

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO – UFOP
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA – EDTM
DEPARTAMENTO DE DIREITO

Yasmin Aparecida de Deus

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO
PÚBLICO PELO ABANDONO DE BENS CULTURAIS DE SUA PROPRIEDADE:
Caso de referência Parque do Horto dos Contos e o Vale dos Contos

Ouro Preto

2021

Yasmin Aparecida de Deus

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO
PÚBLICO PELO ABANDONO DE BENS CULTURAIS DE SUA PROPRIEDADE:
Caso de referência Parque do Horto dos Contos e o Vale dos Contos**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Universidade Federal de Ouro Preto como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Carlos Magno de Souza Paiva.

Coorientadora: Soraia da Conceição das
Graças Bento.

Ouro Preto

2021

SISBIN - SISTEMA DE BIBLIOTECAS E INFORMAÇÃO

D486r Deus, Yasmin Aparecida de.

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público pelo abandono de bens culturais de sua propriedade [manuscrito]: caso de referência Parque do Horto dos Contos e o Vale dos Contos. / Yasmin Aparecida de Deus. - 2021.

55 f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Magno de Souza Paiva.

Coorientadora: Ma. Soraia da Conceição das Graças Bento.

Monografia (Bacharelado). Universidade Federal de Ouro Preto.
Escola de Direito, Turismo e Museologia. Graduação em Direito .

1. Responsabilidade civil. 2. Patrimônio cultural - Proteção -
Legislação. 3. Improbidade administrativa. I. Bento, Soraia da Conceição
das Graças. II. Paiva, Carlos Magno de Souza. III. Universidade Federal de
Ouro Preto. IV. Título.

CDU 351.711

Bibliotecário(a) Responsável: Sione Galvão Rodrigues - CRB6 / 2526



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO



FOLHA DE APROVAÇÃO

Yasmin Aparecida de Deus

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO
PÚBLICO PELO ABANDONO DE BENS CULTURAIS DE SUA PROPRIEDADE:
Caso de referência Parque do Horto dos Contos e o Vale dos Contos**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal
de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito

Aprovada em 03 de setembro de 2021

Membros da banca

Prof. Dr. Carlos Magno de Souza Paiva - Orientador (Universidade Federal de Ouro Preto)
Ms. Soraia da Conceição das Graças Bento - Coorientadora (Prefeitura Municipal de Ouro Preto)
Prof. Dr. Felipe Comarela Milanez - (Universidade Federal de Ouro Preto)
Mestranda Rosana Sampaio Pinheiro - (Universidade Federal de Ouro Preto)

Carlos Magno de Souza Paiva, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 03/09/2021.



Documento assinado eletronicamente por **Carlos Magno de Souza Paiva, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 04/09/2021, às 12:08, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0217805** e o código CRC **266C59FF**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.009316/2021-97

SEI nº 0217805

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

RESUMO

O presente estudo trata da responsabilidade civil do Poder Público, em especial do Município, quando este abandona um bem cultural de sua propriedade, tendo em vista que esse é um dos maiores problemas enfrentados pelo patrimônio cultural no Estado de Minas Gerais. Adota-se neste trabalho a vertente metodológica jurídico-dogmática, uma vez que pesquisa se propõe a analisar o Direito ao Patrimônio Cultural como um direito fundamental e seus desdobramentos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a estudar e a compreender as legislações no entorno deste direito, bem como a analisar a possibilidade de uma responsabilização civil do ente público nos casos em que há a violação deste direito, especialmente nos termos estabelecidos pela CRFB/88. Logo, dedica-se à análise dos elementos internos ao ordenamento jurídico, aliado ao estudo das relações normativas. Ao atingir os objetivos, constata-se que o Direito ao Patrimônio Cultural configura-se como um direito fundamental dentro do ordenamento jurídico brasileiro e que, a partir do princípio da subsidiariedade, o Município é o ente público responsável pela promoção, proteção e preservação deste direito, sendo possível sua responsabilização civil. Por fim, o presente trabalho propõe-se a apresentar uma solução jurídica que seja capaz de desestimular o gestor público a repetir o ato de descaso.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Poder Público. Direito ao Patrimônio Cultural. Improbidade administrativa.

ABSTRACT

The present study discusses the civil responsibility of the Government, especially the Municipal Government, when it deliberately neglects a local cultural property - one of the biggest problems faced by cultural heritage preservation in the State of Minas Gerais. By adopting the legal-dogmatic methodological approach, this research aims to analyze the Right to Cultural Heritage as a fundamental right, as well as its unfolding within the Brazilian legal system. It also aims to examine and understand the legislation surrounding this right in order to analyze the possibility of imposing civil liability of the public entity in cases where there is a violation of this right, especially under the terms established by CRFB/88. Therefore, it is dedicated to the analysis of the internal elements of the legal system, together with the study of normative relations. Upon achieving the objectives, it appears that the Right to Cultural Heritage is a fundamental right within the Brazilian legal system and that, based on the principle of subsidiarity, the Municipality is the public entity responsible for the promotion, protection and preservation of this right, with possible civil liability. Finally, the present work proposes to present a legal solution that intends to prevent the public administration from repeating this act of neglect.

Keywords: Civil responsibility. Government. Right to Cultural Heritage. Administrative dishonesty.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADOP	Agência de Desenvolvimento Econômico e Social de Ouro Preto
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
CC/02	Código Civil de 2002
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
FBN	Fundação Biblioteca Nacional
FCRB	Fundação Casa de Rui Barbosa
FCP	Fundação Cultural Palmares
FUNARTE	Fundação Nacional das Artes
IBRAM	Instituto Brasileiro de Museus
IPHAN	Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
UNICEF	Fundo de Emergência Internacional das Nações Unidas para a Infância

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	DIREITO AO PATRIMÔNIO CULTURAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL	12
2.1	Da cultura ao patrimônio cultural	17
3	DA RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO NA PRESERVAÇÃO DOS BENS CULTURAIS	24
3.1	Previsão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	24
3.2	Legislação	26
3.3	Das responsabilidades dos Municípios	30
3.3.1	Da responsabilidade civil	33
4	CASO DE REFERÊNCIA: O PARQUE DO HORTO DOS CONTOS E O VALE DOS CONTOS	38
4.1	Contexto histórico	38
4.2	Legislação municipal	39
4.3	Abandono e função sociocultural do bem	40
4.4	Possibilidades jurídicas diante do abandono	43
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
	REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

A partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), bem como do advento do positivismo ético¹, os princípios constitucionais passaram a adquirir força normativa. Desde então, o direito e a ética caminham lado a lado, objetivando alcançar e proteger os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da proporcionalidade.

Diante disso, foram instituídos, no ordenamento jurídico brasileiro, direitos fundamentais² a todos os seres humanos. Estes direitos possuem um conteúdo ético e normativo próprio e estão previstos por toda CRFB/88, de maneira explícita e implícita.

A partir da leitura da CRFB/88, bem como da obra “Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades”, de Francisco Humberto Cunha Filho (2018), observou-se que se os direitos culturais possuem o *status* de direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, também seria possível amoldar o Direito ao Patrimônio Cultural como tal e, baseado nisso, apresentar as violações deste direito, como também possíveis soluções.

Constatou-se durante esta pesquisa o desmonte de instituições ligadas à memória e à preservação do patrimônio cultural. No ano de 2019, o Ministério da Cultura foi extinto por meio da Medida Provisória nº 870. A partir deste momento, diversos órgãos, tais como Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), Instituto Brasileiro de Museus (IBRAM), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Fundação Casa de Rui Barbosa (FCRB), Fundação Cultural Palmares (FCP), Fundação Nacional das Artes (FUNARTE) e Fundação Biblioteca Nacional (FBN), sofreram drásticas consequências³. Destaca-se neste trabalho, a atual situação do IPHAN que, de acordo com a nota emitida durante o Fórum das Entidades em Defesa do Patrimônio Cultural Brasileiro⁴, vem sofrendo com nomeações de

¹ O pós-positivismo (ou positivismo ético) se caracteriza por aceitar que os princípios constitucionais devam ser tratados como verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam os seus textos, bem como por exigir que a norma jurídica, para se legitimar, deve tratar todos os seres humanos com igual consideração, respeito e dignidade (MARMELSTEIN, 2019, p. 10).

² Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico (MARMELSTEIN 2019, p. 18).

³ PANDEMIA da ignorância cresce com o desmonte do Iphan: Instituições ligadas à memória e à preservação do patrimônio estão debilitadas. (Entrevista com a professora Giselle Beiguelman). **Jornal da USP**, 18 mai. 2020.

⁴ Criado em Porto Alegre em 10 de outubro de 2019, o Fórum de Entidades em Defesa do Patrimônio Cultural Brasileiro reúne entidades da sociedade civil para fomentar a mobilização contra ataques promovidos contra o Iphan e o Patrimônio Cultural Brasileiro (FÓRUM DE ENTIDADES EM DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO, 2021).

peçoas para cargos de chefia que não possuem qualificação profissional mínima para atuar nas posições para as quais estão sendo designadas. Ressalta-se, ainda, que estas nomeações afrontam diretamente as disposições do Decreto nº 9.727/2019, que dispõe sobre os critérios e o perfil profissional requeridos para a ocupação de cargos desta natureza⁵. Estas nomeações demonstram uma precarização no que diz respeito ao cuidado com o patrimônio cultural brasileiro.

Além disso, a própria existência do Fórum de Entidades em Defesa do Patrimônio Cultural Brasileiro reforça a necessidade de se discutir o desmonte destes órgãos⁶, como também o visível descaso com o patrimônio cultural brasileiro, que será melhor abordado no decorrer deste trabalho.

Outro problema cada vez mais recorrente no Brasil é o abandono de diversos bens culturais materiais por parte de particulares e por parte do próprio poder público. No ano de 2015, o então coordenador das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Cultural de Turístico no estado de Minas Gerais (CPPC/MPMG), Marcos Paulo de Souza Miranda, informou durante uma entrevista para o Jornal Estado de Minas⁷, que cerca de 25% dos procedimentos das promotorias responsáveis pelo patrimônio cultural versavam, exclusivamente, sobre degradação de igrejas, capelas, casarões, prédios públicos e outros monumentos. Afirmou, ainda, que o abandono é o maior problema do patrimônio cultural em Minas.

Visualiza-se, portanto, a relevância de se discutir o Direito ao Patrimônio Cultural⁸ como um direito fundamental, diante das constantes violações desse direito e do atual cenário no qual o patrimônio cultural brasileiro está inserido.

Nessa perspectiva, verifica-se que os direitos culturais, bem como o Direito ao Patrimônio Cultural estão elencados por toda Constituição da República Federativa do Brasil

⁵ NOTA do Fórum das Entidades em Defesa do Patrimônio Cultural Brasileiro sobre as recentes nomeações para o IPHAN. **Fórum Permanente**, 21 abr. 2020.

⁶ DENÚNCIA sobre o desmonte do IPHAN chega à Câmara dos Deputados: representantes do Fórum de Entidades em Defesa do Patrimônio Cultural farão alerta na Comissão de Cultura da Casa, nesta quarta (23). **Jornal do Brasil**, 21 out. 2019.

⁷ ABANDONO é o maior problema do patrimônio cultural em Minas. **Estado de Minas**, 16 mar. 2015.

⁸ Compreende-se neste trabalho que a preposição mais adequada a ser utilizada na referida expressão, é “ao” ao invés de “do”. Isso porque, o bem cultural é aquilo que se refere à identidade/ ação /memória de alguém (PAIVA, 2014). Dessa forma, o patrimônio cultural brasileiro não possui valor em si próprio, seus significados se encontram nas práticas sociais e a sua função é direcionada aos interesses do ser humano. Por isso, adota-se a expressão Direito ao Patrimônio Cultural no lugar de Direito do Patrimônio Cultural.

(CRFB/88). O art. 23, III⁹ e IV¹⁰, CRFB/88, impõem ao poder público o dever de proteger e preservar seus bens culturais, imposição que é reafirmada pelo art. 24, VII¹¹, CRFB/88. Já os arts. 215 e 216, da CRFB/88 preveem a garantia do exercício e acesso pleno aos direitos culturais, bem como a forma pela qual o patrimônio cultural brasileiro se constitui, conforme se segue:

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

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

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

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II produção, promoção e difusão de bens culturais; III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV democratização do acesso aos bens de cultura; V valorização da diversidade étnica e regional.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

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

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

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

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

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

⁹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (...). (BRASIL, 1988).

¹⁰ Art. 23. (...) IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (...). (*Ibid.*).

