social forte não há suporte e nem material para a memória coletiva.

Já os direitos correlatos ao direito fundamental à memória são aqueles que contribuem para esclarecer, por diferenciação, o seu conteúdo e alcance. Foram analisados brevemente alguns direitos que podem guardar relações de afinidade, complementaridade ou pertinência com o direito fundamental à memória: direito à vida, direito à educação, ao nome, à origem familiar, à honra e imagem, à moradia, à diferença, à resistência, à

autodeterminação, ao desenvolvimento, todos relacionados com a apropriação e a construção das identidades individual e coletiva.

Mais árduo é definir se o direito à memória pode ser concebido como espécie de direitos culturais ou autonomamente, considerando que não há um elenco e nem a definição do perfil dos direitos culturais na CF/88. Todos eles vinculam-se, de maneira mais ou menos direta, à apropriação da memória mas, considerando que o próprio conceito de Cultura pode ser utilizado de forma mais ou menos ampla, por exemplo, excluindo-se fenômenos econômicos, tem-se que o direito à memória deverá ser autônomo se a concepção utilizada for por demais restrita. Mas também é de considerar que é menos amplo que os direitos culturais em geral devido a encontrar-se vinculado à dimensão tradicional da Cultura.

Deve-se destacar que o direito à memória não se relaciona apenas com os direitos acima exemplificativamente citados, mas serve de instrumento para efetivação de todos os direitos fundamentais, como verdadeira guardiã que constrói o quadro de referências sobre o qual se baseia a proibição do retrocesso, relativamente à abolição ou desnaturação de outros direitos fundamentais.

Os bens culturais que servem de suporte à memória são protegidos pelos instrumentos analisados no capítulo 6, e são abrangidos pela política de preservação promovida pelos órgãos oficiais através de um sistema administrativo específico. Mas sua defesa não se pode ser concebida como um “amor aleatório”, como diz Choay (2001, p.52), que preserva determinados bens em detrimento de outros.

Mas não basta pensar em uma política de preservação desenvolvida apenas pelos órgãos oficiais, não só porque o Estado é insuficiente por não dispor de recursos suficientes e por realizar apenas uma preservação parcial, sendo incapaz de reconhecer todas as memórias, razão pela qual as políticas de preservação só contemplam algumas delas, que talvez nem sejam as mais representativas.

Podem ser destacadas medidas sistêmicas e pontuais para o aperfeiçoamento da defesa da memória. Em relação às primeiras, é necessário promover uma reforma estrutural nas políticas de preservação, que do ponto vista jurídico significa atualizar a legislação protetiva: desde o aperfeiçoamento dos instrumentos (inclusive econômicos), passando por uma reforma organizacional das entidades de preservação, até à inclusão de novos atores na preservação.

A mudança de mentalidade nesse caso também é sistêmica, porque exige uma reflexão sobre o papel e a importância de todos no processo de preservação, especialmente quanto ao Estado, que deve ser o gestor, mas não o senhor, da memória. Com Chauí (1992, p.

45) conclui-se que o Estado não pode ser o centro que define e irradia a memória, não deve produzi-la e nem decidir sozinho o que deve ser preservado. Sua atuação deve ser de fomento e subsídio dos movimentos sociais para que esses organizem a preservação de sua própria memória e construam a sua própria identidade, como deve acontecer em uma sociedade verdadeiramente democrática.

Ao lado dessas mudanças estruturais profundas podem ser adotadas medidas pontuais visando à motivação e ao incentivo, como por exemplo a criação de um prêmio para distinguir e reconhecer os esforços de preservação (PICCIONI, 1999, p. 88). Na cidade de Buenos Aires os locais de interesse histórico-cultural recebem uma placa indicativa, que serve não apenas de informação para os nativos e turistas, mas ressalta o seu valor cultural que agrega eventualmente valor econômico.

Concluindo, a memória deve ser preservada porque ela funciona como uma vacina, criando anticorpos capazes de prevenir e combater crises institucionais de rumo e de identidade. Entretanto, é preciso ter com passado uma relação dinâmica porque lembrar não é só reviver, mas refazer, reconstruir, repensar e representar no presente as experiências do passado (MASSEI, 2006), impedindo que o apego saudosista seja entrave para que novos ideais sejam realizados (SANTOS, 2000, p.89).

O direito à memória não pretende manter arbitrariamente vigentes temas e símbolos que já foram consumidos, absorvidos e modificados pela sociedade: não é a manutenção do *status quo ante*, a negação da dinâmica social, nem conservadorismo ou saudosismo. Trata-se, sim, do apelo democrático ao reconhecimento da existência de uma pluralidade de memórias sociais, paralelas à oficial, que devem ser igualmente protegidas independentemente do seu conteúdo. Na reflexão de Sosnowski (1994, p.18), o direito à memória é o poder atribuído aos cidadãos para dizer “para sempre” e “nunca mais”.

Trata-se de aprender com a experiência: o direito à memória pretende, sim, garantir aos cidadãos brasileiros a possibilidade de conhecer verdadeiramente e de escolher, eleger, os seus caminhos no passado, no presente e no futuro, reconhecendo a existência de múltiplas memórias e identidades. No final, o problema do direito à memória é fundamentalmente de equilíbrio entre absorver e transmitir, entre lembrar e esquecer, entre o essencial e o efêmero.

Auguste Rodin, o célebre escultor, uma vez demonstrou todo o seu amor pelas catedrais, conclamando os seus compatriotas a amá-las por serem o produto sublime da natureza francesa. Vendo porém, o lamentável estado em que encontravam afirmou: “resigno-me à morte desses edifícios como à minha” (RODIN, 2002, p. 155). Como se pode ver no

belíssimo livro que escreveu em sua defesa, o artista não se resignou com a ruína das catedrais, como também não se devem conformar os brasileiros, com a lenta morte da sua memória. Com apoio nas palavras do artista, conclui-se:

Eu gostaria de contribuir para que se amasse essa arte grandiosa, de concorrer para salvar o que ainda resta intacto desse passado que o presente desconhece. Com esse desejo, tento despertar os espíritos e os corações para a compreensão e para o amor. Mas não posso dizer tudo. Vocês têm de ir ver. E, acima de tudo, olhem com simplicidade, com docilidade. Prestem-se ao trabalho e ao respeito. Estudemos juntos... (RODIN, 2002, p.5).

10. REFERÊNCIAS

10.1 Fontes bibliográficas

ABREU, Regina. **A fabricação do imortal** – Memória, História e estratégias de consagração no Brasil. Rio de Janeiro: Lapa/Rocco, 1996.

AB’SABER, Aziz. Patrimônio Mundial Natural no Brasil. In: UNESCO. **Patrimônio mundial no Brasil**. Brasília: UNESCO: Caixa Econômica Federal, 2000.

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.

AGUIAR, Carmem Maria. **Educação, Cultura e Criança**. Campinas: Papirus, 1994.

ALBERTIM, Bruno. Tem, mas tá faltando. **Jornal do Commercio**, Caderno Turismo, 23 jun., p. 1-2, 2005-a.

_____. Seguro, só em casa. **Jornal do Commercio**, Caderno Família, 24 jul., p. 1-2, 2005-b.

_____. Entre lápides e monumentos. **Jornal do Commercio**, Caderno de Turismo, 10 mai, p. 1-2, 2007.

ALBROW, Martin. Nacionalidade e identidade na era global. In: BARROSO, João Rodrigues (coord.). **Globalização e identidade nacional**. São Paulo: Atlas, p. 19-37, 1999.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul/set. 1999.

ALMEIDA, Maria das Graças Andrade Ataíde de. **A construção da verdade autoritária**. São Paulo: Humanitas/FFLCH/USP, 2001.

ALMEIDA, J.J. **Da Universidade**. Recife, 1967.

ALONSO PÉREZ, Mariano. Daños causados a la memoria del difunto y su reparación. Disponível em: <[http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMaria noAlonsoPerez.html](http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMaria%20noAlonsoPerez.html)>. Acesso em: 04/10/2007.

ANDRADE, Mário. **Macunaíma**. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 2004.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza, DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo & SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **Introdução ao Meio Ambiente**. José Joaquim Gomes Canotilho (coord.). Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.

_____. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

ARIÈS, Phillippe. A História das mentalidades. In: LE GOFF, Jacques. **A História Nova**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ARISTÓTELES. **Categorias**. Lisboa: Guimarães Editores, 1994.

ARISTOTLE. On Memory and Reminiscence. In: **Works of Aristotle**. Chicago: University of Chicago Press, 1989.

ASSIS, Denise. **Propaganda e Cinema a serviço do golpe – 1962/1964**. Rio de Janeiro: Mauad, 2001.

ASSUMPÇÃO, Michelle de. Caminhos que levam ao patrocínio. **Diário de Pernambuco**, Caderno Viver, 9 jan., p. D1, 2005.

ATÉ o muro rachou. **Veja**, São Paulo, nº 44, 6 de nov. de 2002.

AZEVEDO, Joailce Maria do Monte de. Programa Monumenta – uma proposta inovadora. **Boletim Informativo da Associação Brasileira de Conservadores-Restauradores de Bens Culturais (ABRACOR)**, Rio de Janeiro, p. 8-9, dez/1999 a fev/2000.

BAEZA, Paz Rojas. **Mental health disturbances caused by the absence of truth and Justice**. Disponível em: <<http://www.ishhr.org/conference/articles/rojas.pdf>>. Acesso em: 31/1/2005.

BAILLARGEON, Diane; BURGESS, Joanne. **Réconcilier la vie privée et la memoire**. Disponível em: <http://www.archivistes.qc.ca/evenement/intervention/20030810_vieprivee_letouv.html>. Acesso em: 29/10/2007.

BARACHO, Maria Amarante Pastor. **A descentralização das ações na área do patrimônio histórico, artístico e cultural em Minas Gerais**. Uma agenda em aberto. Disponível em: <http://www.wwww.duo.inf.br/culturaonline/arquivo/baracho2.pdf>>. Acesso em: 04/02/2006.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 315-345, 2003.

BARBOSA, Licínio. Do indulto, um gesto de clemência no Direito Penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v.2 (2), pp. 273-288, 1978.

BARBOSA, Ruy. **A Constituição e os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Atlântida, s.d.