¹¹ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (...). (BRASIL, 1988).

§ 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: I - despesas com pessoal e encargos sociais; II - serviço da dívida; III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados. (BRASIL, 1988).

Diante dessa previsão constitucional acerca do Direito ao Patrimônio Cultural, faz-se necessário garantir a proteção, a promoção e o efetivo exercício da função sociocultural¹² do patrimônio cultural material e imaterial brasileiro.

Destarte, esta pesquisa objetiva trazer um exemplo de abandono de bem cultural pelo poder público que se encontra na cidade de Ouro Preto, em Minas Gerais. O Parque do Horto dos Contos, situado no centro histórico do Município, teve seu mais recente abandono compreendido entre os anos de 2015 e 2021. Fala-se em abandono mais recente, pois como será visto no capítulo 3, o parque passou por diversos processos de precarização, abandono e desvalorização no decorrer de toda sua história, mesmo sendo considerado um importante bem histórico e cultural da região.

Ressalta-se que o parque está inserido no perímetro de Tombamento do Conjunto Arquitetônico e Urbanístico de Ouro Preto, sendo conferida a ele uma proteção, no âmbito federal, de bem componente de conjunto tombado. Além disso, toda sua área é de propriedade do Município de Ouro Preto. Por essa razão, ainda que haja a proteção do local a nível federal, a partir do princípio da subsidiariedade, infere-se que o Município é o ente encarregado de preservar e promover o referido bem cultural.

Ademais, observou-se pelo contexto histórico do parque, que o efetivo atendimento de sua função sociocultural está sujeita às gestões do Município e de suas opções político-administrativas. Durante os períodos de abandono, o local teve diversas áreas invadidas, depredadas, seja pela ação do tempo ou pela ação de vândalos. Inclusive, no último período de abandono (2015/2021), o local estava sendo habitado por pessoas em situação de rua.

Assim, com base na obra “Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades” de Francisco Humberto Cunha Filho (2018), como também na tese “Patrimônio cultural, democracia e federalismo” de Allan Carlos Moreira Magalhães (2019), objetiva-se com esse trabalho descobrir se o Direito ao Patrimônio Cultural se enquadra na categoria de direito fundamental e se a violação deste direito, especialmente pelo ente federativo que possui o

¹² Termo utilizado por Marcos Paulo de Souza Miranda (2009) em seu artigo “Princípios básicos da proteção ao patrimônio cultural” (p. 15-24). Compreendeu-se neste trabalho, que a função sociocultural busca o alcance efetivo da função social, ambiental e cultural da propriedade. Tratando-se, portanto, de um conceito mais amplo da função social, que une o disposto nos arts. 5º, XXIII; 170, III; 216, § 1º da CRFB/88.

dever de preservar e promover os bens culturais, deve acarretar na responsabilização civil. Vislumbrou-se, ainda, a possibilidade de responsabilizar pessoalmente o representante máximo do poder executivo municipal nos casos de omissão.

Dessa maneira, esse trabalho possui como tema a responsabilidade civil das Pessoas Jurídicas de Direito Público pelo abandono dos bens culturais de sua propriedade. A pesquisa se desenvolverá tendo como referência o caso do Parque do Horto dos Contos e o Vale dos Contos, a partir do seguinte problema: existe responsabilidade civil para os municípios que abandonam os bens culturais de sua propriedade?

Assim, considerando que a CRFB/88, em seu art. 216, § 1^o¹³, estabelece o direito ao patrimônio cultural como um direito fundamental que deverá ser promovido e protegido pelo poder público e, ainda, os artigos 23, III¹⁴, IV¹⁵ e 24, VII¹⁶, CRFB/88, que ordena ao poder público o dever de proteger e preservar seus bens culturais, verifica-se que é imposto a todos os entes federados (União, Estado e Município) o dever de preservar e proteger o patrimônio cultural brasileiro, a hipótese desta investigação se traduz na seguinte afirmação: O Poder Público é responsável civilmente pelo abandono dos bens culturais de sua propriedade.

Desse modo, alicerçado nesta afirmação, o presente estudo irá se fracionar em três capítulos.

Além dessa introdução, no primeiro capítulo, partindo da premissa estabelecida pelo pós positivismo, discutir-se-á a força normativa dos princípios, percorrendo as previsões constitucionais que versam sobre o patrimônio cultural. Em seguida, investigar-se-á se o Direito ao Patrimônio Cultural constitui-se como um direito fundamental, analisando as características e peculiaridades desse.

Já no segundo capítulo, analisar-se-á a responsabilidade do Poder Público na preservação dos bens culturais de sua propriedade, iniciando pelas disposições constitucionais acerca promoção e preservação do patrimônio cultural, perpassando pelas legislações

¹³ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...) § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (...). (BRASIL, 1988).

¹⁴ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (...). (*Ibid.*).

¹⁵ Art. 23. (...) IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (...). (*Ibid.*).

¹⁶ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (...). (*Ibid.*).

brasileiras acerca do mesmo tema, para, em seguida, adentrar na discussão sobre o pacto federativo brasileiro e as competências dos entes públicos. Investiga-se, ainda, as responsabilidades dos Municípios no que tange ao Direito ao Patrimônio Cultural, verificando se existe a responsabilidade civil desse ente nas hipóteses de abandono dos bens culturais de sua propriedade.

O terceiro capítulo concentra-se na análise e estudo do caso de referência, a saber, o Horto dos Contos e o Vale dos Contos. Neste momento, será estudado o contexto histórico do local, bem como a legislação que incide sobre ele. Em seguida, analisar-se-á a situação de abandono de descaso, bem como a função sociocultural do parque, para, logo em seguida, apresentar uma solução jurídica eficaz para casos similares ao caso de referência.

Quanto à vertente metodológica utilizada no trabalho foi adotada a jurídico-dogmática, no sentido elaborado por Miracy Gustin, Maria Teresa Fonseca Dias e Camila Silva Nicácio (2020), uma vez que a pesquisa se propõe a analisar o Direito ao Patrimônio Cultural e seus desdobramentos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a estudar e a compreender as legislações no entorno deste direito, bem como a analisar uma responsabilização nos casos em que há a violação deste direito, especialmente nos termos estabelecidos pela CRFB/88. Logo, serão trabalhados elementos internos ao ordenamento jurídico, aliado ao estudo das relações normativas.

2 DIREITO AO PATRIMÔNIO CULTURAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

O pós-positivismo ou positivismo ético trouxe, para o ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de os princípios constitucionais possuírem força normativa. O direito e a ética passaram a caminhar lado a lado, trazendo o caráter humanitário para a atividade jurídica, buscando sempre alcançar e proteger o valor da dignidade da pessoa humana¹⁷.

Neste sentido, André de Carvalho Ramos ensina que:

A dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc. (RAMOS, 2020, p. 81).

Diante desse cenário, são instituídos direitos que determinam um patamar mínimo a ser garantido a todos e todas, ou seja, são estabelecidos direitos básicos e necessários a qualquer ser humano apenas pela condição de pertencer a esta espécie. Assim, o que antes era previsto na CRFB/88 como declarações de boas intenções ou conselhos morais, adquire um caráter normativo (MARMELESTEIN, 2019). É nesse contexto que surgem os direitos fundamentais.

Assim, a CRFB/88, em seu Título II estabelece os Direitos e Garantias Fundamentais, que por sua vez se desdobra em cinco outros capítulos, que são, respectivamente: Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Dos Direitos Sociais, Da Nacionalidade, Dos Direitos Políticos e Dos Partidos Políticos. Diante disso, observa-se que a fonte primária dos direitos fundamentais no Brasil encontra-se na CRFB/88 (MARMELESTEIN, 2019).

De acordo com George Marmelstein (2019), é necessário fazer uma delimitação sobre o que são os direitos fundamentais e como eles são aplicados. Isso porque, para o autor, há, no ordenamento jurídico brasileiro, uma banalização destes direitos. Para determinados indivíduos e em determinadas situações, todo direito pode ser ou é considerado fundamental (MARMELESTEIN, 2019) e, entende-se neste trabalho, que se todo direito for fundamental, então nenhum será. Por isso, é essencial delimitar as características e as peculiaridades pertinentes a estes direitos.

¹⁷ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana (...). (BRASIL, 1988).

No Brasil, os direitos fundamentais se caracterizam, principalmente, por possuírem aplicação imediata, serem cláusulas pétreas e possuírem hierarquia constitucional (MARMELSTEIN, 2019). Isso quer dizer que os direitos fundamentais não precisam da criação de outras normas para serem aplicados, não podem ser excluídos do ordenamento jurídico e nenhuma lei que venha a ser criada dentro do ordenamento poderá ser contrária àquele direito previsto na constituição (MARMELSTEIN, 2019).

Os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético e normativo, refletindo em um sistema de valores, conforme propõe o positivismo ético. O valor ético deste direito é aquele definido pelo poder constituinte e, de maneira geral, são aqueles merecedores de uma proteção normativa especial e, por isso, são listados na Carta Magna de maneira explícita e implícita (MARMELSTEIN, 2019). Nesse sentido, o valor basilar dos direitos fundamentais, conforme preceitua Ricardo Maurício Freire Soares (2019), encontra-se, especialmente, nos princípios ético-jurídicos como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, a solidariedade ou a proporcionalidade.

Faz-se necessário ressaltar aqui que, devido ao que dispõe o art. 5º, § 2º da CRFB/88¹⁸, não há uma taxatividade entre os direitos constitucionais fundamentais, ou seja, esses direitos não se restringem apenas àqueles expressamente listados na Carta Magna. Essa cláusula constitucional é conhecida no ordenamento jurídico brasileiro como cláusula de abertura ou de não tipicidade positivada (SANTOS, 2015).

Por essa razão, observa-se, neste trabalho, que é imprescindível aos juristas a constante aplicação da hermenêutica jurídica¹⁹, ou seja, a permanente busca pela descoberta da real abrangência e significado das normas e dos princípios jurídicos, em especial daqueles configurados constitucionalmente como fundamentais. Neste sentido, Eduardo Rodrigues dos Santos (2015), em sua obra “Direitos Fundamentais Atípicos: uma análise do §2º, do art. 5º, da constituição brasileira de 1988”, discorre sobre a possibilidade de se reconhecer e inferir direitos fundamentais para além daqueles que estão expressamente elencados na CRFB/88, é o que o autor identifica como direitos atípicos.

¹⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (...). (BRASIL, 1988).

¹⁹ Para que se dê a efetiva aplicação do Direito, é necessário um trabalho preliminar baseado em descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positivada e, posteriormente, sua dimensão. Assim, quando o jurista extrai tudo que contém na norma, está interpretando, ou seja, buscando o real sentido e alcance das regras normas, princípios que compõem o Direito (MAXIMILIANO, 2020).

Assim, compreende-se que a CRFB/88 é composta por uma cláusula aberta no que diz respeito aos direitos fundamentais, uma vez que não se pode determinar um rol taxativo quando se trata de direitos garantidores do mínimo necessário a cada ser humano. Ingo Wolfgang Sarlet discorre sobre a cláusula aberta na obra “Comentários à Constituição do Brasil” da seguinte maneira:

A norma contida no § 2o do art. 5o da CF traduz o entendimento de que, além dos direitos expressamente positivados no capítulo constitucional próprio (dos direitos e garantias fundamentais), existem direitos que, por seu conteúdo e significado, integram o sistema da Constituição, compondo, em outras palavras, na acepção originária do direito constitucional francês, o assim chamado bloco de constitucionalidade, que não se restringe necessariamente a um determinado texto ou mesmo conjunto de textos constitucionais, ou seja, não se reduz a uma concepção puramente formal de constituição e de direitos fundamentais. Assim, a despeito do caráter analítico do Título II da CF, onde estão contidos os direitos e garantias como tal designados e reconhecidos pelo constituinte, cuida-se de uma enumeração não taxativa. O art. 5o, § 2o, da CF, representa, portanto, uma cláusula que consagra a abertura material do sistema constitucional de direitos fundamentais como sendo um sistema inclusivo e amigo dos direitos fundamentais. (SARLET, 2018, p. 552).

Neste sentido, sabe-se que a sociedade contemporânea é extremamente complexa e diversificada e, por essa razão, os princípios, as normas jurídicas e o ordenamento jurídico como um todo devem acompanhar a evolução social que decorre deste fato (SANTOS, 2015). Em vista disso, a constante releitura de direitos fundamentais faz-se de extrema importância para garantir o mínimo necessário a todos e todas. Assim, entende-se neste trabalho que a CRFB/88 deve ser compreendida como um sistema aberto e flexível de regras e princípios (SANTOS, 2015).

Ainda, segundo Eduardo Rodrigues dos Santos (2015), existem três fontes possíveis de reconhecimento dos direitos atípicos²⁰, são elas: o regime constitucional, os princípios constitucionais e os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário. Acrescenta que são vislumbradas, pelo menos, quatro possibilidades de se identificar e construir os direitos fundamentais atípicos, que consistem em: direitos expressamente positivados da CRFB/88, mas fora do Título II; direitos não positivados expressamente na CRFB/88, mas implicitamente contidos nela; direitos fundamentais decorrentes apenas dos princípios da CRFB/88 e direitos fundamentais advindos dos tratados internacionais dos quais o nosso país é parte.

²⁰ Direitos atípicos são os direitos e garantias fundamentais não positivados expressamente no Título II da CF/88. (SANTOS, 2015, p. 10).

Para além de todo o exposto, no que tange aos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se mister a aplicação dos princípios da proteção ao núcleo essencial e o da proporcionalidade em sentido amplo. Isso porque, ainda que os direitos fundamentais possuam as características aqui já mencionadas, eles não podem ser aplicados de maneira indiscriminada ou deixarem de ser aplicados. Existem momentos nos quais os direitos fundamentais colidem entre si ou são priorizados em detrimento de outros e por isso, ainda que sejam direitos inerentes a qualquer ser humano, terão sua eficácia e aplicabilidade reduzida ou ampliada a depender da situação.

Neste sentido, Marmelstein (2019) ensina que o princípio da proteção ao núcleo essencial determina que, sob nenhuma hipótese, uma norma poderá restringir um direito fundamental a ponto que afete o seu conteúdo mínimo ou essencial. Assim, ainda que alguns direitos fundamentais sejam restringidos em determinados momentos, estes princípios irão evitar que o conteúdo destes direitos se esvazie.

Cláudio Chequer leciona acerca deste princípio:

(...) o princípio de proteção ao núcleo essencial do direito fundamental surgiu com a finalidade de estabelecer, em especial para o legislador, um limite para a limitação dos direitos fundamentais. Determinou a forma de atuação do legislador quando o mesmo objetivar a restrição de um determinado direito fundamental, sob pena de ter seu produto considerado inconstitucional. Esta, portanto, é a primordial finalidade de tal princípio: garantir um núcleo essencial para os direitos fundamentais, não admitindo, em nenhuma hipótese, que seu núcleo essencial seja violado, finalidade esta que orientará a atuação do legislador, fixando-lhe um limite de atuação. (...) não podemos esquecer o conteúdo do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, de nossa Constituição de 1988. Este dispositivo constitucional determina expressamente que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Assim, fica evidenciado, ainda que de forma indireta, que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser preservado. Ou seja, se o legislador infraconstitucional não pode reduzir o âmbito de proteção de um direito fundamental a ponto de esvaziá-lo completamente, abolindo-o, nem sequer por emenda constitucional, por consequência, o núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Cidadã está garantido de forma segura. (CHEQUER, 2013)

Ademais, com relação ao princípio da proporcionalidade, Marmelstein define:

O princípio da proporcionalidade é, portanto, o instrumento necessário para aferir a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais. Por isso, esse princípio é chamado de “limite dos limites”. “O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais (MARMELSTEIN, 219, p. 379).

Para além da discussão acerca dos direitos fundamentais, o que são e as possibilidades jurídicas que os envolvem, sabe-se que o Direito ao Patrimônio Cultural integra os direitos humanos.

Os direitos humanos ou direitos do homem, por sua vez, podem ser definidos como normas que reconhecem e protegem a dignidade de todos os seres humanos (UNICEF, 2015), evidenciando a proximidade entre estes e os direitos fundamentais.

Neste sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite define os direitos humanos da seguinte maneira:

Direitos Humanos são direitos morais, porque tal fundamentação ética tem por objeto a efetivação dos princípios da dignidade, liberdade, igualdade e solidariedade, conciliando, assim, as formulações dos jusnaturalistas, juspositivistas e jusrealistas, pois, como diz Bobbio, o problema não é justificá-los, e sim garanti-los (LEITE, 2014, p. 36).

Diante do exposto, observa-se que apesar de existirem pequenas diferenças entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, fato é que em diversos aspectos eles convergem entre si.

Além disso, diversos direitos previstos no texto constitucional, também são previstos no âmbito internacional, situação que acarreta consequências jurídicas dentro do direito brasileiro. É o caso dos direitos expressamente enunciados nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, especialmente da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, que se caracteriza como a consolidação internacional dos direitos humanos. A declaração possui força vinculante e é exigível de todos os Estados membros da Organização das Nações Unidas (ONU).

No Brasil, os tratados e convenções que dizem respeito aos direitos humanos, desde que ratificados e internalizados no ordenamento jurídico, possuem o *status* de norma supralegal conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Súmula Vinculante nº 25²¹. Para além da súmula vinculante mencionada, há, ainda, o disposto no art. 5º, §3 da CRFB/88²². Diante dessas duas possibilidades jurídicas quanto à hierarquia dos tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos, o STF decidiu que esses passariam a ter dupla hierarquia normativa. Isso significa que os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos, quando não forem submetidos ao procedimento previsto no art. 5º, §3

²¹ Súmula Vinculante 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268&termo=>. Acesso em: 22 ago. 2021.

²² Art. 5º. (...) §3 - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (...). (BRASIL, 1988).

da CRFB/88, se encontrarão abaixo da CRFB/88 e acima das leis ordinárias, adquirindo o *status* supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Além disso, quando esses tratados e convenções forem submetidos ao procedimento previsto no art. 5º, §3 da CRFB/88, passarão a compor o bloco de constitucionalidade e irão adquirir o *status* de norma constitucional no ordenamento jurídico.

Ambas as posições hierárquicas implicam e reafirmam a tese de que nenhuma norma poderá ser contrária ou conflitante ao que determina os dispositivos nelas contidos.

Realizada a análise dos direitos fundamentais, passar-se-á a análise da cultura, bem como dos direitos culturais, dos bens culturais (materiais e imateriais) e do patrimônio cultural.

2.1 Da cultura ao patrimônio cultural

A palavra cultura possui diversos significados a depender do contexto em que é aplicada e, especialmente no campo das ciências sociais, existe uma significativa problematização acerca de seu conceito (CARIA, 2008). Trata-se, portanto, de um conceito amplo e abstrato.

Para Francisco Humberto Cunha Filho (2000) a cultura é um termo “vulgarizado”, utilizado por qualquer pessoa, em momentos distintos, com significados diversos. Assim, o professor enumera sete significados comumente atribuídos à cultura:

(1) aquele que se reporta ao conjunto de conhecimentos de uma única pessoa (...); (2) um segundo que confunde expressões como “arte”, “artesanato” e “folclore”, como sinônimos de cultura (...); (3) outro que concebe cultura como conjunto de crenças, ritos, mitologias e demais aspectos imateriais de um povo; (4) mais um que direciona o significado de cultura para o desenvolvimento e acesso às mais modernas tecnologias; (5) ainda o que distingue o conjunto de saberes, modos e costumes de uma classe, categoria ou de uma ciência (...); (6) outro vinculado à semiótica, retratador do conjunto de signos e símbolos das relações sociais; (7) por último, em nossa modesta lista, aquele que se reporta a toda e qualquer produção material e imaterial de uma coletividade específica, ou até mesmo de toda humanidade (CUNHA FILHO, 2000, p. 23).

Nessa seara, a cultura também pode ser compreendida como os ensinamentos, as práticas e criações dos antepassados que são transmitidas e ensinadas aos vivos, que as perpetuam (RANGEL, 2008).

Além disso, no âmbito da sociologia, Giddens ensina que:

Quando os sociólogos se referem à cultura, estão preocupados com aqueles aspectos da sociedade humana que são antes aprendidos do que herdados. Esses elementos culturais são compartilhados por membros da sociedade e

tornam possível a cooperação e a comunicação. (...) A cultura de uma sociedade compreende tantos aspectos intangíveis - as crenças, as ideias e os valores que formam o conteúdo da cultura - como também aspectos tangíveis - os objetos, os símbolos ou a tecnologia que representam esse conteúdo. Sem cultura não seríamos sequer ‘humanos’, no sentido em que comumente entendemos este termo. Não teríamos língua, (...) noção de auto-consciência e nossa habilidade de pensar ou raciocinar seria severamente limitada (GIDDENS, 2005, p. 36-38).

Diante do exposto, nota-se infinitas possibilidades de se descrever a cultura, que não são incorretas, mas que se apresentam como partes de um todo maior. Apesar disso, este trabalho compreenderá a cultura como:

(...) a produção humana vinculada ao ideal de aprimoramento, visando à dignidade da espécie como um todo, e de cada um dos indivíduos (CUNHA FILHO, 2000).

No que tange ao âmbito jurídico, observa-se que os direitos culturais encontram-se previstos dentro de todo o ordenamento jurídico brasileiro. A CRFB/88, no Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais prevê em seu art. 5º, IV, IX, XIII, XVII, XXVII, XXVIII, XXIX, LXXIII a proteção e garantia de direitos culturais. Entretanto, esses direitos não se encontram elencados apenas nesse artigo, estão previstos em toda Carta Magna, do art. 5 ao 7, nos arts. 12 e 13, nos arts. 215, 216 e 216-A, dentre tantos outros, seja de forma explícita ou implícita se situam os direitos culturais na Constituição.

Francisco Humberto Cunha Filho (2018), em sua obra “Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades”, afirma que para os direitos culturais serem entendidos e caracterizados como fundamentais, faz-se necessário que atendam a algumas características, quais sejam: estar inserido no texto constitucional, preferencialmente, em capítulo específico e, caso não esteja na CRFB/88, sua existência deve ser tão significativa a ponto de ser abraçada pelos princípios que formam o conjunto de direitos fundamentais em seu aspecto material ou substancial. Se assim forem enquadrados, receberão tratamento especial dentro do ordenamento jurídico. Neste momento, observa-se uma possível analogia entre os direitos culturais e o Direito ao Patrimônio Cultural.

Nesse sentido, a CRFB/88 no Título VIII, Capítulo III, Seção II Da Cultura, art. 215 prevê expressamente o dever do Estado de garantir a todos e todas o pleno exercício dos direitos culturais, estabelecendo, dessa forma, a fruição coletiva²³. Em seguida, na mesma Seção II, o art. 216 define patrimônio cultural como aquele formado pelos:

²³ Princípio da fruição coletiva: assegurado pela Constituição Federal, Artigo 215, caput, que dispõe: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” (LEMOS JÚNIOR, 2012).

Art. 216. (...) bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (BRASIL, 1988).

Vale ressaltar que o patrimônio material e o patrimônio imaterial coexistem, de forma que um opera diante da existência do outro. Tendo em vista a necessidade de promoção e preservação do patrimônio cultural, faz-se imprescindível a proteção e conservação dos bens culturais imateriais²⁴ e dos materiais²⁵.

Perante o exposto, constata-se que os direitos culturais perpassam por todo o ordenamento jurídico brasileiro, de maneira explícita ou implícita. Neste sentido, Ingo Sarlet apresenta uma reflexão necessária acerca dos direitos e princípios implícitos na CRFB/88:

(...) já os direitos implícitos ou implicitamente positivados abrangem todas as posições jurídicas fundamentais não direta e explicitamente consagradas pelo texto constitucional, mas que podem ser deduzidos de um ou mais direitos (e mesmo princípios) expressamente consagrados, em geral mediante a reconstrução (ampliação) hermenêutica do âmbito de proteção de um determinado direito (...) (SARLET, 2015).

Trata-se de um ensinamento relevante, já que de acordo com Francisco Humberto Cunha Filho (2018), pode-se inferir da CRFB/88 alguns princípios constitucionais culturais. Isso quer dizer que para além das normas expressas, ainda existem os princípios norteadores deste direito. Ressalta-se que neste trabalho será compreendida a existência de uma pluralidade de princípios, pois é impossível imaginar apenas um princípio regendo o mundo jurídico, em especial um campo tão diverso e plural quanto o cultural.

²⁴ “Os bens culturais de natureza imaterial dizem respeito àquelas práticas e domínios da vida social que se manifestam em saberes, ofícios e modos de fazer; celebrações; formas de expressão cênicas, plásticas, musicais ou lúdicas; e nos lugares (como mercados, feiras e santuários que abrigam práticas culturais coletivas).” (INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, 2021a).