_____. A anistia inversa. In: **Collectanea Jurídica**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1928.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 84-103, abr/jun. 2005.

BARDIN, Lawrence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2000.

BARRETTO, Margarita. **Turismo e legado cultural**. São Paulo: Papirus, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **A Constituição e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BAYARD, Jean-Pierre. **Sentido oculto dos ritos mortuários – morrer é morrer?**. São Paulo: Paulus, 1996.

BECKER, Ulrich. Educação formal ou informal? Uma contribuição às discussões atuais sobre as falsas alternativas. In: FAUNDEZ, Antônio (org). **Educação, desenvolvimento e Cultura**. São Paulo: Cortez, 1994.

BEGOSSI, Alpina. Escalas, economia ecológica e a conservação da biodiversidade. In: CAVALCANTI, Clóvis (org.). **Meio Ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. São Paulo: Recife: Cortez: Fundação Joaquim Nabuco, p. 56-71, 1999.

BENEDETTI, Mário. **Esse grande simulacro**. Disponível em: <<http://www.revista.agulha.nom.br/1dteles4c.html>>. Acesso em 22/08/2006.

BENEVIDES DE BARROS, Regina. Saúde Mental: a importância de se assegurarem direitos. In: PASSOS,E; RAUTER,C;BENEVIDES DE BARROS,R. (org).**Clínica e Política: subjetividade e violação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Instituto Franco Basaglia: Tecorá, p. 171-178, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman. **O Estado teatral e a implementação do Direito Ambiental**. In: Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, São Paulo, Volume I, p. 338, 2003.

BENJAMIN, Walter. **Magia e Técnica, Arte e Política**. Obras escolhidas, vol. 1. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

BÍBLIA. **Deuteronômio**, 5,16. São Paulo: Vida, 1999.

BIERCE, Ambrose. **The Devil`s Dictionary**. New York: Dover, 1993.

BITTENCOURT, Circe Maria Fernandes. As “tradições nacionais” e o ritual das festas cívicas. In: PINSKY, Jaime. **O ensino da História e a criação do Fato**. São Paulo: Contexto, p. 43-72, 2004.

BO, João Batista Lanari. **Proteção do patrimônio na UNESCO**. Brasília: UNESCO, 2003.

BOBBIO, Norberto. Democracia. In: BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Niccola; PASQUINO, Giancarlo (org). **Dicionário de Política**. Brasília: UNB:São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, p. 319-329, 2000.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLLE, Willi. A cidade como escrita. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. **O Direito à memória – Patrimônio histórico e cidadania**. São Paulo: DPH, p. 137-143, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Para um Federalismo das regiões. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 65, 1980.

_____. A nova universalidade dos direitos fundamentais. In: **NOMOS** – Revista do curso de Mestrado da UFC, Fortaleza, vols. 9-10, nº 1-2, 9.1-13, 1990-1991.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORGES, Jorge Luis. **Funes, el memorioso**. In: Obras Completas, vol I. São Paulo: Globo, 1998.

BORGES, Roxana Cardoso. **Função Ambiental da Propriedade Rural**. São Paulo: LTr, 1999.

BORTOLOTTI, Dario. Il principio costituzionale della clemenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 37 (4), p. 1681-1711, 1978.

BOTELHO, Isaura. Dimensões da Cultura e Políticas Públicas. **São Paulo em perspectiva**. São Paulo, n. 15, 2, p. 73-83, 2001.

BOURDIEU, Pierre. As contradições da herança. In: **A miséria do mundo**. Petrópolis: Vozes, 1998.

_____. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BOURLON, Nicolas; BERTHON, Dominique. “Desenvolvimento sustentável e gerenciamento das bacias hidrográficas na América Latina”. **Anais do XII Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos**, São Paulo, p. 201-207, 1997.

BOSI, Ecléa. **Memória e Sociedade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, p. 103-194, 2000.

BRESCIANI, Maria Stella. Cidades: espaço e memória. In: SÃO PAULO. SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. **O Direito à memória – Patrimônio histórico e cidadania**. São Paulo: DPH, p. 161-166. 1992.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUARQUE DE HOLLANDA, Aurélio. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. **CF/88 anotada**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALLADO, Antônio. **Censura e outros problemas dos escritores latino americanos**. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2006.

CALLEJÓN, M. L. Balaguer. La interpretación constitucional como interpretación del Derecho. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Derecho Constitucional y Cultura – estudios em homenagem a Peter Häberle**. Madrid: Tecnos, 237-248, 2004.

CANANI, Aline Sapiezinskas Krás Borges. Herança, sacralidade e poder: sobre as diferentes categorias do patrimônio histórico e cultural no Brasil. **Horizontes Antropológicos**, nº 23, Porto Alegre, p. 163-175, jan/jun. 2005.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. Democracia y derechos humanos: el regimen emergente de la promoción internacional de la Democracia y del Estado de Derecho. **Arquivos do Ministério da Justiça**, nº 183, Brasília, p. 5-24, jan/jun.1994.

CANOTILHO, J.J.Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 94-114, 2001-a.

_____. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 35-68, 2001-b.

CAPANEMA, Gustavo. Rodrigo, espelho de critério. In: **A lição de Rodrigo**. Recife: Amigos da DPHAN, p. 41-43, 1969.

CARAZZAI, Emilio; WERTHEIN, Jorge. Memória, um lugar a ser visitado. In: UNESCO. **Patrimônio mundial no Brasil**. Brasília: UNESCO: Caixa Econômica Federal, 2000.

CARBONNEL SANCHEZ, Miguel. Problemas constitucionales del Multiculturalismo. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Derecho Constitucional y Cultura – estudios em homenagem a Peter Häberle**. Madrid: Tecnos, p. 249-272, 2004.

CARDOZO, Joaquim. Rodrigo M. F. de Andrade e sua obra. In: **A lição de Rodrigo**. Recife: Amigos da DPHAN, p. 51-53, 1969.

CARONE, Iray. Necessidade e individuação. **Revista Transformação**, São Paulo, v. 15, p. 85-112, 1992.

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas: o imaginário da República do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

CARVALHO NETO, Menelick. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, Adércio Leite (org). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 141-163, 2003.

CASTRO, I.C.; ORTIZ, C.G. **El derecho a la memória**. Disponível em: <<http://www.desaparecidos.org/colombia/galeria/derechos.html>>. Acesso em: 07/08/2004.

CASTRO NETO, Nicolao Dino de. Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural – alguns aspectos. In: **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, nº 9, Brasília, p. 11-168, out/dez de 2003.

CAVALCANTI, Maria do Rosário Moraes. Degradação ambiental criminosa: genocídio dissimulado. **Estudantes-Caderno Acadêmico**, nº 4, Recife, p. 131-154, jul/dez 1998.

CAVANI, Júlio; FEITOSA, Aline. TCE vê fraude em projetos culturais. **Jornal do Commercio**, Recife, 6 set, Últimas, p. A 10, 2005.

CATROGA, Fernando. Recordar e comemorar – a raiz tanatológica dos ritos comemorativos. **Revista Mimesis**, Bauru, vol. 23, nº 2, pp. 13-48, jul/dez. 2002.

CECCHERINI, Eleonora. Mecanismos institucionales de garantía de las identidades culturales. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Derecho Constitucional y Cultura – estudios em homenagem a Peter Häberle**. Madrid: Tecnos, p. 349-368, 2004.

CEMITÉRIO DO BATALHÃO. Disponível em:<http://www.iphan.gov.br/bancodados/bens_tombados/mostrabenstombados.asp?CodBem=1601>. Acesso em: 05/09/2005.

CHAGAS, Mário. Cultura, Patrimônio e Memória. **Ciências & Letras**, Porto Alegre, v. 31, p. 15-29, 2002.

CHAUÍ, Marilena. Política cultural, Cultura política e patrimônio histórico. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. **O Direito à memória – Patrimônio histórico e cidadania**. São Paulo: DPH, p. 37-46, 1992.

_____. Os trabalhos da memória. In: BOSI, Ecléa. **Memória e Sociedade**. São Paulo: Companhia das Letras, p. 17-32, 1994.

_____. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2001.

_____. **Cidadania cultural: o direito à Cultura**. São Paulo: Editora Função Perseu Abramo, 2006.

CHALHOUB, Sidney. **O conhecimento da História, o direito à memória e os arquivos judiciais**. Disponível em:<http://trt4.gov.br/memorial/MENU_EVENTOS/Curso%20de%20formacao%20de%20multiplicadores/O%20conhecimento%20da%20historia,%20o%20direito%20o%20memoria%20e%20os%20arquivos%20judiciais.pdf>. Acesso em: 17/03/2007.

CHATWIN, Bruce. **O rastro dos cantos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

CHIAVENATO, Idalberto. **Teoria Geral da Administração**. São Paulo: MacGraw-Hill, 1987.

CHOAY, Françoise. **A alegoria do patrimônio**. São Paulo: Estação Liberdade: Editora UNESP, 2001.

CHRISTOFOLETTI, Lilian. **Lei da Anistia optou pelo esquecimento e pela paz sem Justiça**. (Entrevista com Flávia Piovesan). Folha de São Paulo, 28 jan., p. A12, 2007.

CLARK, Grahame. **A identidade do Homem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

CLÉVE, Clemerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, Adércio Leite (org). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 385-394, 2003.

CLÉVE, Clemerson Merlin; PEIXOTO, Marcela Moraes. O Estado Brasileiro: algumas linhas sobre a divisão de Poderes na Federação Brasileira à luz da Constituição de 1988. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, nº 5, p. 289-303, maio 1991.

CNPq. **Áreas do conhecimento**. Disponível em: <<http://www.cnpq.br/areasconhecimento/index.htm>>. Acesso em: 26/10/2007.

COCCHIARALE, Fernando. **Quem tem medo da arte contemporânea?**. Recife: FUNDAJ: Massangana, 2006.

COELHO, Hercídia; GAETA, Maria Aparecida Junqueira da Veiga; GUIMARÃES, Dulce Maria Pamplona. Estado Novo, Festa e Memória. **Revista História**, v. 14, p. 97-109, 1995.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da Constituição e interpretação constitucional. In: COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G.; MENDES, G. F. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, p. 15-99, 2000.