²⁵ “O patrimônio material protegido pelo Iphan é composto por um conjunto de bens culturais classificados segundo sua natureza, conforme os quatro Livros do Tombo: arqueológico, paisagístico e etnográfico; histórico; belas artes; e das artes aplicadas. A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 215 e 216, ampliou a noção de patrimônio cultural ao reconhecer a existência de bens culturais de natureza material e imaterial e, também, ao estabelecer outras formas de preservação – como o Registro e o Inventário – além do Tombamento, instituído pelo Decreto-Lei nº. 25, de 30 de novembro de 1937, que é adequado, principalmente, à proteção de edificações, paisagens e conjuntos históricos urbanos. Os bens tombados de natureza material podem ser imóveis como cidades históricas, sítios arqueológicos e paisagísticos e bens individuais; ou móveis, como coleções arqueológicas, acervos museológicos, documentais, bibliográficos, arquivísticos, videográficos, fotográficos e cinematográficos.” (INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, 2021b).

Além disso, vale salientar que os princípios que surgem no decorrer do tempo, seja por meio da atividade da hermenêutica jurídica, seja através da criação de novas normas, devem estar de acordo com os valores da sociedade na qual serão aplicados, caso contrário, será apenas uma inutilidade jurídica, sem aplicação prática.

Dessa forma, para o professor Francisco Humberto Cunha Filho (2018), os princípios constitucionais culturais inferíveis a partir da CRFB/88 são: pluralismo cultural e universalidade; participação popular; respeito à memória coletiva e atuação do estado no setor cultural como suporte logístico.

Para além da previsão constitucional, é possível localizar alguns dispositivos na Declaração Universal dos Direitos Humanos que dispõem acerca dos direitos culturais, são eles os artigos 22²⁶ e 27²⁷.

Assim, ainda que a CRFB/88 tenha ampliado consideravelmente os direitos culturais, bem como a sua proteção, nota-se que não há como proteger a cultura como um todo, em cada mínimo detalhe, em cada localidade e, por isso, deve-se reconhecer e selecionar determinados bens que possuam um valor cultural superior aos outros (PAIVA, 2014). Por essa razão, notória é a importância de se diferenciar os termos cultura e bem cultural, uma vez que nem todo elemento da cultura pode ou deve ser classificado como bem cultural (PAIVA, 2014). Essencial frisar, ainda, que a seletividade e valoração desses bens não ocasiona qualquer distinção ou menosprezo entre as manifestações culturais existentes no território brasileiro.

Nessa perspectiva, faz-se necessário tratar acerca do conceito de bem cultural dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Carlos Frederico Marés de Souza Filho conceitua da seguinte maneira:

(...) bem cultural é aquele bem jurídico que, além de ser objeto de direito, está protegido por ser representativo, evocativo ou identificador de uma expressão cultural relevante. Ao bem cultural assim reconhecido é agregada uma qualidade jurídica modificadora, embora a dominialidade ou propriedade não se lhe altere (SOUZA FILHO, 2011, p. 36).

Ainda, nas palavras de Carlos Magno de Souza Paiva:

Bem cultural é um significado contido em uma expressão cultural, material ou imaterial, podendo ser ainda uma memória cultural, legitimamente considerado e consolidado como um valor cultural representativo e

²⁶ Art. 22. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (UNICEF, 2021).

²⁷ Art. 27. 1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios (...). (*Ibid.*).

expressivo para uma comunidade local, regional ou global, e cuja tutela se orienta pela Constituição da República de 1988 (PAIVA, 2014, p.170).

Entende-se, portanto, que todos os bens culturais são gravados de um especial interesse público (SOUZA FILHO, 2011), sendo dever da sociedade brasileira e do poder público proteger os bens culturais portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira²⁸.

A importância de um bem cultural não está apenas na classificação e valoração feita pelo Estado, encontra-se também e, principalmente, no significado que aquele bem possui dentro da comunidade na qual está inserido. Esse entendimento se harmoniza com o ensinamento de Carlos Magno de Souza Paiva:

Bem cultural é o valor e o significado que a comunidade atribui a um dado elemento da cultura, e antes mesmo de tornar-se objeto do Direito, ele já possui esse valor que é, inclusive, o alvo da tutela jurídica, não sendo possível compreender isso de modo hermético e distante do contexto e da função que os bens culturais assumem para uma dada comunidade (PAIVA, 2014, p. 68).

Já o patrimônio cultural é comumente compreendido como a junção de todos os bens culturais nos quais estão contidos elementos representativos dos valores e significados culturais de uma comunidade. Sendo assim, compreendido como o substantivo coletivo de bens culturais (PAIVA, 2014).

Para além dessa junção de bens, atualmente, o patrimônio cultural é objeto de tutela do subsistema do Direito ao Patrimônio Cultural. Situação que implica diversas consequências jurídicas.

Insta ressaltar que, conforme a doutrina ensina, existem três classes de direitos fundamentais: os de primeira, segunda e terceira dimensão²⁹. Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos; os de segunda são os direitos sociais, econômicos e culturais e os de terceira são os direitos de solidariedade e fraternidade que, por sua vez, se referem aos direitos difusos (MORAIS, 2021). O Direito ao Patrimônio Cultural encontra-se na esfera dos direitos de terceira dimensão, pois é concebido como um direito difuso, pertencente à coletividade.

Para tanto, neste trabalho, será adotada a seguinte compreensão acerca do patrimônio cultural:

²⁸ Art. 216 da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

²⁹ Conforme ensina Lorena Duarte Lopes Maia, “A escolha da expressão dimensão em vez de geração reside no fato de que a última poderia significar mera sucessão cronológica, importando extinção dos direitos das anteriores gerações” (MAIA, 2012).

(...) um sistema estruturante, ou seja, um sistema complexo com um papel específico, no caso, de inserção, compreensão e função dos bens culturais relativos à identidade de um povo (PAIVA, 2014, p. 77.)

Carlos Magno de Souza Paiva (2014) entende o patrimônio cultural como um ambiente de inclusão, solidariedade e alteridade cultural entre os povos, uma vez que cada bem cultural representa determinada expressão cultural, assim, o patrimônio cultural é o mecanismo pelo qual estes bens serão reconhecidos e valorizados.

Dessa forma, diante das características e peculiaridades do patrimônio cultural, observou-se neste capítulo a sua importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Verificou-se, inclusive, que assim como os direitos culturais podem ser classificados como um direito fundamental, conforme defende o professor Francisco Humberto Cunha Filho, o Direito ao Patrimônio Cultural também pode e deve ser, uma vez que ele está inserido no texto constitucional, em capítulo específico e sua existência é tão significativa a ponto de ser abraçada pelos princípios que formam o conjunto de direitos fundamentais.

Vislumbra-se, ainda, uma outra possibilidade jurídica com relação do Direito ao Patrimônio Cultural, a de constituir os direitos personalíssimos. O professor Carlos Magno de Souza Paiva (2021) leciona acerca da fundamentalidade do Direito ao Patrimônio Cultural, conectando-o aos direitos da personalidade da seguinte forma:

Inclusive, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos traz duas alusões ao papel da cultura na vida do ser humano. Tanto para dizer que “todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade”, como para destacar que “a todo ser humano, como membro da sociedade, é garantido os direitos culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.”. E este talvez seja o primeiro aspecto contundente para assegurar a fundamentalidade jurídica do direito ao patrimônio cultural (...). A forma como a DUDH ligou as referências culturais à dignidade humana e à construção da personalidade do indivíduo vai além de um mero argumento retórico de enaltecimento da cultura. Estamos diante do fato de que as referências culturais são elementos próprios à construção da personalidade do sujeito e nos dizeres de Szaniawski, a “personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens (...). (PAIVA, 2021, p. 171).

Dessa forma, compreende-se o Direito ao Patrimônio Cultural como um direito personalíssimo.

Observou-se neste capítulo que a cultura e o direito ao patrimônio cultural se encontram presentes em grande parte da estrutura normativa brasileira, o que não quer dizer que sejam sempre garantidos da maneira mais proveitosa a todos e todas.

Diante do exposto, conclui-se que o Direito ao Patrimônio Cultural se configura como um direito fundamental dentro do ordenamento jurídico brasileiro, seja pelo fato de estar previsto no texto constitucional, em capítulo específico, explícita e implicitamente; por atender aos requisitos característicos dos direitos fundamentais; por possuir princípios próprios; por estar presente na DHDU; ou por constituir-se como um direito personalíssimo.

3 DA RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO NA PRESERVAÇÃO DOS BENS CULTURAIS

Neste capítulo serão analisadas as disposições constitucionais acerca da proteção e promoção do patrimônio cultural brasileiro, as legislações infraconstitucionais e os instrumentos jurídicos mais utilizados. Em seguida, serão estudadas as competências dos entes federativos, destacando-se os deveres e obrigações dos Municípios.

Objetiva-se, a partir desta análise, fundamentar e comprovar, juridicamente, a responsabilidade civil dos municípios, bem como do gestor público representante do poder executivo nos casos em que ocorre o abandono dos bens culturais de propriedade do Município.

Busca-se, portanto, o efetivo cumprimento da função sociocultural dos bens culturais inseridos nas comunidades brasileiras.

3.1 Previsão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Diante da existência do Direito ao Patrimônio Cultural e da absorção do mesmo como um direito fundamental, faz-se imprescindível que seja garantido a todos e todas. Para que isso aconteça, a CRFB/88 incube aos entes federativos determinados deveres e obrigações objetivando a tangibilidade deste direito, não existindo apenas como ideias floreadas dentro da Carta Magna.

Assim, conforme dito no capítulo anterior, a proteção do patrimônio cultural perpassa por todo ordenamento jurídico brasileiro, da Carta Magna às legislações municipais. Dessa maneira, analisando a Constituição de 1988, tem-se que em seu Título III Da Organização do Estado, Capítulo II Da União, art. 23, III e IV, é imposto ao poder público e, portanto, a todos os entes federativos (MAGALHÃES, 2019), o dever de proteger e preservar seus bens culturais.

Fernanda Dias Menezes de Almeida trata sobre estes incisos na obra “Comentários à Constituição do Brasil” da seguinte forma:

Art. 23, III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; (...) Evidencia-se, no caso, saudável preocupação com a defesa de valores de importância infelizmente bastante negligenciada no país. Assim sendo, é plenamente justificável que se inclua entre as competências concorrentes a de proteger bens de valor histórico, artístico e cultural, alguns dos quais o próprio constituinte teve o cuidado de destacar. Como é regra na Constituição vigente, não se esgota no inciso comentado o

tratamento do tema em pauta, encontrando-se nos arts. 215 e 216, dedicados à cultura, outras tantas disposições correlatas. Art. 23, IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; (...) A redundância que se registra neste inciso, se cotejado com o anterior, é perdoável, por significar a projeção de um despertar, já tardio, para a importância da preservação do patrimônio histórico, artístico e cultural. De fato, seria perfeitamente dispensável prever como competência concorrente a de impedir a evasão, destruição e descaracterização desse patrimônio, uma vez que isto já está implícito na obrigação de protegê-lo, nos termos do inciso III. Mas não se revela desarrazoado enfatizar, no caso, o dever de proteção, diante do descaso crônico das autoridades públicas e da sociedade civil pela preservação dos bens em causa (ALMEIDA, 2018, p. 808).

Assim, conforme estabelecido no art. 23, CRFB/88, a responsabilidade pela proteção e promoção do patrimônio cultural nacional é de competência comum dos entes federativos, ou seja, cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios este dever. Importante frisar que o artigo retromencionado, aborda a competência comum dos entes no exercício da função administrativa.

Por outro lado, entende-se que esta imposição, que é reafirmada pelo art. 24, VII, CRFB/88, refere-se a competência concorrente desses entes no exercício da função legislativa.

Em seguida, a CRFB/88, no Título VIII Da Ordem Social, Capítulo III Da Educação, Da Cultura e Do Desporto, Seção II Da Cultura, em seu art. 215, atrai para o Estado a obrigação de garantir a todos e todas o exercício pleno dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, como também o apoio e incentivo a valorização e a difusão das manifestações culturais³⁰ e o dever de proteger as manifestações de culturas populares³¹.

Outrossim, a CRFB/88 apresenta o art. 216, que dispõe sobre a constituição do patrimônio cultural brasileiro e, referindo-se, novamente, ao Poder Público, afirma a necessidade de a comunidade e os entes públicos atuarem em conjunto buscando a promoção e proteção deste patrimônio³². Ainda, no mesmo artigo, é estabelecido os instrumentos de proteção do patrimônio cultural, quais sejam: inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação³³.