COHN, Gabriel. A concepção oficial de Cultura e processo cultural. **Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**, nº 22, p. 7-10, 1987.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O direito à verdade no regime republicano**. Folha de São Paulo, 26 dez., Tendências/Debates, 2004.

CONFÚCIO. **The Analects**. New York: Dover, 1995.

CONNERTON, Paul. **Como as sociedades recordam**. Oeiras: Celta, 1999.

COPOLA, Gina. Meio Ambiente Cultural e sua proteção. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo nº 6, p. 641-647, jun. 2004.

CORDE – Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. **Município e Acessibilidade**. BAHIA, Sérgio Rodrigues (org.). Rio de Janeiro: IBAM/DUMA, 1998.

CORDEIRO, Tiago. Crime sem perdão. **Veja**, São Paulo, nº 18, p. 164-165, 2005.

CORTESÃO, Judith. Pela mão de Cecília: viagem ao redor do conceito de História, patrimônio e Cultura, **Humanidades**, nº 10, Brasília, UNB, agosto/outubro de 1986.

COSTA, Célia. O Arquivo Público do Império: o legado absolutista na construção da nacionalidade, **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 14, nº 26, p. 217-231, 2000.

COSTA, Flávio Dino de Castro. A função realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, nº 28, p.65-90, nov/dez 2004.

COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só**: a tutela penal do direito à intimidade. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

CRUZ, Anamaria da Costa; PEROTA, Maria Luiza Loures Rocha; MENDES, Maria Tereza Reis. **Elaboração de referências (NBR 6023/2002)**. Rio de Janeiro: Niterói, Interciência: Intertexto, 2002.

CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Bauru: EDUSC, 1999.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUREAU, Sandra. Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural. **Boletim Científico**, Brasília, ESMPU, a. II, nº 9, p. 189-195, out/dez de 2003.

DAMATTA, Roberto. Antropologia da saudade. In: **Conta de mentiroso – sete ensaios de Antropologia brasileira**. Rio de Janeiro: Rocco, p. 17-34, 1993.

_____. **A Casa e a Rua**. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DANTAS, Ivo. Jurisdição Constitucional e promoção dos direitos sociais. In: SAMPAIO, Adércio Leite (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 435-450, 2003.

DATAFOLHA. **Brasileiro acha que o país vai melhorar, mas emprego preocupa**. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/po/dossie_utopia_23042000a.shtml>. Data de acesso: 26/09/2006.

DAVALLON, Jean. A imagem, uma arte da memória? In: ACHARD, Pierre *et al.* **O papel da memória**. Campinas: Pontes, 1999.

DAVIES, Nicholas. As camadas populares nos livros de História do Brasil. In: PINSKY, Jaime. **O ensino da História e a criação do Fato**. São Paulo: Contexto, p. 93-104, 2004.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DIEGUES JR., Manuel. **Etnias e Culturas no Brasil**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 1980.

DIÊGOLI, Leila Regina; ROLNIK, Raquel; SEGAWA, Hugo. Preservação e modernidade. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. **O Direito à memória – Patrimônio histórico e cidadania**. São Paulo: DPH, p.197-210, 1992.

DODEBEI, Vera Lúcia Doyle. Construindo o conceito de documento. In: LEMOS, Maria Teresa T.B.; MORAES, Nilson A. de (org.). **Memória e construção de identidades**. Rio de Janeiro: 7Letras, p. 59-66, 2000.

DOMINGUES, José Maurício. Desencaixes, abstrações e identidades. In: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Maurício (org.). **Teoria Social e Modernidade no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, p. 38-60, 2000.

DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa**. São Paulo: Edições Paulinas, 1989.

_____. **Sociologia e Filosofia**. São Paulo: Ícone, 1994.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. São Paulo: Perspectiva, 1998.

_____. **Interpretação e Superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

EDELWEISS, Frederico. **Apontamentos de Folclore**. Salvador: EDUFBA, 2001.

ENDERE, Maria Luz. La protección del patrimonio arqueológico en Argentina: dificultades y desafíos. In: COMISSIÓN PARA LA PRESERVACIÓN DEL PATRIMONIO HISTORICO-CULTURAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. **Temas del Patrimonio Cultural**, vol II. Buenos Aires: Eudeba, 1999.

ESPANCA, Florbela. **Sóror Saudade**. In: Poesia de Florbela Espanca. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FALCON, Francisco. **História Cultural**: uma nova visão sobre a sociedade e a cultura. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

FARIAS, Paulo José Leite. A Federação como mecanismo de proteção ao meio ambiente. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 135, p. 283-300, jul/ set. 1997.

FEITOSA, Aline. Projeto reinventa integração entre o velho e novo. **Diário de Pernambuco**, Caderno Viver, 8 abr., p. D1, 2007.

FENELON, Déa Ribeiro. Políticas culturais e patrimônio histórico. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. O Direito à memória – Patrimônio histórico e cidadania. São Paulo: DPH, p. 29-33, 1992.

FERNANDES, José Ricardo Oriá. **Direito à memória** – a proteção jurídica ao patrimônio histórico-cultural brasileiro. Fortaleza: UFC, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Revisão para tudo ficar como está? **Folha de São Paulo**, 2 dez., Tendências/Debates, 2006.

FERREIRA, Ivete Senise. **Tutela Penal do Patrimônio Cultural**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FERREIRA, Lúcio Menezes. Solo civilizado, chão antropofágico: a Arqueologia imperial e os sambaquis. In: FUNARI, Pedro Paulo A; ORSER Jr., Charles E; SCHIAVETTO, Solange Nunes de Oliveira (org.). **Identidade, discurso e poder**: Estudos da Arqueologia Contemporânea. São Paulo: AnnaBlumme: FAPESP, p. 135-146, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A cultura dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, Adércio Leite. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, p. 239-250, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências administrativas dos Estados e Municípios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 207, p. 1-19, jan/mar. 1997.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. A interpretação constitucional como “concretização ou método hermenêutico concretizante”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 46, p. 117-135, jan/mar. 2004.

FILLOUX, Jean-Claud. **A memória**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1959.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FONSECA, Maria Cecília Londres. **O patrimônio em processo**: trajetória da política federal de preservação no Brasil. Rio de Janeiro: UFRJ:MINC:IPHAN, 2005.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje – novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: UNB, p. 245-282, 2001.

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande e Senzala**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, Adércio Leite (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 213-238, 2003.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. Walter Benjamin ou a História aberta. In: **Magia e Técnica, Arte e Política**. Vol I. São Paulo: Brasiliense, 1994.

GARCÍA, Alfonso Ruiz. Patrimonio histórico y identidad cultural. **Cuaderno Humanidades**, nº2. Disponível em: <[http://personales.larural.es/CUNESCP/Cuaderno% 20. humanidades.pdf](http://personales.larural.es/CUNESCP/Cuaderno%20humanidades.pdf)>. Data de acesso: 19/02/2003.

GARCIA, Marco Aurélio. Tradição, memória e história dos trabalhadores. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. **O Direito à memória** – Patrimônio histórico e cidadania. São Paulo: DPH, p. 169-174, 1992.

GARCÍA HERRRERA, Miguel Angel. Consideraciones sobre Constitución y Cultura. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Derecho Constitucional y Cultura – estudios em homenagem a Peter Häberle**. Madrid: Tecnos, p.119-130, 2004.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Representación y democracia. **Revista Doxa**, nº 6, 1999, pp. 143-164. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.es>>. Acesso em: 5 de setembro de 2005.

GILL, N.S. Emperors Whose Memory Was Erased by Senate Decree - Damnatio memoriae. Disponível em: <<http://ancienthistory.about.com/od/romannames1/a/EmperorsErased.htm>>. Acesso em: 18/03/2008.

GIORGI, Raffaele di. **Direito, Tempo e Memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GOETHE, Johann Wolfgang von. **Fausto** – uma tragédia. São Paulo: Editora 34, 2006.

GOMES, Ângela de Castro. A guardiã da memória. **Revista do Arquivo Nacional**, Rio de Janeiro, nº 9, v. 112, p. 17-31, jan/dez 1996.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O processo de afirmação dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, nº 45, p. 109-139, out/dez. 2003.

GONZAGUINHA. **A legião dos esquecidos** - pequena memória para um tempo sem memória. Disponível em: [http://www.mikkolee.hpg.ig.com.br/gonzpoet.htm#A%20Legião o%20dos %20Esquecidos](http://www.mikkolee.hpg.ig.com.br/gonzpoet.htm#A%20Legião%20dos%20Esquecidos)>. Acesso em: 15/09/2007.

GONZALEZ, Ricardo. **Seleção de 70 virou arma da ditadura militar** – Presidente Médici fez questão de levantar a Jules Rimet em Brasília. Disponível em: <<http://globo.esporte.globo.com/ESP/Noticia/0,,AA980605-4272,00.html>>. Acesso em: 04/08/2005.

GOUDOT-PERROT, Andrée. **Memória inata e memória adquirida**. São Paulo: Organização Andrei Ltda, 1979.

GOUVEIA, Álvaro Augusto dos Santos Caldas. Considerações acerca das “cidades vivas” integrantes do Patrimônio da Humanidade. **Revista Idéia Nova**, Recife, nº 2, p. 81-101, jan/jul. 2004.

GRAMSCI, Antônio. **Os intelectuais e a organização da Cultura**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

GREGG, Vernon. **Memória Humana**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

GRIPP, Alan; Letícia Helena; GARRONE, Raimundo. Roubo para colecionadores. In: **Jornal do Commercio**, Recife, Caderno Brasil, p. 16, 2005.

GRONDONA, Mario. Uma tipologia cultural do desenvolvimento econômico. In: HARRISON, Lawrence E; HUNTINGTON, Samuel P (org.). **A Cultura importa**. São Paulo: Record, p. 89-102, 2002.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Nacionalidade e novas identidades raciais no Brasil: uma hipótese de trabalho. In: SOUZA, Jessé (org). **Democracia hoje** – novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília:UNB, p. 387-414, 2001.

GUTIÉRREZ, Ramón. História, memória e comunidade: o direito ao patrimônio construído. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. **O Direito à memória** – Patrimônio histórico e cidadania. São Paulo: DPH, p. 121-128, 1992.

HALBWACHS, Maurice. **A memória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais: Vértice, 1990.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HECKLER, Evaldo; BACK, Sebald; MASSING, Egon Ricardo. **Estrutura das Palavras** – famílias, morfologia, análise, origem. São Leopoldo: Unisinos, 1994.

HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HELLER, Agnes. **O cotidiano e a História**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

HERCULANO-HOUZEL, Suzana. Saudade, memória do futuro. **Folha de São Paulo**, 1 fev., Caderno Equilíbrio, p. 5, 2007.

HERRERA, Antonia Heredia. Arquivos, documentos e informação. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. **O Direito à memória** – Patrimônio histórico e cidadania. São Paulo: DPH, p. 113-120, 1992.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBSBAWN, Eric; RANGER, Terence. **A invenção das tradições**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y Democracia**. México: FCE, p. 217-262, 1999.

HORTA, Maria de Lourdes Parreiras; GRUNBERG, Evelina; MONTEIRO, Adriane Queiroz. **Guia Básico de Educação Patrimonial**. Brasília: IPHAN: Museu Imperial, 1999.

ICOM – INTERNATIONAL COUNCIL OF MUSEUMS. **Código de Deontología del ICOM para los museos**. Paris: ICOM, 2006.

_____. **Statutes**. Disponível em: <<http://icom.museum/statutes.html>>. Acesso em: 15/05/2007.

_____. **Museums and Universal Heritage** – Conferência Geral. In: ICOM News, nº 4, 2006. Disponível em: <http://icom.museum/pdf/E_news2006/icom2007_1.pdf> Data de acesso: 17/05/2007.

IPHAN. **IPHAN insere bens culturais procurados no banco de dados da Interpol**. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=13478&sigla=Noticia&retorno=detalheNoticia>>. Acesso em: 22/09/2007.

IZQUIERDO, Iván. Memória e esquecimento. **Ciência Hoje**, Rio de Janeiro, vol.2, nº 8, p. 26-30, set/out. de 1983.

_____. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2002.

JANOTTI, Maria de Lourdes; ROSA, Zita de Paula. Transmissão da memória sobre a escravidão. **História**, São Paulo, v. 114, p. 111-112, 1995.

JARDIM, José Maria. A invenção da memória nos arquivos públicos. **Ciência da Informação**, vol. 25, nº 2, p. 1-13, 1995.

JOÃO PAULO II. **Memória e Identidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

JORGE, Vítor Oliveira. **Arqueologia, Património e Cultura**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

JORGE, Virgolino Ferreira. **Património e Identidade Nacional**. Disponível em: <http://www.civil.uminho.pt/cec/revista/Num9/Pag_5-12.pdf> Acesso em: 11/10/2007.

KAUFMAN, Susana. Lo legado y lo próprio: lazos familiares y transmisión de memorias. In: JELIN, Elizabeth; KAUFMAN, Susana G (comps). **Subjetividad y figuras de la memoria**. Buenos Aires: Siglo XXI; Editora Iberoamericana, p.47-71, 2006.

KAWASNICKA, Eunice Lacava. **Introdução à Administração**. São Paulo: Atlas, 1995.

KERRIOU, Miriam Arroyo. Museu, patrimônio e cultura: reflexões sobre a experiência mexicana. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. **O Direito à memória** – Patrimônio histórico e cidadania. São Paulo: DPH, p. 89-99, 1992.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha** – os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. **Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental** – o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004-a.

_____. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discrecionalidade no Brasil. **Interesse público**, Porto Alegre, nº 23, p. 21-49, 2004-b.

LAFER, Celso. Apresentação à Era dos direitos. In: Bobbio, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

LAPORTA, Francisco. El ámbito de la Constitución. **Doxa**, núm. 24 (2001), p. 459-484. Disponível em: < http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_18.pdf>. Data de acesso: 01/09/2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LECHNER, Norbert; GÜELL, Pedro. Construcción social de las memórias em la transicion chilena. In: JELIN, Elizabeth; KAUFMAN, Susana G (comps). **Subjetividad y figuras de la memoria**. Buenos Aires: Siglo XXI; Editora Iberoamericana, p. 17-46, 2006.

LEBERT, Norbert; LEBERT, Stephan. **Tu carregas meu nome**: a herança dos filhos de nazistas notórios. Rio de Janeiro: São Paulo: Record, 2004.

LEFF, Enrique. **Epistemologia Ambiental**. São Paulo: Cortez, 2001.

LEITE, George Salomão. **Interpretação constitucional e tópica jurídica**. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2002.

LEMO, Carlos A. C. **O que é patrimônio histórico**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

LEMO, Maria Teresa Toríbio Brittes. A colonização do imaginário e construção da identidade. In: LEMO, Maria Teresa Toríbio Brittes; MORAIS, Nilson Alves de (org.). **Memória e construções de identidades**. Rio de Janeiro: 7Letras, p. 67-72, 2000.

LE GOFF, Jacques. **História e Memória**. Lisboa: Edições 70, 2000.

_____. **A História Nova**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics**: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

LIMA, Alceu Amoroso. O nosso Rodrigo. In: **A lição de Rodrigo**. Recife: Amigos da DPHAN, 1969.

LIMA, Luiz Costa. O Estado e a Cultura. **Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**, nº 22, p. 18-21, 1987.

LIMA BARRETO, Affonso Henriques de. **O triste fim de Policarpo Quaresma**. São Paulo: Ateliê Editorial, 2001.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Direitos fundamentais dos contribuintes** – limitações constitucionais ao poder de tributar. Recife: Nossa Livraria, 2005.

LINS, Daniel. Memória, esquecimento e perdão (perdom). In: LEMOS, Maria Teresa Toríbio Brittes; MORAIS, Nilson Alves de (org.). **Memória e construções de identidades**. Rio de Janeiro: 7Letras, p.9-16, 2000.

LLOBET, Jaume Vernet i. Cultura, Derecho lingüístico y Derecho Constitucional. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Derecho Constitucional y Cultura** – estudios em homenaje a Peter Häberle. Madrid: Tecnos, p. 217-235, 2004.

LÓPEZ, M. Saavedra. La Constitución como objeto y limite de la Cultura. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Derecho Constitucional y Cultura** – estudios em homenaje a Peter Häberle. Madrid: Tecnos, p. 213-216, 2004.

LOUZADA, Nelson Moulin. Diferentes suportes para a memória. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. **O Direito à memória** – Patrimônio histórico e cidadania. São Paulo: DPH, 1992.

LOUZEIRO, José. O IPÊS faz cinema e cabeças. In: ASSIS, Denise (org.). **Propaganda e Cinema a serviço do golpe** – 1962/1964. Rio de Janeiro: Mauad, p. 31-40, 2001.

MACHADO, Cristina Gomes. **Multiculturalismo: muito além da riqueza e da diferença**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

MAGALDI, Cássia. O público e o privado: propriedade e interesse cultural. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. **O Direito à memória** – Patrimônio histórico e cidadania. São Paulo: DPH, 1992.

MALHANO, Clara Emília Sanches Monteiro de Barros. **Da materialização à legitimação do passado**: a monumentalidade como metáfora do Estado. Rio de Janeiro: Lucerna: FAPERJ, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis. **Ação Civil Pública**: Lei 7347 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MANN, Klaus. **Mefisto** – Romance de uma carreira. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MARCUSE, Herbert. **Cultura e psicanálise**. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

MARIANI, Alayde. A memória popular no registro do patrimônio. **Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**, nº 28, p. 156-172, 1999.

MARIANI, Riccardo. Patrick Geddes e a presença da História no projeto urbano. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. **O Direito à memória** – Patrimônio histórico e cidadania. São Paulo: DPH, 1992.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Discrecionalidade administrativa e controle judicial da Administração. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, nº 6, p. 460-464, jun. 2002.

MARTIN MORALES, Ricardo. Los derechos fundamentales y su dogmática: uma reflexión sobre el devenir y los nuevos desarrollos de nuestras categorías jurídicas. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Derecho Constitucional y Cultura** – estudios em homenaje a Peter Häberle. Madrid: Tecnos, p. 627-640, 2004.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais** – conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MASSEI, Roberto. **Do direito à memória**. Disponível em: <<http://www.avesso.net/memoria.htm>>. Data de acesso: 26/09/2006.

MATTOS, Olgária. Memória e História em Walter Benjamin. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. **O Direito à memória** – Patrimônio histórico e cidadania. São Paulo: DPH, p. 151-156, 1992.

MAUSS, Marcel. **Ensaio sobre a dádiva**. Lisboa: Edições 70, 2001.

MAZZARI, Marcus Vinícius. Goethe e a história do Doutor Fausto: do teatro de marionetes à literatura universal. In: GOETHE, Johann-Wolfgang von. **Fausto**: uma tragédia – Parte I. São Paulo: Ed. 34, p. 7, 2004.

MEC. **Parâmetros Curriculares Nacionais** – Ensino médio: ciências humanas e suas tecnologias. Brasília: Ministério da Educação/Secretaria de Educação Média e Tecnologia, vol. 4, 1999.

MEC; SPHAN; PRÓ-MEMÓRIA. **Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil**: uma trajetória. Brasília: MEC:SPHAN:Pró-Memória, 1980.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELO, Marcelo Mário. Política cultural – foco e sistema. **Revista Massangana**, Recife, p. 44-45, ago. 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Privatização e serviços públicos. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, nº 5, maio 1999.

_____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-33, 2001.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva: 1995.

MELLO, Nishlei Vieira de. O direito de morar e o direito à memória – um olhar sobre o Acampamento da Telebrasil. In: **Direito à memória e direito à moradia**- realização dos direitos humanos pelo protagonismo social da comunidade do Acampamento da Telebrasil. Brasília: UNB, s.d.

MEMÓRIA ameaçada. **Jornal do Commercio**, 19 nov., Cidades, p. 2, 2006.

MENESES, Ulpiano T. Bezerra de. O patrimônio cultural entre o público e o privado. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. **O Direito à memória – Patrimônio histórico e cidadania**. São Paulo: DPH, p. 189-194, 1992.