³⁰ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. (BRASIL, 1988).

³¹ Art. 215. (...) § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (...). (*Ibid.*).

³² Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem (...). (*Ibid.*).

³³ Art. 216. (...) § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (...). (*Ibid.*).

Mediante a interpretação do art. 216, § 1º, CRFB/88, compreende-se que os instrumentos de preservação e proteção do patrimônio cultural brasileiro possuem natureza jurídica no ordenamento brasileiro. Além disso, observa-se que o próprio texto constitucional declara o tombamento de determinados bens considerados relevantes no âmbito do patrimônio cultural brasileiro³⁴.

O artigo retromencionado também dispõe sobre a existência de punições, na forma da lei, quando houverem danos e ameaças ao patrimônio cultural brasileiro³⁵.

Neste sentido, diante da interpretação conjunta dos artigos citados neste tópico, o Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda (2018), em seu artigo “Constituição federal assegura ampla proteção ao patrimônio cultural do país”, ensina que:

Verifica-se pela leitura do texto constitucional (art. 216, § 1º. c/c 23, III e IV) que existe uma imediata co-responsabilização de todos os cidadãos e entidades públicas e privadas na defesa e valorização dos bens culturais, quer na obrigação genérica de non facere (não provocação de danos ao patrimônio cultural), quer no específico chamamento do Estado às suas responsabilidades de promoção cultural. (MIRANDA, 2018).

Logo, justifica-se a existência deste tópico na medida em que se observa um constante desmonte e descaso no que concerne ao Direito ao Patrimônio Cultural no Brasil.

Assim, entende-se que é necessário demonstrar e reiterar a imposição constitucional de proteção e preservação do patrimônio cultural brasileiro aos entes públicos e às comunidades.

3.2 Legislação

Neste tópico, faz-se necessário realizar um resumo histórico das legislações brasileiras que versam sobre a proteção, promoção e conservação do patrimônio cultural.

Conforme já dito neste trabalho, compreende-se que o Direito ao Patrimônio Cultural compõe majoritariamente os direitos de terceira dimensão, encontrando-se na esfera dos direitos coletivos, fato que gera implicações no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em relação à legislação aplicada na proteção, promoção e salvaguarda dos bens culturais.

Importante ressaltar que ainda é muito utilizado pelos aplicadores do direito normas referentes ao Direito Ambiental. Apesar disso, neste trabalho o Direito ao Patrimônio Cultural será investigado na perspectiva de um subsistema jurídico independente, ainda que seja

³⁴ Art. 216. (...) § 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (...). (BRASIL, 1988).

³⁵ Art. 216. (...) § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei (...). (*Ibid.*).

compreendido que a regulação jurídica dos bens culturais coexista junto ao debate jurídico ambiental (PAIVA, 2014).

Neste sentido, o Promotor de Justiça, Marcos Paulo de Souza Miranda transmite o seguinte ensinamento:

A constituição tutela o direito à proteção e fruição do patrimônio cultural sob a forma de interesse difuso (necessidade comum a conjuntos indeterminados de indivíduos), que somente pode ser satisfeita numa perspectiva comunitária, vez que o patrimônio cultural, enquanto valor inapropriável, pertence a todos ao mesmo tempo em que não pertence, de forma individualizada, a qualquer pessoa. A proteção conferida aos bens culturais independe da natureza de sua propriedade. Ficam eles submetidos a um especial regime jurídico em razão do interesse público que sobre eles repousa (MIRANDA, 2018).

No tocante à proteção e promoção do patrimônio cultural, foram determinados pela CRFB/88 certos mecanismos que visam a salvaguardar estes bens. São eles: inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação³⁶. A Carta Magna prevê, ainda, ações para defesa, destacando-se neste trabalho a ação popular³⁷.

Além destes instrumentos, em 1937 foi criado o Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional³⁸ (IPHAN). O patrimônio material brasileiro protegido pelo IPHAN é composto por um conjunto de bens culturais que são classificados segundo à sua natureza, que por sua vez são inscritos nos quatro Livros do Tombo.

Em seguida, foi promulgado o Decreto Lei nº 25/1937 que estrutura a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

³⁶ Art. 216. (...) § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (...). (BRASIL, 1988).

³⁷ Art. 5º. (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (...). (*Ibid.*).

³⁸ “O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) é uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Turismo que responde pela preservação do Patrimônio Cultural Brasileiro. Cabe ao Iphan proteger e promover os bens culturais do País, assegurando sua permanência e usufruto para as gerações presentes e futuras. (...) Desde a criação do Instituto, em 13 de janeiro de 1937, por meio da Lei nº 378, assinada pelo então presidente Getúlio Vargas, os conceitos que orientam a atuação do Instituto têm evoluído, mantendo sempre relação com os marcos legais. A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 216, define o patrimônio cultural como formas de expressão, modos de criar, fazer e viver. Também são assim reconhecidas as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; e, ainda, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Nos artigos 215 e 216, a Constituição reconhece a existência de bens culturais de natureza material e imaterial, além de estabelecer as formas de preservação desse patrimônio: o registro, o inventário e o tombamento.” (INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, 2021c).

O enfoque deste trabalho se dará a partir do instrumento do tombamento³⁹. No entanto, a perspectiva empreendida aqui será a de que o patrimônio cultural não se trata apenas dos bens efetivamente tombados pelo Poder Público e inseridos em livros regulamentadores, mas também dos bens culturais considerados relevantes e importantes pela comunidade na qual está inserido.

Este entendimento coaduna com o ensinamento do professor Ulpiano Toledo Bezerra de Meneses (2012), em seu artigo “O Campo do Patrimônio Cultural: uma revisão de premissas”. O trecho a seguir permite compreender o patrimônio cultural material para além da proteção por instrumentos jurídicos, mas como um bem que possui significado para aqueles que o vivenciam, que perpassa por práticas e representações, que possui múltiplos valores para a sociedade.

Em outras palavras, era o poder público que instituía o patrimônio cultural, o qual só se comporia de bens tombados. O tombamento, portanto, tinha papel instituinte do valor cultural - daquele valor que credenciava a inclusão do bem num rol formalmente definido. Ao inverso, a nova Constituição Federal reconheceu aquilo que é a posição concorrente, há muito tempo nas ciências sociais: os valores culturais (os valores, em geral) não são criados pelo poder público, mas pela sociedade. O patrimônio é antes de mais nada um fato social - essa afirmação, nos órgãos de preservação, nas décadas de 1970 e 1980, provocava escândalos e alimentava mal-entendidos (MENESES, 2012, p. 33).

Assim, visualiza-se que a expressão Direito ao Patrimônio Cultural não é utilizada neste trabalho em vão.

No âmbito legislativo, existem várias outras normas que regulamentam o campo do Direito ao Patrimônio Cultural, a exemplo do Decreto nº 3.551 de 2000, o qual institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências; da Lei nº 6.292/75, que estabelece que o tombamento de bens, no IPHAN, previsto no Decreto-lei nº 25/37; da Lei n. 7.347/85, a qual rege as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados, entre outros, ao meio ambiente e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, dentre outras.

³⁹ “O tombamento é um ato administrativo regulado pelo Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. O tombamento é realizado pelo Poder Público, nos níveis federal – de responsabilidade do Iphan, estadual ou municipal e aplica-se, exclusivamente, aos bens de natureza material ou ambiental. O tombamento de um bem inicia-se com o pedido de abertura do processo, que pode ser realizado por qualquer cidadão ou instituição pública. Quando aplica este instrumento, o objetivo do poder público é preservar bens de valor histórico, cultural, arquitetônico, ambiental e também aqueles de valor afetivo para a população, impedindo a destruição e/ou descaracterização dos bens em questão. (...) é aplicado apenas aos bens materiais de interesse para a preservação da memória coletiva.” (INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, 2021d).

Outra legislação constantemente utilizada pelos aplicadores do direito no âmbito do patrimônio cultural, é a Lei 9.605/98 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, dentre outras providências. Assim como o Direito ao Patrimônio Cultural é caracterizado como um direito de terceira dimensão, o Direito ao Meio Ambiente também o é. O fato destes dois andarem juntos, muitas vezes implica na aplicação da legislação ambiental com o objetivo de dirimir problemas jurídicos envolvendo o patrimônio cultural. Neste trabalho, entende-se que não há problema neste hábito corriqueiro no ordenamento jurídico brasileiro, desde que seja efetivada a preservação e proteção dos bens culturais. Entretanto, é importante considerar o Direito ao Patrimônio Cultural como o subsistema que ele é, sendo necessário empregar legislações que dizem respeito às suas peculiaridades e tratativas. Conforme ensina o professor Carlos Magno de Souza Paiva:

(...) que não é pelo fato dos bens culturais compartilharem o entorno tradicionalmente perturbador do subsistema Direito Ambiental, ou seja, o espaço geográfico natural ou construído, para que reste justificada a subsunção normativa do Direito Ambiental às demandas envolvendo o direito ao patrimônio cultural. O objeto do Direito Ambiental será apenas aquilo sujeito ao equilíbrio ecológico, ou seja, os bens naturais (seres vivos e recursos naturais) (PAIVA, 2014, p. 106).

Por isso é fundamental ter uma visão crítica deste cenário. Assim, entende-se que a problemática trazida por Paiva (2014) está no fato de se utilizar de uma única tutela jurídica, qual seja, a do Direito Ambiental, nas decisões que envolvem bens naturais e culturais, comprometendo, assim, a eficácia e a legitimidade dessas últimas.

Além de todo o exposto, ressalta-se nesta pesquisa, o pacto federativo que configura a moldura jurídica no Brasil. A existência deste pacto gera uma descentralização administrativa, fazendo com que cada ente político possua autonomia e competência para gerir seus recursos e providenciar o que for necessário em benefício do patrimônio cultural, evitando-se, assim, gastos em duplicidade. Portanto, busca-se o equilíbrio na atuação dos entes federativos.

Neste sentido, além da União, os Estados e Municípios podem legislar sobre patrimônio cultural.

No que diz respeito à competência legislativa, a União edita apenas as normas gerais, ou seja, aquelas que podem e devem ser aplicadas em todo o país, enquanto os Estados, normas no mesmo sentido, mas limitadas ao seu território. Já os Municípios ficam com as normas de aplicabilidade local.

Assim, conforme ensina Allan Carlos Moreira Magalhães (2019), o Município é o ente federativo mais próximo das comunidades e, portanto, mais próximo dos bens culturais

juridicamente protegidos. Por isso, com base no princípio da subsidiariedade, ele é o ente responsável por promover, proteger e preservar o patrimônio cultural.

Para tanto, diante do caso referência que será abordado mais à frente, esta pesquisa se concentrará na competência legiferante e administrativa dos Municípios em relação ao patrimônio cultural, em especial, na análise de bens culturais materiais tombados ou localizados no entorno de áreas tombadas.

3.3 Das responsabilidades dos Municípios

Para além da atuação federal e estadual acerca da preservação e promoção do patrimônio cultural, destaca-se a dos Municípios.

Segundo a CRFB/88, as competências dos Municípios brasileiros relacionadas ao patrimônio cultural, encontram-se de maneira mais explícita no art. 30, destacando-se os incisos I e IX⁴⁰. A partir da promulgação da CRFB/88, a autonomia dos Municípios foi ampliada.

Assim, para além da previsão constitucional acerca dos deveres dos Municípios no âmbito do Direito ao Patrimônio Cultural, ainda existem as regulamentações próprias que visam à gestão das cidades, especialmente das históricas.

A professora Sônia Rabello (2021), ao tratar das diferentes situações dos imóveis urbanos preservados, ressalta a existência de cidades totalmente preservadas, ou preservadas na sua quase totalidade, sendo o caso da cidade de Ouro Preto/MG. Acerca destes núcleos urbanos, a referida professora faz a seguinte reflexão:

(...) nestas cidades, a preservação dos imóveis passou a ser também um modo de vida, e até um bônus econômico, pois sua identidade histórica marcante e diferenciada acaba por favorecer, lateralmente, a economia do turismo. Nestas cidades há uma absorção destas características como um modo de vida da sua população, seja para habitação, comércio, ou serviços; e a consequência é que a conservação predial para o uso cotidiano acaba acontecendo: o bem tem, além de valor de mercado, também o valor de uso que, sem a conservação os dois se esvaem. Claro que existem algumas dificuldades na preservação, advindas de duas situações mais corriqueiras: os custos, por vezes, complicados e caros de preservação (...) (RABELLO, 2021, p. 195).