MENDES, Antônio Arthur Barros. **A tutela do patrimônio cultural imaterial brasileiro – breves reflexões**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6543>>. Acesso em: 18/08/2005

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G.; MENDES, G. F. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, p. 197-317, 2000.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Reconhecimento: luta ou política** – Notas sobre a busca por reconhecimento de minorias no Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8124>>. Acesso em: 27/07/2006.

MICELI, Paulo. Por outras Histórias do Brasil. In: PINSKY, Jaime. **O ensino da História e a criação do Fato**. São Paulo: Contexto, p. 31-42, 2004.

MICELI, Sérgio. O papel político dos meios de comunicação de massa. In: **Brasil, o trânsito da Memória**. Organizadores: SOSNOWSKI, Saúl; SCHWARTZ, Jorge. São Paulo: EDUSP, p. 41-69, 1994.

MIRANDA, Celso. Mataram o Vlado. **Aventuras na História**, São Paulo, nº 26, p. 27-32, out. 2005.

MIRANDA, Jorge Morales. **La planificación interpretativa asegura la excelencia en interpretación**. Disponível em: <<http://www.interpretaciondelpatrimonio.com/docs/pdf/planificacioninterpretativa.pdf>>. Data de acesso: 30/12/2004.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Tutela Penal do patrimônio arqueológico**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2738>>. Acesso em: 14/04/2007.

MIRANDA, Nicanor. Vocabulário do Padre Manuel Bernardes. **Revista do Arquivo Municipal**, São Paulo, CLXVIII, jul/set, 1962.

MONTEIRO, Marion. De doadoras a devedoras. In: ASSIS, Denise (org.). **Propaganda e Cinema a serviço do Golpe** – 1962/1964. Rio de Janeiro: Mauad, FAPERJ, p. 67-72, 2001.

MORAIS, Fernando. **Corações sujos** – A história da Shindo Renmei. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

MORAIS, Nilson Alves de. Memória e mundialização: algumas considerações. In: LEMOS, Maria Teresa Toríbio Brittes; MORAIS, Nilson Alves de (org.). **Memória e construções de identidades**. Rio de Janeiro: 7Letras, p. 92-101, 2000.

MORAL, Antonio Torres del. Naturaleza jurídica de los derechos constitucionales. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Derecho Constitucional y Cultura** – estudios em homenaje a Peter Häberle. Madrid: Tecnos, p. 497-516, 2004.

MORAR no centro atrai poucas famílias. **Diário de Pernambuco**, Recife, 18 set., Caderno Vida Urbana, p. C1, 2005.

MORATO LEITE, José Rubens. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOURA, Luiz Antônio Abdalla de. **Economia Ambiental** – Gestão de Custos e Investimentos. São Paulo: Edit. Juarez de Oliveira, 2000.

MUKAI, Toshio. As competências dos entes federados na Constituição de 1988, em especial em matéria ambiental. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, nº 9, p. 487-493, set. 1991.

_____. O Estatuto da cidade. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, nº 6, p. 743-745, ago. 2001.

MURTA, Stela Maris; GOODEY, Brian. Interpretação do patrimônio para visitantes: um quadro conceitual. In: MURTA, Stela Maris; ALBANO, Celina (org.). **Interpretar o patrimônio: um exercício do olhar**. Belo Horizonte: UFMG, p. 13-46, 2005.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/agu.htm>>. Data de acesso: 27/05/2005. p. 1-24.

NADAI, Elza. O ensino da História e a “pedagogia do cidadão”. In: PINSKY, Jaime. **O ensino da História e a criação do Fato**. São Paulo: Contexto, p. 24-29, 2004.

NASCIMENTO, Adriano Roberto Afonso do; MENANDRO, Paulo Rogério Meira. **Memória social e saudade: especificidades e possibilidades de articulação na análise psicossocial de recordações**. Memorandum, nº 8, p. 5-19. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~memorandum/artigos08/nascimenan01.htm>>. Acesso em: 11/10/2007.

NEUFELD, Carmem Beatriz; STEIN, Lílían Milnitsky. A compreensão da memória segundo diferentes perspectivas teóricas. **Revista Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 18, n.2, p. 50-63, maio/ago. 2001.

O BUG da memória. Disponível em: <<http://ww2.folha.uol.com.br/biblioteca/1/02/1998080801.html>>. Data de acesso: 18/06/2006.

OEI- ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS IBEROAMERICANOS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. **Guia de la Administración Cultural Iberoamericana**. Disponível em: <<http://www.oei.es/cultura/guia.htm>>. Acesso em: 25/04/2006.

OLIVEIRA, Fernando. **Capacidade de carga nas cidades históricas**. São Paulo: Papirus., 2003.

OLIVEIRA, Franklin. **A morte da memória nacional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

OLIVEIRA, Lúcia Lippi. Imaginário histórico e poder cultural: as comemorações do Descobrimento. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 4, nº 26, p. 183-202, 2000.

OLIVEIRA, Luciano. **Do nunca mais ao eterno retorno** – uma reflexão sobre a tortura. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. A “Justiça de Cingapura” na “Casa de Tobias” – opinião dos alunos de Direito do Recife sobre a pena de açoite para pichadores. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, vol. 14, nº 40, p. 53-61, jun. 1999.

OLIVEIRA, Lúcio Adriano Horta de. Roteiro de estudos de Hermêutica Jurídica e Constitucional. **Fórum Administrativo – Direito Público**, Belo Horizonte, nº 27, p. 2277-2291, maio 2003.

OLIVEIRA, Sílvio Luiz de. **Tratado de Metodologia Científica**. São Paulo: Pioneira, 1997.

OPIAC - ORGANIZAÇÃO DOS PROFESSORES INDÍGENAS DO ACRE. **Shenipabu Miyiu: história dos antigos**. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

OPPERMANN, Álvaro. Quer pagar quanto?. **Aventuras na História**, nº 38, p. 46-51, out. 2006.

ORIEUX, M.; EVERAERE, M.; SILVA, Ayrton Gonçalves da. **Fenômenos geológicos**. Rio de Janeiro: Linceu, 1968.

OST, François. **Contar a Lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

_____. **O tempo do Direito**. Bauru: EDUSC, 2005.

PAOLI, Maria Célia. Memória, História e cidadania: o direito ao passado. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. **O Direito à memória** – Patrimônio histórico e cidadania. São Paulo: DPH, p. 25-28, 1992.

PARANHOS, José Maria da Silva [Barão de Rio Branco]; ZABOROWSKY, E. Trouessart. Antropologia. In: LEVASSEUR, Emile (org.). **O Brasil**. Rio de Janeiro: Bom Texto: Letras & Expressões, p. 43-51, 2001.

PARAÍSO, Maria Letícia de Souza. Metodologias de avaliação econômica dos recursos naturais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 6, p. 97-107, abr/jun. 1997.

PASSOS, Lídia Helena Ferreira da Costa. Discrecionalidade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação Civil Pública: Lei 7347/85 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 452-483, 2001.

PÊCHEUX, Michel. Papel da memória. In: ACHARD, Pierre *et al.* **O papel da memória**. Campinas: Pontes, p. 49-57, 1999.

PERELMAN, Chaïm. Droit, Morale et Philosophie. In: **Librarie Generale de Droit et Jurisprudence**, vol VIII, Paris, p. 132-133, 1968.

PERRONE, Cláudia. Políticas da memória e do esquecimento: as ruínas do sentido. PASSOS,E; RAUTER,C;BENEVIDES DE BARROS,R. (org).**Clínica e Política: subjetividade e violação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: IFB/ITECORÁ, p. 101-110, 2002.

PERROT, Marie-Dominique. Educação para o desenvolvimento e perspectiva intercultural. In: FAUNDEZ, Antônio (org). **Educação, desenvolvimento e Cultura**. São Paulo: Cortez, p. 191-212, 1994.

PESSOA, Fernando. **Quanto faças**. Disponível em:<<http://www.secrel.com.br/poesia/fp405html>>. Data de acesso: 20/12/2005.

PICCIONI, Raúl E. Testimonios vivos de la memoria ciudadana. In: COMISSION PARA LA PRESERVACIÓN DEL PATRIMONIO HISTORICO-CULTURAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. **Temas del Patrimonio Cultural**, vol II. Buenos Aires: Eudeba, 1999.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PINHEIRO, Amalio. **Aquém da identidade e da oposição-** Formas de cultura mestiça. Piracicaba: UNIMEP, 1994.

PINHEIRO, Manoel Carlos; FIALHO JÚNIOR, Renato da Cunha. **Pereira Passos – vida e obra**. Disponível em: <http://www.aguaforte.com/osurbanitas4/PinheiroFialho2006.html>. Acesso em: 06/12/2007.

PINTO, Antônio Carlos Brasil. **Turismo e Meio Ambiente**: aspectos jurídicos. São Paulo: Papirus, 1998.

PINSKY, Jaime. Nação e ensino de História no Brasil. In: **O ensino da História e a criação do fato**. São Paulo: Contexto, p. 11-22, 2004.

PIOVESAN, Flávia; BICUDO, Hélio. Direito à verdade e à justiça? **Folha de São Paulo**, Tendências/Debates, 2 dez. 2006.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Da proteção ao patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

POLLAK, Michael. Memória, Esquecimento, Silêncio. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol 2, nº 3, p. 3-15, 1989.

PLOTINO. **Tratado das Enéadas**. São Paulo: Polar Editorial, 2002.

PÚPERI, Cyro. Prescrição penal – dois temas instigantes. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, nº 225, p. 131-132, jul. 1996.

REBÉRIOUX, Madeleine. Lugares da memória operária. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. O Direito à memória – Patrimônio histórico e cidadania. São Paulo: DPH, p. 47-56, 1992.

REIS, Elisa P. O Estado Nacional como ideologia: o caso brasileiro. **Estudos históricos**, Rio de Janeiro, vol. 1, nº 2, p. 187-203, 1988.

REISEWITZ, Lúcia. **Direito ambiental e Patrimônio Cultural**: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro. São Paulo: Juarez de Oliveira Editora, 2004.

RESENDE, Tatiana. Galeria a céu aberto. **Continente Turismo**, Recife, nº 3, fev. 2003.

REZK, Antônio. A idéia de nação. **Revista Massangana**, Recife, p. 109-110, agos. 2004.

RIBAS, Luiz César. Os processos de gestão ambiental, de avaliação ambiental e de mensuração de danos ambientais – escopo conceitual. **Revista de Direito Ambiental**, nº 8. São Paulo, p. 123-135, out/dez. 1997.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. Crítica à perspectiva do mínimo existencial a partir de uma teoria das necessidades humanas fundamentais. In: **Revista Idéia Nova**, nº 2, Recife, p. 109-122, 2004.

RICHTER, Rui Arno. **Meio Ambiente Cultural**. Curitiba: Juruá, 1999.

ROBBINS, Stephen P. **Comportamento organizacional**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

RODIN, Auguste. **Grandes catedrais**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Conceito de patrimônio cultural no Brasil: do Conde de Galvéias à Constituição Federal de 1988. In: MARTINS, Clerton (org.). **Patrimônio cultural – da memória a sentido do lugar**. São Paulo: Rocca, p. 1-16, 2006.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. A evolução da proteção do patrimônio cultural – crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. In: FIGUEIREDO, Guilherme José

Purvin de (org). **Temas de Direito Ambiental e urbanístico**. São Paulo: Max Limonad, p. 199-225, 1998.

_____. **Sistema Nacional de Unidades de Conservação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROLLA, g. Tutela de la identidad cultural y de la ciudadanía em los ordenamientos multiétnicos – la experiencia canadense. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Derecho Constitucional y Cultura** – estudios em homenaje a Peter Häberle. Madrid: Tecnos, p. 131-148, 2004.

ROS, Patrick da. Apontamentos acerca das normas de tutela dos bens culturais no Direito interno, internacional e comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 234, p. 195-229, out/dez 2003.

ROSSET, Clément. **A antinatureza** – elementos para uma filosofia trágica. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1989.

ROSSI, Filippo. **Quando la nostalgia è postmoderna**. Disponível em:< http://www.ideazione.com/settimanale/5.cultura/89_06-06-2003/89rossi.htm>. Acesso em: 15/09/2007.

RUSSELL, Bertrand. **Fundamentos de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, s.d.

ROUSSO, Henry. A memória não é mais o que era. In: FERREIRA, Marieta de Moraes; AMADO, Janaína (org). **Usos e abusos da História Oral**. Rio de Janeiro: Editora da FGV, p. 93-101, 2005.

SÁ, Celso Pereira de. **Núcleo central das representações sociais**. Petrópolis: Vozes, 1996.

SANCHES, Valdir. Imagem em Aparecida tem proteção especial. **Jornal do Commercio**, Recife, 12 out., Caderno Brasil, p. 11, 2003.

SANTANGELO, Giovanni. **L'estinzione del reato nel momento processuale**. Napoli: Casa editrice dott. Eugenio Jovine, 1948.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. São Paulo: Paulus, 1984.

SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro. Proteção jurídica da estética urbana. **Boletim de Direito Administrativo**, nº 11, p. 942-943, nov/2001.

SANTOS, Boaventura Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura Sousa (org.). **Reconhecer para libertar**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 429-461, 2003.

SANTOS, Boaventura Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura Sousa (org.). **Reconhecer para libertar**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Ribeiro Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SANTOS, José Luiz dos. **O que é Cultura**. São Paulo: Brasiliense, 1998.

SANTOS, Myriam Sepúlveda. Teoria da memória, teoria da modernidade. In: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Maurício (org.). **Teoria Social e Modernidade no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, p. 84-105, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, Adércio Leite (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 251-314, 2003.

SAÚDE precária. **Veja**, São Paulo, nº 44, 6 de novembro de 2002.

SCATIMBURGO, João de. **Tratado Geral do Brasil**. São Paulo: LTr, 1998.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHAMA, Simon. **Paisagem e memória**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SCHILLER, Friedrich. **Ode à alegria**. Disponível em: <<http://www.schillerinstitute.org/transl/transschil2poems.html#the%20ode%20to%20joy>>. Acesso em: 21/05/2007.

SCHWABE, Jürgen (coord.); MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal**. Trad.: Beatriz Hennig *et alii*. Berlim/Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer (KAS), 2005.

SEGRE, Roberto. Havana: o resgate social da memória. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. **O Direito à memória** – Patrimônio histórico e cidadania. São Paulo: DPH, p. 101-111, 1992.

SILVA, Carlos Eduardo Lins da. Estado, Sociedade Civil e meios de comunicação. In: **Brasil, o trânsito da Memória**. Organizadores: SOSNOWSKI, Saúl; SCHWARTZ, Jorge (org.). São Paulo: EDUSP, p. 197-224, 1994.

SILVA, Elsa Peralta da. Patrimônio e identidade. **Os desafios do turismo cultural**. ISCSP. Universidade Técnica de Lisboa. Disponível em: <<http://www2.ufp.pt/units/ceaa/turismo3.htm>>. Data de acesso: 25/01/2003.

SILVA, Fernando Fernandes. **As cidades brasileiras e o patrimônio cultural da Humanidade**. Peirópolis: EDUSP, 2003.

SILVA, Helenice Rodrigues da. “Rememoração/comemoração: as utilizações sociais da memória”. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 22, nº 44, p. 425-438, 2002.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

_____. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo, Malheiros, 2001.

_____. **Aspectos jurídicos do patrimônio ambiental**. São Paulo: FAAUSP, 1981.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A responsabilidade civil e o novo Código**. Disponível em: < http://www.trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev21Art10.pdf>. Acesso em: 02/06/2007.

SILVA, Justino Adriano Farias da. **Tratado de Direito Funerário**. São Paulo: Método, 2000.

SILVA, Olga Brites. Memória, preservação e tradições populares. In: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA DE SÃO PAULO. **O Direito à memória** – Patrimônio histórico e cidadania. São Paulo: DPH, p. 17-20, 1992

SIMÃO, Maria Cristina Rocha. **Preservação do patrimônio cultural em cidades**. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

SIMON; Christiani; CARVALHO, Olívia Alexandre de; QUEIROZ, Albérico Nogueira de; CHAIX, Louis. **Enterramentos na necrópole do Justino – Xingó**. São Cristóvão: UFS, 1999.

SIRINELLI, Jean-François. A geração. In: FERREIRA, Marieta de Moraes; AMADO, Janaína (org.). **Usos e abusos da História Oral**. Rio de Janeiro: Editora da FGV, p. 131-137, 2005.

SMOLKA, Ana Luíza Bustamante. A memória em questão: uma perspectiva histórico-cultural. **Educação e Sociedade**, nº 71, vol. 21, p. 166-193, jul. 2000.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo Constitucional, democracia e direitos fundamentais. In: SAMPAIO, Adércio Leite (org). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 405-422, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Atlas, 2001.

SOSA, Angel Landoni. Princípio de razonabilidade, sana crítica y valoración de la prueba. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 88, p. 208-227, out/dez. 1997.

SOSNOWSKI, Saul. Contra os consumidores do esquecimento. In: **Brasil, o trânsito da Memória**. Organizadores: SOSNOWSKI, Saúl; SCHWARTZ, Jorge (org.). São Paulo: EDUSP, p. 11-18, 1994.

SOUTO, Cláudio. **Ciência e Ética no Direito** – uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. Metodologia e técnicas de pesquisa em Sociologia do Direito. In: **Pesquisa Científica e Direito**. Recife: Massangana, 1983.

SOUTO MAIOR BORGES, José. **O Contraditório no Processo Judicial**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

SOUZA, Antônio Carlos Carrera de; SOUZA, Gilda Lúcia Delgado de. Cotidiano e Memória. **Teoria e prática da Educação**, Maringá, v. 4, n. 8, p. 63-72, 2001.

SOUZA, Jarbas Fidelis de. Breves considerações sobre a graça, o indulto e reduções de pena. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 20 (98), p. 189-198, 1983.

SOUZA, Jessé. Gilberto Freyre e a singularidade cultural brasileira. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje** – novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UNB, p. 283-328, 2001.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. Curitiba: Juruá, 2005.

SPANGENBERG, Berthold. Sobre a publicação desta edição. In: Mann, Klaus. **Mefisto** - romance de uma carreira. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.

STILLE, Alexander. **A destruição do passado**: como o desenvolvimento pode ameaçar a História da Humanidade. São Paulo: Arx, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. A crise da Hermenêutica e a Hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do Direito (NCD). In: SAMPAIO, Adércio Leite (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, p.103-140, 2003.

STUDART, Hugo. O livro da Ditadura. **Revista Isto é**, São Paulo, nº 1975, de 5 de setembro de 2007.

SUASSUNA, Cynthia Carneiro de Albuquerque. **Dano moral ambiental coletivo em populações atingidas por empreendimentos hidrelétricos: o caso de Petrolândia-PE**. Recife, 2005.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. SNUC – **Sistema nacional de Unidades de Conservação da Natureza: Lei 9984/2000**. Disponível em:<<http://www1.jus.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=3076>>. Data de acesso: 25/08/2005.

TASSARA, Andrés Ollero. 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: o significado dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, nº 43, ab./jun. 2003, p. 57-72.

TELLES, Antônio A. Queiroz. **Tombamento e seu regime jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Breves notas sobre o tombamento. Direito administrativo na década de 90** - Estudos jurídicos em homenagem ao prof. José Cretella Júnior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

THOMAS, Louis-Vincent. Prefácio. In: BAYARD, Jean-Pierre. **Sentido oculto dos ritos mortuários – morrer é morrer?** São Paulo: Paulus, 1996.

THOMSON, Alistair; FRISCH, Michael; HAMILTON, Paula. Os debates sobre memória e História: alguns aspectos internacionais. In: AMADO, Janaína (org). **Usos e abusos da História Oral**. Rio de Janeiro: Editora da FGV, p. 65-91, 2005.

TIRABOSCHI, Juliana. **Faxina mental**. Revista Galileu, nº 170, São Paulo, p. 33-39, set. 2005.

TODOROV, Tzvetan. **Los abusos de la memoria**. Barcelona: Paidós, 2000.

TOMASELLO, Michael. **Origens culturais da aquisição do conhecimento humano**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

UNESCO. **Information document and general presentation of the public debate “Memory and Universalizaty: new challenges facing museums**. Disponível em: <portal.unesco.org/culture/es/file_download.php/84f2e6742ed75e2f685cf_7582e4e1945InfoDoc_Eng.pdf>. Acesso em: 17/05/2007-b.