Nesta perspectiva, o ensinamento de Souza Filho, citado por Silva, esclarece o imbricamento existente entre Município e comunidade:

⁴⁰ Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; (...) IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. (BRASIL, 1988).

Compreende peculiar interesse do município e evidente interesse local o cuidar das coisas da cidade e é nela que estão concentrados os bens culturais ou locais, sejam federais, estaduais ou locais. (...) Os imóveis, com predominância dos conjuntos e prédios urbanos, mas também muitas vezes as paisagens notáveis e mesmo os sítios arqueológicos, paleontológicos, ou ecológicos, estão inseridos dentro das cidades, causando serviços e obrigações às autoridades municipais além da obrigação constitucional de protegê-los. A existência destes bens gera problemas de ordem urbanística, de trânsito, de ambientação, de visualização, de poluição que devem ser resolvidos por normas municipais, exigindo que as autoridades locais contem com serviços especiais que, fruto de sua autonomia, devem auto-organizar (SOUZA FILHO, 1997, p. 92, apud SILVA, 2006, p. 13).

Diante da intrínseca relação entre a gestão das cidades e a comunidade, verifica-se ser de extrema importância que a preservação e conservação de bens culturais imóveis estejam inseridas no planejamento urbano, situação que compete especialmente aos Municípios, devido ao impacto que ela tem sobre a vida de todos os cidadãos que residem na localidade. Dessa forma, ressalta-se que as regulamentações municipais não devem vislumbrar apenas o interesse da administração municipal, mas também o interesse da comunidade local. A preservação dos núcleos urbanos históricos, bem como de seus bens culturais materiais, vão além da mera proteção de pedra e cal, são parte de uma produção social, de um estilo de vida.

Corroborando com este entendimento o seguinte raciocínio desenvolvido pelo professor Allan Carlos Moreira Magalhães em sua tese de doutorado:

(...) a Constituição brasileira de 1988 determina que a proteção do patrimônio cultural seja realizada pelo poder público em conjunto com a comunidade, tomando como fundamento jurídico o princípio da referencialidade, que atribui à comunidade o papel de intérprete do seu patrimônio, identificável pelas vivências culturais que principiam numa dimensão local; e o princípio da subsidiariedade que dirige a distribuição de competências no âmbito do Estado federal, cuja regra geral é a atribuição de responsabilidades aos entes públicos mais próximos dos cidadãos, é que se encontram elementos indicativos de uma primazia do Município, ao qual é atribuído o trato dos assuntos de interesse local no campo da distribuição das competências federativas para a seleção, promoção e proteção do patrimônio cultural com a colaboração da comunidade (MAGALHÃES, 2019, p. 19).

O professor supracitado propõe em seu trabalho a inversão da primazia da União para o Município, buscando conferir maior autonomia a estes entes, com base no princípio da subsidiariedade, conforme o trecho a seguir:

A relevância da abordagem nesta tese do princípio da subsidiariedade reside na primazia que o mesmo confere aos entes de menor abrangência, que no Brasil corresponde aos Municípios, para a resolução dos seus próprios assuntos, e também porque é o ente mais próximo da comunidade, tendo melhores condições, em razão disto, de proporcionar uma maior participação popular na seleção, promoção e proteção do patrimônio cultural o que vai ao encontro da previsão constitucional que assegura a colaboração da

comunidade, mas também do próprio princípio da referencialidade. (MAGALHÃES, 2019, p. 25).

No que tange aos bens culturais materiais, em especial aos bens imóveis, observou-se nesta pesquisa a existência de outras legislações, que não são próprias à proteção e promoção do patrimônio cultural, mas que desempenham este papel.

Verificou-se que diante da necessidade de gerir e administrar os bens imóveis de determinada cidade, especialmente dos que compõem o patrimônio cultural, a fim de garantir o efetivo cumprimento da função social e sociocultural, o ordenamento jurídico brasileiro determina outras legislações. Dentre elas, encontra-se a Lei 10.257/2001, popularmente conhecida como o Estatuto da Cidade, que estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

O Estatuto da Cidade, por sua vez, em seus artigos 39⁴¹ e 40⁴², prevê a criação do Plano Diretor, que se configura como um instrumento da política de desenvolvimento urbano, no qual é determinado o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes. O ente público responsável pela execução da política urbana é o Município.

Destaca-se também a Lei de Uso e Ocupação do Solo, que atua no mesmo sentido do plano diretor, sendo definida por cada gestão municipal, que estabelece normas e condições para o parcelamento, a ocupação e o uso do solo urbano em cada cidade da federação.

Para além do exposto, no que tange a promoção e proteção do patrimônio cultural, destaca-se o papel do IPHAN de maneira crítica. Avalia-se aqui, não a atuação deste órgão, mas sim a postura da municipalidade diante da presença deste. Nos locais em que há sítios nacionais, o referido instituto acaba por promover e preservar o patrimônio cultural, principalmente através de atos administrativos, fazendo com que a administração municipal, muitas das vezes, reduza sua atuação e os seus trabalhos acerca do patrimônio cultural, limitando-se a legislar sobre outras temáticas. Corroborar com este entendimento o ensinamento de Patrícia Reis da Silva a seguir:

As origens de tal reflexão partem da observação, como um quadro predominante, das dificuldades do poder municipal em conceber, implementar e desenvolver mecanismos de gestão do patrimônio cultural como parte da formulação de suas políticas urbanas. E, no caso de cidades

⁴¹ Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2o desta Lei. (BRASIL, 2001).

⁴² Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. (*Ibid.*).

com sítios urbanos nacionais, da dependência e da inércia municipal frente ao órgão federal responsável pela política de preservação do patrimônio cultural, o IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. (SILVA, 2006, p. 1).

Portanto, observa-se neste tópico que todas as situações que envolvem questões locais, como a exemplo da gestão do espaço público da cidade, da economia, do turismo, do lazer, do bem-estar social, chamam o poder público municipal ao cerne da questão, objetivando a atuação e responsabilização do mesmo. Assim, vislumbra-se que as administrações municipais são responsáveis por gerir e administrar as problemáticas internas que surgem no decorrer do tempo.

3.3.1 Da responsabilidade civil

Diante do exposto no tópico anterior, investigou-se a viabilidade de responsabilizar o ente público municipal nas hipóteses em que este abandona os bens culturais de sua propriedade, infringindo o dever de promoção e preservação do patrimônio cultural. Vislumbrou-se, também, a possibilidade de responsabilizar pessoalmente o representante máximo do poder executivo. Para tanto, essa pesquisa irá se ater à possibilidade de responsabilizar civilmente os Municípios, bem como o representante máximo do poder executivo.

Conforme constatado neste trabalho, o Direito ao Patrimônio Cultural é um direito fundamental, indisponível e difuso, fator que torna inadmissível qualquer lesão aos bens juridicamente tutelados que o integra. Neste sentido, o dever de reparação de danos e ameaças ao patrimônio cultural pode ser extraído, inicialmente, do próprio texto constitucional, conforme dispõe os arts. 37, § 6^o⁴³ e 216, § 4^o⁴⁴, ambos da CRFB/88. Verifica-se que os arts. 43⁴⁵, 186⁴⁶ e 927, § único⁴⁷ do Código Civil de 2002 (CC/02) também reforçam este

⁴³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (...). (BRASIL, 1988).

⁴⁴ Art. 216. (...) § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei (...). (*Ibid.*).

⁴⁵ Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (BRASIL, 2002).

⁴⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (*Ibid.*).

entendimento.

Compreende-se nesta pesquisa, que o dever de reparação encontra-se intimamente ligado à responsabilidade civil. Dessa forma, objetiva-se com este tópico, verificar se a omissão do dever de preservar e promover o patrimônio cultural, na forma do texto constitucional, por parte da administração municipal, se adequa ao conceito e aos pressupostos da responsabilidade civil do Estado. Posteriormente, serão analisadas as consequências e as soluções jurídicas para tal problemática.

Dito isso, passa-se a compreensão da responsabilidade. De acordo com Eugênio Rosa de Araújo (2018), a responsabilidade em seu sentido etimológico perpassa pela ideia de dever, encargo, obrigação. Acerca da responsabilidade civil, o autor ensina que:

A Responsabilidade Civil é a expressão usada na linguagem jurídica, em distinção à Responsabilidade Penal ou Criminal, para designar a obrigação de reparar ou de ressarcir o dano, quando injustamente causado a outrem, e que provém da velha máxima romana no *neminem laedere* (não lesar ninguém), visando à proteção do particular e de seu patrimônio, material ou moral. Está ligada, portanto, ao direito obrigacional. Resulta da ofensa ou violação de direito, que redundam em dano ou prejuízo a outra pessoa, podendo ter como causa a própria ação ou ato ilícito e, ainda, fato ilícito de outrem, por quem, em virtude de regra legal, se responde ou se é responsável. (ARAÚJO, 2018, p. 106).

Desse modo, passa-se a análise da responsabilidade civil do Estado, incluindo aqui todos os entes públicos (União, Estados e Municípios), sendo inferida a partir do art. 37, §6º, CRFB/88. Eugênio Rosa de Araújo (2018) ensina que é possível concluir, a partir do texto constitucional, que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado, nos casos em que seus agentes, investidos nessa qualidade, causarem danos a terceiros. Vale frisar que a responsabilidade objetiva independe da aferição de culpa, basta a existência do dano causado por um agente da Administração Pública.

Outra teoria existente no ordenamento jurídico brasileiro acerca da responsabilidade do Estado é a teoria da Responsabilidade Subjetiva, na modalidade da teoria da Culpa do Serviço Público⁴⁸, apontada muitas vezes nos casos em que há conduta omissiva do Poder Público. De acordo com a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2021), a diferença

⁴⁷ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (*Ibid.*)

⁴⁸ Segundo essa teoria, o Estado responde desde que o serviço público (a) não funcione, quando deveria funcionar; (b) funcione atrasado; ou (c) funcione mal. Nas duas primeiras hipóteses, tem-se a omissão danosa (DI PIETRO, 2021, p. 837).

entres as duas teorias é mínima e ambas geram o dever de indenizar, restando compreendido que o art. 37, §6º, CRFB/88 abarca os atos comissivos e omissivos do agente público.

Alicerçado, ainda, pela teoria do Risco Administrativo⁴⁹, compreende-se que a responsabilidade do Estado pode ser atenuada ou até mesmo excluída, nos casos em que for comprovada a culpa parcial ou total da vítima e nos casos de força maior.

A respeito da natureza jurídica da responsabilidade civil, Tatiane Marques da Silva Carvalhaes (2015) leciona da seguinte maneira:

Quanto à natureza jurídica da responsabilidade civil, há previsão tanto para a subjetiva como para a objetiva. A subjetiva ocorre quando o dano é causado por ato ilícito, ocorrendo obrigação a repará-lo, conforme definição contida no *caput* do art. 927; já na objetiva não se faz a análise de culpa ou dolo, caracterizando-se tão somente pela ocorrência do evento. (CARVALHAES, 2015, p. 4).

Neste sentido, a responsabilidade civil pode se dar através de um comportamento comissivo⁵⁰ ou omissivo⁵¹ do agente do Estado.

Para que seja configurada a responsabilidade civil do Estado por ato omissivo faz-se mister que o ato esteja conectado a um dever-fazer do Estado. Este entendimento é afirmado pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Isto significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano. A lição supratranscrita, de José Cretella Júnior, é incontestável. A culpa está embutida na ideia de omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável. A dificuldade da teoria diz respeito à possibilidade de agir; tem que se tratar de uma conduta que seja exigível da Administração e que seja possível. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Tem aplicação, no caso, o princípio da reserva do possível, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano. (DI PIETRO, 2021, p. 838).

Posição reafirmada por Flávio Tartuce no seguinte trecho:

Igualmente na mesma linha, seguindo as lições semelhantes de José Cretella Júnior, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que “isto significa dizer que, para responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano. A lição supratranscrita, de José Cretella Júnior, é incontestável. A culpa está embutida na ideia de omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não

⁴⁹ “Segundo essa teoria, haverá dever de indenizar o dano em virtude do ato lesivo e injusto causado ao cidadão pelo Poder Público. Para tanto, não se deve cogitar a culpa lato sensu da administração ou dos seus agentes ou prepostos” (TARTUCE, 2021, p. 982).

⁵⁰ Ação do Estado.

⁵¹ Omissão do Estado.

agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável”. Todavia, a autora reconhece que “a dificuldade da teoria diz respeito à possibilidade de agir; tem que tratar de uma conduta que seja exigível da Administração e que seja possível. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Tem aplicação, no caso, o princípio da reserva do possível, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano”. (TARTUCE, 2021, p. 982).