_____. **Museos: la polémica de la universalidad**. Disponível em:<http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=37052&URL_DO=DO_PRINTPAGE&URL_SECTION=201.html>. Acesso em: 18/05/2007-a.

_____. **Memória do Mundo: Diretrizes para a salvaguarda do patrimônio documental**. Disponível em:< www.unesco.org/uy/ci/mdm.pdf>. Acesso em: 13/06/2007-c.

_____. **Slavery and the slave trade: duty to remember or right to remembrance? UNESCO’s Slave Route Project has played a significant role in breaking the silence and open up debate**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001512/151250e.pdf>>. Acesso em: 10/11/2007-d.

VAINSENCER, Semira Adler. **LAMPIÃO** (Virgulino Ferreira da Silva). Disponível em:<<http://www.fundaj.gov.br/notitia/servlet/newstorm.ns.presentation.NavigationServlet?publicationCode=16&pageCode=308&textCode=976&date=currentDate>>. Acesso em: 27/05/2007.

VASCONCELOS, Cláudia. Cartão-postal desbotado. **Jornal do Commercio**, Recife, Cidades, p. 1, 18 jul. 2005.

VELHO, Gilberto. Autoritarismo e violência no Brasil contemporâneo. In: **Brasil, o trânsito da Memória**. SOSNOWSKI, Saúl; SCHWARTZ, Jorge (org). São Paulo: EDUSP, p. 31-40, 1994.

_____. Memória, Cultura e sociedade. In: LEIBING, Annette; BENNINGHOFF-LÜHL, Sibylle (org.). **Brasil, o país sem memória**. São Paulo: Mandarim, 2001.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A evolução da interpretação dos direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, Adércio Leite (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 347-384, 2003.

VERNANT, Jean-Pierre. **Mito e Pensamento entre os gregos**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

VIANNA, Márcio Túlio. “Para tornar efetivo o Direito Ambiental”. **Revista do TRT da 8ª Região**, São Paulo, vol. 32, nº 63, p. 71-74, jul/dez. 1999.

VIDA, Maria Ángeles Martín. Igualdad, diferencia y reconocimiento de derechos específicos em el contexto de las sociedades multiculturales: las reivindicaciones de las minorias culturales Y de otros colectivos. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Derecho Constitucional y Cultura – estudios em homenaje a Peter Häberle**. Madrid: Tecnos, p. 715-728, 2004.

VIDAL, Maria Lúcia Cidade. O substrato conceptual da preservação: organização da memória coletiva e construção da unidade brasileira no desvelamento das diretrizes e das bases fundamentais para a identidade nacional. **Boletim da ABRACOR**, p. 14-15, dez/fev 1999/2000.

VIEGAS, Waldyr. **Fundamentos de Metodologia Científica**. Brasília: Paralelo 15: UNB, 1999.

VIEIRA, Patrícia Ruy. A utilização do cadáver para fins de estudo e pesquisa científica no Brasil. **Revista Brasileira de Educação Médica**, Rio de Janeiro, v. 25, nº 2, maio/ago 2001.

VILANOVA, Lourival. **O poder de julgar e a norma**. Recife, 1975.

VITTA, Heraldo Garcia. Da divisão de competências da pessoas políticas e o Meio Ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, nº 10, p. 93-101, abr/jun. 1998.

VRIES, Michiel S. de. Desenvolvimento na Europa: a idéia das gerações de políticas públicas. In: **Revista de Administração da USP**, São Paulo, vol. 34, nº 1, p. 31-40, jan/mar. 1999.

WEIL, Simone. **O enraizamento**. Bauru: EDUSC, 2001.

WEILER, J. H. H. El principio de la tolerância constitucional: la dimensión espiritual de la integración europea. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Derecho Constitucional y Cultura – estudios em homenaje a Peter Häberle**. Madrid: Tecnos, p. 105-118, 2004.

WEINRICH, Harald. **Lete – Arte e crítica do esquecimento**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

WEHLING, Arno. **Estado, História, Memória: Varnhagen e a construção da identidade nacional**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

WOLLHEIM, Richard. **A arte e seus objetos**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

YATES, Frances. **The art of memory**. Chicago: University of Chicago Press, 1974.

YOUNG, Íris. Comunicação e outro: além da democracia deliberativa. In: SOUZA, Jessé (org). Democracia hoje – novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UNB, p. 365-386, 2001.

10.2 Fontes documentais

10.2.1 Normas jurídicas referenciadas

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. In: Diário Oficial da União, anexo de 05/10/1988. Brasília: Imprensa Nacional, 1988.

BRASIL. Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937. Dá nova, organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública.

BRASIL. Lei nº 2.035, de 19 de outubro de 1953. Erige em monumento nacional o conjunto arquitetônico e urbanístico de Igarassu, no Estado de Pernambuco.

BRASIL. Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956. Define e pune o crime de Genocídio.

BRASIL. Lei nº 4.845, de 19 de novembro de 1965. Proíbe a saída, para o exterior, de obras de arte e ofícios produzidos no País, até o fim do período monárquico.

BRASIL. Lei nº 4.897, de 9 de dezembro de 1965. Declara Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, Patrono da Nação Brasileira.

BRASIL. Lei nº 4.943, de 06.04.66. Transforma em Fundação a atual Casa de Rui Barbosa e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº Lei 4.944 de 06 de abril de 1966. Dispõe sobre a proteção a artistas, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, e da outras providencias.

BRASIL. Lei nº 5.571, de 28 de novembro de 1969. Denomina “Dia da Independência” a data de sete de setembro e traça normas para a sua comemoração.

BRASIL. Lei nº 5.823, de 14 de novembro de 1972. Dispõe sobre a padronização, classificação, inspeção e registro de bebidas, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 6.454, de 24 de outubro de 1977, sobre a denominação de logradouros.

BRASIL. Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977. Dispõe sobre a criação de áreas especiais e de locais de interesse turístico; sobre o inventario com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao artigo 2 da lei 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo a lei 4.717, de 29 de junho de 1965; dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978. Dispõe sobre a regulamentação das profissões de artista e de técnico em espetáculos de diversões, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978. Define os crimes contra Segurança Nacional, estabelece sistemática para o seu processo e julgamento e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 6.640, de 8 de maio de 1979. Altera a redação da alínea d do inciso I do artigo 40 da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que "regula a liberdade de manifestação do pensamento e da informação".

BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 6.757, de 17 de dezembro de 1979. Autoriza o Poder Executivo a instituir a Fundação Nacional Pró-Memória e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 7.919, de 11 de dezembro de 1989. Inscreve os nomes de Tiradentes e Deodoro da Fonseca no Livro dos Heróis da Pátria.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 7.668, de 22 de agosto de 1988. Autoriza o Poder Executivo a constituir a Fundação Cultural Palmares - FCP e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 7.542, de 26 de setembro de 1986. Dispõe sobre a pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terreno de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.159, de 08 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.501, de 30 de novembro de 1992. Dispõe sobre a utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudos ou pesquisas científicas e dá outras providências. Diário Oficial da União de 1/12/1992, republicado em 15/12/1992.

BRASIL. Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 9.605, 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 4.072, de 03 de janeiro de 2002. Dá nova redação aos arts. 81, 91 e 93 do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 2.314, de 4 de setembro de 1997, que dispõe sobre a padronização, a classificação, o registro, a inspeção, a produção e a fiscalização de bebidas.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de Julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências

BRASIL. Lei nº 10.536, de 14 de Agosto de 2002. Altera dispositivos da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou de acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 10.764, de 12 de novembro de 2003. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências

BRASIL. Lei nº 10.790, de 28 de novembro de 2003. Concede anistia a dirigentes ou representantes sindicais e trabalhadores punidos por participação em movimento reivindicatório.

BRASIL. Lei nº 11.111, de 05 de maio de 2005. Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do artigo 5º da CF/88 e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 11.121, de 25 de maio de 2005. Institui o Dia Nacional em Memória das Vítimas de Acidentes e Doenças do Trabalho.

BRASIL. Decreto nº 1.285, de 30 de Novembro de 1853. Designa as férias para o Fôro, e eleva as alçadas das respectivas autoridades.

BRASIL. Decreto nº 789, de 27 de setembro de 1890. Estabelece a secularização dos cemitérios.

BRASIL. Decreto nº 1.320, de 24 de janeiro de 1891. Institui honras e homenagens à memória do eminente cidadão o general de brigada Benjamin Constant Botelho de Magalhães.

BRASIL. Decreto nº 4.175, de 11 de Novembro de 1920. Autoriza o Poder Executivo a promover, conforme melhor convier aos interesses nacionaes, a comemoração do Centenário da Independência Política do Brasil

BRASIL. Decreto nº 15.116, de 16 de novembro de 1921. Manda prestar honras à memória de Sua Alteza a Senhora Princeza D. Isabel de Bragança e Roléans, Condessa d'Eu, falecida na França.

BRASIL. Decreto nº 5.429 - de 9 de janeiro de 1928. Crêa a "Casa de Ruy Barbosa".

BRASIL. Decreto nº 22.928, de 12 de julho de 1933. Erige a cidade de Ouro Preto em monumento nacional.

BRASIL. Decreto nº 16.167, de 24 de julho de 1944. Aprova o Regimento da Biblioteca Nacional.

BRASIL. Decreto nº 30.822 de 06 de maio de 1952. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro, por ocasião da III sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas.

BRASIL. Decreto nº 43.053 de 16 de janeiro de 1958. Torna publica a ratificação, por parte do governo do Paquistão, da convenção sobre prevenção e repressão ao crime de genocídio.

BRASIL. Decreto nº 44.851, de 11 de Novembro de 1958. Promulga a Convenção e Protocolo para a Proteção de Bens Culturais em caso de conflito armado, Haia, 1954.

BRASIL. Decreto nº 58.168, de 11 de abril de 1966. Estabelece, como modelo para reprodução da figura de Tiradentes, a efígie de Joaquim José da Silva Xavier existente em frente ao Palácio Tiradentes, na cidade do Rio de Janeiro.

BRASIL. Decreto nº 66.967, de 27 de julho de 1970. Dispõe sobre a organização administrativa do Ministério da Educação e Cultura.

BRASIL. Decreto nº 70.389, de 11 de abril de 1972. Autoriza o cancelamento da inscrição de tombamento da Igreja dos Martírios, situada em Recife, Estado de Pernambuco, e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 72.312, de 31 de maio de 1973. Promulga a Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e Impelir a Importação, Exportação e Transporte e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais.

BRASIL. Decreto nº 73.267 de 6 de dezembro de 1973. Regulamenta a Lei nº 5.823, de 14 de novembro de 1972.

BRASIL. Decreto nº 78.101, de 20 de julho de 1976. Revoga o Decreto nº 58.168, de 11 de abril de 1966, que estabeleceu modelo para reprodução da figura de Tiradentes.

BRASIL. Decreto nº 80.978, de 12 de dezembro de 1977. Promulga a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972.

BRASIL. Decreto nº 82.385, de 5 de outubro de 1978. Regulamenta a lei 6.533, de 24 de maio de 1978, que dispõe sobre as profissões de artista e de técnico em espetáculos de diversões, e da outras providências.

BRASIL. Decreto nº 84.143, de 31 de outubro de 1979. Regulamenta a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, que concede anistia e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 84.198, de 13 de novembro de 1979. Cria, na estrutura do Ministério da Educação e Cultura, a Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por transformação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 84.396, de 16 de janeiro de 1980. Aprova o Estatuto da Fundação Nacional Pró-Memória e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 99.058, de 7 de março de 1990. Declara monumento nacional o Cemitério do Batalhão, no Município de Campo Maior, Estado do Piauí.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a convenção sobre os direitos da criança.

BRASIL. Decreto nº 2.134, de 24 de janeiro de 1997. Regulamenta o art. 23 da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a categoria dos documentos públicos sigilosos e o acesso a eles, e dá outras providências.

BRASIL. Decreto de 11 de março de 1998. Cria o Conselho empresarial “Brasil 500 Anos”, e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 3.155, de 27 de agosto de 1999. Dá nova redação aos art. 2º e 5º do Decreto de 11 de março de 1998, que cria o Conselho Empresarial “Brasil 500 Anos”, e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 3.166, de 14 de setembro de 1999. Promulga a convenção da UNIDROIT sobre Bens culturais Furtados ou Illicitamente Exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995.

BRASIL. Decreto nº 4.062, de 21 de dezembro de 2001. Define as expressões “cachaça”, “Brasil” e “cachaça do Brasil” como indicações geográficas e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 4.444, de 28 de Outubro de 2002. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Bolívia sobre a Recuperação de Bens Culturais, Patrimoniais e Outros Específicos Roubados, Importados ou Exportados Illicitamente, celebrado em La Paz, em 26 de julho de 1999.

BRASIL. Decreto 4.553, de dezembro de 2002. Dispõe sobre a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, no âmbito da Administração Pública Federal, e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 4.915, de 12 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o Sistema de Gestão de Documentos de Arquivo - SIGA, da administração pública federal e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 5.301, de 9 de dezembro de 2004. Regulamenta o disposto na medida provisória 228, de 9 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a ressalva prevista na parte final do disposto no inciso XXIII do artigo 5 da constituição, e da outras providências.

BRASIL. Decreto nº 5.711, de 24 de fevereiro de 2006. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Cultura, e dá outras providências.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3866, de 29 de novembro de 1941. Dispõe sobre o tombamento de bens no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.146, de 4 de março de 1942. Dispõe sobre a proteção dos depósitos fossilíferos.

BRASIL. Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social e dá outras providências.

BRASIL. Decreto-Lei nº 510, de 20 de março de 1969. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 314, de 13 de março de 1967, e dá outras providências.

BRASIL. Decreto-Lei nº 477, de 26 de fevereiro de 1969. Define infrações disciplinares praticadas por professores, alunos, funcionários ou empregados de estabelecimentos de ensino público ou particulares, e dá outras providências.

BRASIL. Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.

BRASIL. Decreto legislativo nº 74, de 30 de junho de 1977. Aprova o texto da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural.

BRASIL. Decreto legislativo nº 226, de 1991. Aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembléia-Geral das Nações Unidas.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Resolução da Câmara dos Deputados nº 35, de 1982. Aprova o Relatório e as Conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a situação do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e avaliar a política do Governo Federal para sua defesa e conservação.

BRASIL, MINISTÉRIO DA CULTURA. Portaria nº 259, de 02 de setembro de 2004. Diário Oficial da União, nº 172, Seção 1, de 6 de setembro de 2004.

DISTRITO FEDERAL. Lei nº 3.036, de 18 de julho de 2002. Dispõe sobre o Plano Diretor de Publicidade das Regiões Administrativas do Gama – RA II, Taguatinga – RA III, Brazlândia – RA IV, Sobradinho – RA V, Planaltina – RA VI, Paranoá – RA VII, Núcleo Bandeirante – RA VIII, Ceilândia – RA IX, Guará – RA X, Samambaia – RA XII, Santa Maria – RA XIII, São Sebastião – RA XIV, Recanto das Emas – RA XV e Riacho Fundo – RA XVII.

EEUU. National Historic Preservation Act. (16 USC 470 et seq). Section 1 (b) (2).

FRANÇA. Chart Constitutionnelle de 1814.

RÚSSIA. Constituição da Federação Russa. Tradutor: Carvalho, José Luiz Tuffani. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2003.

ONU. Pacto de direitos econômicos, sociais e culturais de 1966.

ONU. Goa guidelines on intergenerational equity de 1988.

ONU. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento 1992.

UNESCO. Convenção da Haia para a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado, 1954.

UNESCO. Recomendação relativa à proteção da beleza e do caráter dos lugares e paisagens, 1962.

UNESCO. Convenção sobre as medidas que devem ser adotadas para proibir e impedir a importação, a exportação e a transferência de propriedade ilícitas de bens culturais – CUIP, 1970.

UNESCO. Convenção relativa à proteção do patrimônio mundial, cultural e natural, 1972.

UNESCO. Convenção sobre a proteção do patrimônio cultural subaquático, 2001.

UNESCO. Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, 2003.

UNESCO. Convenção para a proteção e promoção da diversidade de expressões culturais, 2005.

UNICEF. Convenção sobre o Direito das Crianças, de 2 de setembro de 1990.

10.2.2 Outros documentos escritos

ANDRADE, MÁRIO. Anteprojeto da Lei de criação do SPAN. In: MEC; SPHAN; PRÓ-MEMÓRIA. Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil: uma trajetória. Brasília: MEC:SPHAN:Pró-Memória, 1980.

ALEMANHA. BVerfGE 30,173. Mephisto, 24 de fevereiro de 1971. Disponível em:<http://www.verfassungsbeschwerde.info/Mephisto_Beschluss_24_02_1971.pdf>. Acesso em: 23/04/2007.

BRASIL. MINISTÉRIO DA CULTURA. Política Nacional de Museus. Brasília: MINC, 2003.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão no Recurso Especial nº 147949-MG. Órgão Julgador: Primeira Turma. DJ 20/04/1998 p. 35 LEXSTJ vol. 109 p. 187. Disponível em:<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=147949>. Acesso em: 15/02/2007.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão no Recurso Especial nº 521697/RJ. Órgão julgador: Quarta Turma. Data do julgamento: 16/02/2006. Publicação: DJ 20.03.2006 p. 276 RSTJ vol. 201 p. 449. Disponível em:<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=521697&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 31/08/2007.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão no Recurso Especial nº 736015. Órgão julgador: Terceira Turma. Data do julgamento: 16/06/2005. Data da Publicação: DJ 01.07.2005 p. 533 RSTJ vol. 194 p. 406. Disponível em:<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=736015&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 4/11/2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 153531-SC. DJ 13-03-1998. p. 13. Ement Vol.01902-02 P. 00388. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=farra%20e%20boi&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 12/12/2007.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão no Recurso Extraordinário em Habeas Corpus nº 69323. DJ 26-03-1993 PP-05004 EMENT VOL-01697-03 PP-00515.RTJ VOL-00146-01 PP-00215. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2069323.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2069323.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2069323.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2069323.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 06/12/2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão no Recurso Extraordinário em Habeas Corpus nº 82424-2. DJ 19-03-2004. p. 17. Ementa VOL-02144-03 p.-00524. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=82424&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 16/01/2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 18278-3/RJ. Publicação: DJ 09-02-1995 PP-02092. EMENT VOL-01815-08 PP-01489. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=18278&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19/09/2005.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão no Recurso em Mandado de Segurança nº 23036/RJ. DJ 25-08-2006 PP-00067. EMENT VOL-02244-02 PP-00246 LEXSTF v. 28, n. 333, 2006, p. 159-195. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/port>

al/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=23036&base=baseAcordaos>. Acesso em: 02/03/2007.

INTERPOL. Statistics on stolen cultural property. Disponível em: <<http://www.INTERPOL.int/Public/WorkOfArt/statistics/StatObject2000.asp>>. Acesso em: 02/01/2006.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Acórdão na Apelação Cível nº 137.765-1. Relator: Jorge Almeida Ribeiro Preto - 03.04.91.

10.3 Vídeos

BEOZZO, José. Memória Histórica. VHS, 21 min. São Paulo: Loyola Multimídia, 1998.

BETING, Joelmir. Comentário no Jornal da Bandeirantes, 24/01/2005, às 18:56.

COHEN, Peter. Arquitetura da Destruição (*Undergägens Arkitektur*). Direção: Peter Cohen. Duração: 121 min. Gênero: documentário. P&b e colorido. Suécia, 1992. Formato original: 1.33:1 fullscreen. Suporte: dvd.

CRIBARI, Isabela; ARAÚJO, Cecília. Quem tem medo da arte contemporânea? Direção: Isabela Cribari e Cecília Araújo. Gênero: Documentário (Recife, 2006). Suporte: DVD, 28 minutos e 30 segundos. Massangana Multimídia, 2006.

RESNAIS, Alain. Noite e Neblina (*Nuit et Bruillard*). Documentário (França, 1955). Formato original: 1.33:1, fullscreen. Suporte: DVD, 32 minutos. Aurora DVD, 2006.