Além disso, no que diz respeito à responsabilidade civil do Estado por omissão, alguns doutrinadores discorrem sobre a necessidade de estarem presentes os elementos caracterizadores da culpa. Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho ensina:

Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos. A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará *quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa*. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano. Resulta, por conseguinte, que, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas. (CARVALHO FILHO, 2020, p. 621).

Feita a análise da responsabilidade civil do Estado por omissão, a fim de que esta reste comprovada, faz-se necessária a existência de três pressupostos básicos. De acordo com Eugênio Rosa de Araújo (2018), são eles: (a) o evento danoso, (b) a qualidade de agente na prática do ato e (c) o nexo causal entre eles. Ressalta-se que estes requisitos são cumulativos.

Analisando o requisito evento danoso, tem-se que o dano corresponde à lesão de um bem juridicamente protegido, que pode resultar de um ato doloso ou culposo do agente público, como também de um ato que demonstre falha na administração. O essencial aqui é que ocorra um dano jurídico e que este dano seja causado a terceiros, independentemente da qualidade de usuário de serviço público, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2021).

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2020), não importa a natureza do dano (patrimonial ou moral) ambos são indenizáveis. Assim, o doutrinador leciona que:

O dano nem sempre tem cunho patrimonial, como era concebido no passado. A evolução da responsabilidade culminou com o reconhecimento jurídico de duas formas de dano – o dano material (ou patrimonial) e o dano moral. O dano material é aquele em que o fato causa efetiva lesão ao patrimônio do indivíduo atingido. Já na noção do dano moral, o que o responsável faz é atingir a esfera interna, moral e subjetiva do lesado, provocando-lhe, dessa maneira, alguma forma de sofrimento ou incômodo. A Constituição, no art.

5o, incisos V e X, aludiu ao dano moral como figura autônoma, superando, portanto, a antiga tese de que, nesse tipo de dano, a reparação indenizatória dependeria da existência conjunta de dano patrimonial. (CARVALHO FILHO, 2020, p. 603).

No que concerne ao requisito qualidade de agente na prática do ato, significa dizer que sempre que a condição de agente público⁵² ou de agente de pessoa jurídica de direito público (art. 41⁵³, CC/02) tiver contribuído para o evento danoso, o Estado responde pela obrigação de indenizar. Salienta-se que a qualidade de agente abrange todas as categorias de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a administração. Ademais, para que esse requisito esteja completo, é mister que o agente causador do dano aja no exercício de suas funções. O doutrinador José dos Santos Carvalho Filho adota outra nomenclatura para este requisito, chamando de fato administrativo, disciplinado da seguinte maneira:

(...) a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (culpa in eligendo) ou pela má fiscalização de sua conduta (culpa in vigilando). (CARVALHO FILHO, 2020, p. 613).

Em relação ao nexo de causalidade, significa dizer que deve haver relação de causalidade entre o fato administrativo e o dano. Deve-se provar que, sem a ocorrência do fato imputado à administração, o prejuízo não ocorreria. Atendidos estes três pressupostos, haverá a responsabilização civil do Estado por omissão.

De acordo com Eugênio Rosa de Araújo (2018) e com a maior parte da doutrina, existem impedimentos à responsabilidade civil do Estado, são eles: a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior.

Estudados os pressupostos da responsabilidade civil do Estado por omissão, passa-se a análise do caso concreto no próximo capítulo.

⁵² O agente público é todo aquele que presta qualquer tipo de serviço ao Estado, que exerce funções públicas, no sentido mais amplo possível dessa expressão, significando qualquer atividade pública. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) conceitua agente público como “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior” (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2021).

⁵³ Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei. Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código. (BRASIL, 2002).

Salienta-se que esta pesquisa irá se debruçar sobre o atual cenário do Parque Horto dos Contos, situado no centro histórico da Cidade de Ouro Preto, em Minas Gerais, sob o qual acredita-se haver uma violação do direito fundamental ao patrimônio cultural.

4 CASO DE REFERÊNCIA: O PARQUE DO HORTO DOS CONTOS E O VALE DOS CONTOS

O atual capítulo propõe-se a apresentar um breve contexto histórico do Parque do Horto dos Contos e do Vale dos Contos, para em seguida apresentar questões atinentes à função sociocultural da área. Neste mesmo sentido, serão estudadas as situações de abandono do local que são, muitas das vezes, ocasionadas por opções político-administrativas e pelas trocas de gestões municipais. Por fim, serão investigadas as possibilidades jurídicas de responsabilização civil do ente municipal, como também do representante máximo do poder executivo municipal ao abandonarem o referido bem cultural.

4.1 Contexto histórico

Perpassando por uma breve análise do contexto histórico, o então denominado Horto Botânico de Vila Rica, foi criado por ordem régia no ano de 1799, sendo tido como o segundo jardim botânico do Brasil. Segundo Castro Maia (2015), o espaço definido para criação do Horto constituía a propriedade particular do Tenente-Coronel José Pereira Marques, à época devedor de grande quantia à Real Fazenda. Entre os anos de 1799 e 1805 o local ficou sob a direção do doutor Joaquim Veloso de Miranda.

De acordo com o historiador Bernardo Andrade (2020), foram encontradas poucas referências sobre sua atuação e funcionamento durante as primeiras décadas do século XIX. Apesar disso, o Horto era considerado um local rico em fauna, flora, recursos naturais e minerais, sendo objeto de várias pesquisas e experimentos.

Neste contexto, em 1825 surge o Jardim Botânico de Ouro Preto, no qual diversas atividades foram estabelecidas, dentre elas a implementação de uma escola normal, objetivando o ensino agrícola e a cultura de abelhas também foi incentivada. Todavia, no ano de 1852, o jardim teve suas atividades reduzidas e, em 1855, os trabalhos foram retomados. Não obstante, devido ao pouco investimento econômico e ao abandono, o local teve suas atividades paralisadas, sendo novamente fechado em 1864.

Ainda conforme Bernardo Andrade (2020), em 1917 o Governo cedeu, gratuitamente, ao Estado de Minas Gerais o Jardim Botânico, bem como seus terrenos. Posteriormente, a

partir de 1930, devido ao movimento modernista foi delineada a construção de uma Ouro Preto como Monumento Nacional (1933). Diante desse fato, através do Plano de Recuperação de Ouro Preto, diversos monumentos da cidade foram restaurados, entre eles o chafariz do Jardim Botânico. Mesmo assim, o jardim continuou abandonado, sem ter garantida sua recuperação e, muito menos, sua preservação.

Por volta do ano de 1994, o terreno do jardim botânico foi cedido ao Município de Ouro Preto. Outra vez, o local permaneceu abandonado, sendo alvo de invasões, depredações e vandalismos, restando, apenas, ruínas consumidas pela ação do tempo e do abandono.

Com a introdução do conceito de parque urbano na cidade de Ouro Preto, visualizou-se a possibilidade de unir a região do antigo Horto Botânico de Vila Rica com a área abaixo, denominada de Vale dos Contos e transformar em um parque público. Perante essa oportunidade, em 2008, o local foi recuperado e ampliado pelo Programa Monumenta/BID⁵⁴, sendo reaberto e inaugurado como Parque Vale dos Contos.

Entretanto, devido a questões ambientais e políticas, o parque teve suas atividades parcialmente suspensas em 2013 e, no ano de 2015, as atividades foram totalmente paralisadas.

Ante o exposto, nota-se que o atual Parque do Horto dos Contos e o Vale dos Contos passaram por diversos processos de precarização, abandono e desvalorização no decorrer de toda sua história, mesmo sendo considerado um importante bem histórico e cultural na Região dos Inconfidentes.

4.2 Legislação municipal

Atualmente, o Parque do Horto dos Contos e o Vale estão inseridos no perímetro de Tombamento do Conjunto Arquitetônico e Urbanístico da cidade de Ouro Preto/MG, o que confere a eles uma proteção, no âmbito federal, de bem componente de conjunto tombado.

Constatou-se durante as pesquisas realizadas para este trabalho, que o referido bem cultural não possui tombamento isolado pelo IPHAN ou por qualquer outro órgão em âmbito estadual ou municipal. Apesar disso, no que tange a proteção à nível federal, verificou-se que, de acordo com a Portaria nº 312 do IPHAN, o local é reconhecido como parte da Área de Preservação Especial (APE) que “corresponde ao núcleo de maior concentração de bens de interesse cultural, compreendida pelo arruamento de origem setecentista ou que guarda

⁵⁴ Programa de Preservação do Patrimônio Histórico Urbano proposto pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) aliado ao Ministério da Cultura.

relação com este, áreas verdes de interesse paisagístico, bens e obras de arte tombados isoladamente, com edificações de construção de diferentes períodos” (INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, 2010).

A nível estadual, não foram vislumbradas nenhuma proteção.

A nível municipal, o terreno sob o qual encontra o parque foi regulamentado pela Lei de Parcelamento Uso e Ocupação do Solo como parte de uma Zona de Proteção Especial (ZPE) que “compreende as áreas que contêm os valores essenciais a serem preservados nos conjuntos urbanos, resultantes da presença de traçados urbanísticos originais e de tipologias urbanísticas, arquitetônicas e paisagísticas que configuram a imagem do lugar” (OURO PRETO, 2011). Ademais, não constatou-se a incidência de nenhum instrumento jurídico próprio a promoção e conservação do referido bem cultural oriundo da municipalidade.

De acordo com Paula Ponciano Gomes Rosa (2019), as referidas regulamentações que incidem sobre o parque são benéficas, pois garantem restrições de intervenções como modo de salvaguardar o importante conjunto patrimonial existente no local.

Todavia, percebe-se que as normas regulamentadoras que incidem sobre este bem cultural não se mostram eficazes no que diz respeito ao efetivo cumprimento da função sociocultural deste, uma vez que não foram continuamente alcançadas as funções social, ambiental e cultural da propriedade em questão, conforme observou-se no contexto histórico.

4.3 Abandono e função sociocultural do bem

O Parque Horto dos Contos é considerado atualmente como a maior intervenção urbana no centro de Ouro Preto/MG. De acordo com Maria Cristina Rosa (2013), o local reúne inúmeras possibilidades de uso, dentre elas a prática de esportes, a socialização, o descanso, a contemplação, a realização de manifestações artísticas e culturais, o uso para o turismo e, até mesmo, a promoção da saúde. Além disso, o parque conta com uma completa infraestrutura, com lanchonetes, mirantes, quadras, parque infantil, sanitários, vestiário e anfiteatro.

Outro aspecto importante deste bem cultural é a sua contribuição para a conservação do ecossistema, uma vez que no local encontram-se mais de 80 espécies botânicas identificadas, conforme informação fornecida pelo atual secretário de Meio Ambiente, Chiquinho de Assis⁵⁵.

⁵⁵ APÓS quase uma década fechado, Parque Horto dos Contos é reaberto em Ouro Preto-MG. **Jornal Voz Ativa**, 7 jun. 2021.

Diante do exposto, nota-se as inúmeras possibilidades de fruição deste bem cultural por parte da comunidade. Apesar disso, conforme já demonstrado pelo contexto histórico, o parque passou por diversas situações de retomada das atividades, abandono e descaso, destacando-se aqui aquelas compreendidas entre os anos de 2008 e 2021.

Conforme dito anteriormente, o Parque Horto dos Contos foi inaugurado no ano de 2008, tendo sido recuperado e ampliado pelo Programa Monumenta/BID. A gestão do local ficou sob responsabilidade da administração municipal.

Alguns meses depois após a inauguração, deu-se início ao Projeto Horto Cultural, coordenado por meio de uma parceria entre Prefeitura Municipal de Ouro Preto, Secretarias de Planejamento e Cultura e a de Turismo com o Instituto Candonguêro. Em seguida, no ano de 2010, foram criados outros dois projetos: o Bolsa Esporte em parceria com a Fundação Aleijadinho e o Escola vai ao Parque.

De acordo com Rosa (2019), entre os anos de 2010 e 2015, a gestão do parque ficou sob a responsabilidade da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, permanecendo assim até o ano de 2015, quando o local foi totalmente fechado.

Não obstante, no ano de 2012, sucedeu-se uma co-gestão incluindo a Agência de Desenvolvimento Econômico e Social de Ouro Preto (ADOP)⁵⁶. Segundo Paula Ponciano Gomes Rosa, seria de competência da agência:

(...) responsabilidades relativas ao orçamento e gerenciamento municipal sobre o espaço, bem como garantir recursos, divulgação do parque e proceder projetos ao Ministério da Cultura que se encaixassem em saúde, educação e cultura, não incluindo recursos para a manutenção dos sistemas estruturais, arquitetônico e ambiental do parque (ROSA, 2019, p. 34).

De acordo com Maria Cristina Rosa (2013), a partir de março de 2012 o local passou a ser chamado de Parque Vale dos Contos devido ao patrocínio da Fundação Vale, momento no qual foram oferecidas atividades multiculturais, focadas na saúde, na cultura e na educação da comunidade. Entre este ano e o ano de fechamento, inúmeras atividades foram desenvolvidas em toda estrutura do parque. Ressalta-se que a comunidade ouropretana era constantemente convidada ao local, tendo como finalidade o exercício de atividades envolvendo lazer, esporte, saúde, educação, ecologia e cultura. Práticas como tai chi chuan e yoga; projetos gastronômicos; tardes de brincadeiras voltadas ao público infantil; projetos musicais

⁵⁶ Instituição privada, sem fins econômicos, apartidária, criada por meio da parceria entre empresas locais, poder público e sociedade civil, cuja missão consiste em ser agente do desenvolvimento sustentável do Município de Ouro Preto e do Estado de Minas Gerais na articulação, integração e fortalecimento da sociedade civil e empresarial, respeitando os patrimônios humano, natural, cultural e histórico (AGÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL DE OURO PRETO, 2021).

envolvendo artistas locais, dentre outras, eram atividades habituais neste período. Verifica-se esta informação, através das divulgações realizadas nas redes sociais do local, especialmente no Facebook.

Salienta-se que, todas as atividades fornecidas à época foram essenciais para o desenvolvimento da função sociocultural do local. O bem cultural foi devidamente usufruído por grande parte da comunidade ouropretana.

Entre os anos de 2013 e 2015, surgiram problemas relacionados a deslizamentos de terrenos no interior do parque. Além disso, depósitos de lixo e plantio inadequado de espécies ocasionaram a deterioração do solo. Segundo Rosa (2019), diante dessa situação, a Defesa Civil determinou a suspensão das atividades no parque durante o referido período. Posteriormente, ocorreram outros deslizamentos de terra.

Aliada a essa situação, a gestão municipal da época, coordenada pelo prefeito José Leandro Filho, ficou inerte. A partir disso, o local permaneceu fechado e, somente no ano de 2017, o Parque do Horto dos Contos voltou a ser pauta na agenda da administração pública municipal, sob coordenação do então prefeito Júlio Ernesto de Grammont Machado de Araújo. Entretanto, as obras de revitalização do local foram iniciadas apenas no ano de 2019, já no meio da referida gestão. Diante disso, o local permaneceu fechado até o dia 05 de junho de 2021, data em que foi reaberto sob a atual administração, coordenada pelo prefeito Angelo Oswaldo de Araújo Santos⁵⁷.

No que concerne ao Direito ao Patrimônio Cultural, observa-se que o abandono e descaso com este parque público acarreta inúmeras consequências para a comunidade na qual está inserido. Isso porque, o patrimônio cultural material não se limita apenas a uma existência física, tangível. Para que o bem cultural tenha sentido e para que se justifique a existência de um Direito ao Patrimônio Cultural, é essencial que a coletividade possa criar, usar e fruir, efetivando o caráter difuso deste direito.

Corroborando com este entendimento a reflexão feita por Marcos Paulo de Souza Miranda:

Ressalte-se que o direito de todos ao patrimônio cultural abrange não somente a guarda, preservação e proteção desse bem, mas também a sua promoção, nela se inserindo o direito de acesso e fruição pela coletividade em geral, diante de sua titularidade difusa. (MIRANDA, 2020a).

Face ao exposto, observa-se que há uma instabilidade no que tange ao efetivo cumprimento da função sociocultural do parque. O local ora encontra-se em pleno

⁵⁷ APÓS quase uma década fechado, Parque Horto dos Contos é reaberto em Ouro Preto-MG. **Jornal Voz Ativa**, 7 jun. 2021.

funcionamento, especialmente nos períodos em que são estabelecidas parcerias e co-gestões, ora encontra-se fechado, abandonado e deteriorado, a depender da coordenação municipal.

4.4 Possibilidades jurídicas diante do abandono

Feita a análise do contexto histórico do Parque Horto dos Contos e do Vale dos Contos, a verificação da legislação incidente sobre o mesmo, bem como dos episódios de retomada e abandono, passa-se a análise das possibilidades jurídicas para solução de casos similares a este.

Questiona-se neste trabalho, qual a solução mais adequada para casos similares ao do Parque Horto dos Contos e do Vale dos Contos, na tentativa de priorizar a função sociocultural do bem protegido.

Observou-se nesta pesquisa que, de fato, há a responsabilidade civil para os entes públicos que abandonam os bens culturais de sua propriedade, especialmente quando analisados os pressupostos ensejadores desta responsabilidade.

Observou-se a partir da leitura e análise dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG)⁵⁸ que, em grande parte das decisões, o Município responde objetivamente pelos danos causados ao patrimônio cultural de sua propriedade. Apesar disso, nota-se que, muitas dessas sentenças, se restringem em responsabilizar apenas o ente público municipal, não se atendo à obrigação do representante máximo do poder executivo, no caso, prefeito(a).

Neste sentido, vislumbra-se a possibilidade de responsabilizar pessoalmente o representante máximo do poder executivo municipal pela omissão do dever legal para com o patrimônio cultural, bem como obrigá-lo a reparar os prejuízos, em especial, quando configurado um ato de improbidade administrativa. Isso porque, no que tange ao direito ao patrimônio cultural, percebe-se que determinadas gestões municipais compreendem a imposição do dever promover e proteger o patrimônio cultural, enquanto outras afastam esta obrigação. Situação constatada através do contexto histórico do Parque do Horto dos Contos,

⁵⁸ Os trabalhos analisados foram: 1) TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.17.015286-2/001. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Carlos Roberto de Faria, julgado em 04/07/2017, data de publicação: 20/07/2017. 2) TJMG. Apelação-Cv 1.0335.16.002365-1/001. Relator: Des. Carlos Roberto de Faria. 8ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 14/02/2019, data de publicação: 28/02/2019. 3) TJMG Apelação-Cv 1.0521.07.058637-0/003. Relator: Des. Carlos Roberto de Faria. 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/02/2019, data de publicação: 28/02/2019. 4) TJMG. Apelação-Cv 1.0133.08.045749-1/001. Relator: Des. Fábio Torres de Sousa (JD Convocado). 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/11/2019, data de publicação: 04/12/2019. 5) TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0456.19.001466-6/001. Relator: Des. Carlos Roberto de Faria. 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/11/2020, data de publicação: 20/11/2020.

por exemplo. Assim, geralmente, o efetivo exercício da função sociocultural do local subordina-se às escolhas e aos atos discricionários da gestão municipal vigente.

Dito isso, a CRFB/88 em seu art. 37⁵⁹, proclamou os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade como obrigatórios para todas as ações da administração pública. A Carta Magna também estabelece que os atos de improbidade administrativa podem importar a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível⁶⁰.

Posteriormente, foi sancionada a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que dispõe sobre as sanções aplicáveis a todos os agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2020), as sanções previstas nesta lei possuem natureza política (suspensão dos direitos políticos) e de natureza civil, consistente na indisponibilidade de bens, ressarcimento de danos e perda de função pública.

Essas previsões legais aliadas ao que dispõe os arts. 216, §4⁶¹ e 225, §3⁶² da CRFB/88, possibilitam a responsabilização pessoal do gestor público que for omissos em relação aos seus deveres, configurando um ato de improbidade administrativa.

De acordo com Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2021), o art. 37, § 4º da CRFB/88 determina a presença de três elementos para que seja configurado o ato de improbidade administrativa, são eles: sujeito passivo, que corresponde a uma das entidades do art. 1º da Lei 8.429/92; sujeito ativo, que se dá na figura do agente público; ocorrência do ato danoso descrito na lei e o elemento subjetivo, consistente em dolo ou culpa. Diante da existência desses elementos, resta configurado o ato de improbidade administrativa.

⁵⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) (BRASIL, 1988).

⁶⁰ Art. 37. (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível; § 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. (*Ibid.*).

⁶¹ Art. 216. (...) § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. (*Ibid.*).

⁶² Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...) § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (*Ibid.*).

Ainda segundo Di Pietro (2021), a Lei nº 8.429/92 definiu os atos de improbidade nos artigos 9, 10, 10-A e 11, que tratam respectivamente dos atos que importam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário, que decorrem de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Baseado no entendimento de Marcos Paulo de Souza Miranda (2020b), compreende-se que a omissão do gestor municipal acerca do dever de promover e preservar o patrimônio cultural de sua propriedade, se adequa melhor ao ato de improbidade disposto no art. 10, X⁶³ da Lei nº 8.429/92, qual seja, lesão ao erário. Isso porque, nas palavras desse Promotor de Justiça:

(...) eles podem compreender qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades públicas (MIRANDA, 2020b).

Em outro trecho, Marcos Paulo de Souza Miranda cita a doutrina de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2006), sobre a qual realiza a seguinte reflexão:

(...) o dispositivo em comento tutela a perda patrimonial em sentido lato, não se resumindo ao mero aspecto econômico de lesão ao erário público e citam como hipóteses de configuração de tal tipo de improbidade: Presidente da República que, em viagem ao exterior, doa a Pontífice estátua incorporada ao patrimônio cultural brasileiro (art. 10, III); agente público que realiza a alienação, para fins de loteamento, de área que abriga sítio detentor de reminiscências históricas dos antigos quilombos, afrontando o art. 216, § 5º. da Constituição (art. 10, V); agente público que permite a deterioração de prédio que abriga repartição pública e que se encontra tombado e incorporado ao patrimônio histórico e cultural (art. 10, X). (MIRANDA, 2020b).

José dos Santos Carvalho Filho corrobora com este entendimento:

Anote-se, ainda, que o sentido de *patrimônio* na expressão *perda patrimonial*, tem ampla densidade, a mesma que provém da expressão *patrimônio público*. Vai, portanto, muito além do patrimônio econômico-financeiro (...) A *perda patrimonial* consiste em qualquer lesão que afete o patrimônio, este em seu sentido amplo (...) *dilapidação* equivale a destruição, estrago. (CARVALHO FILHO, 2020, p. 1167).

Portanto, busca-se proteger outros bens e valores jurídicos que compõem o patrimônio público.

De acordo com Waldo Fazzio Júnior (2016), os atos de improbidade previstos no art. 10 da referida lei, exigem a comprovação do efetivo prejuízo para que sejam configurados.

⁶³ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...) X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público (...). (BRASIL, 1992).

Assim, entende-se que, o representante máximo do poder executivo municipal ao abandonar um bem cultural de propriedade do próprio Município, deixando de observar os deveres que lhe são constitucionalmente impostos e, portanto, violando o direito fundamental ao patrimônio cultural, de natureza indisponível, difusa, imprescritível, infungível e intergeracional, causa prejuízo à coletividade, bem como ao próprio Município.

Neste trabalho, considera-se a ação de improbidade administrativa como mais um instrumento de acautelamento e preservação do patrimônio cultural brasileiro. Essa ação visa a combater os atos de gestão que são prejudiciais aos bens culturais presentes e futuros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e com o advento do positivismo ético, foi possível trabalhar a força normativa dos princípios, bem como a positivação destes no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, apresentou-se a possibilidade de o Direito ao Patrimônio Cultural constituir-se como um direito fundamental, relacionando-o diretamente aos princípios explícitos e implícitos da CRFB/88, as previsões na DUDH, bem como ao caráter personalíssimo deste direito. Dessa forma, conclui-se que o Direito ao Patrimônio Cultural é um direito fundamental.

Trabalhou-se, também, as previsões normativas acerca da responsabilidade do poder público na promoção e preservação dos bens culturais, perpassando pela CRFB/88, Decreto Lei nº 25/1937, Decreto nº 3.551 de 2000, Lei nº 6.292/75, Lei n. 7.347/85 e Lei 9.605/98.

Ato contínuo, constatou-se o imbricamento existente entre Município e comunidade, bem como analisou-se as legislações municipais, destacando, para além das normas próprias que versam sobre o patrimônio cultural, a Lei 10.257/2001, popularmente conhecida como o Estatuto da Cidade, o Plano Diretor e a Lei de Uso e Ocupação do Solo.

Logo após, trabalhou-se a responsabilidade civil do Município por omissão nos casos em que este ente abandona bens culturais de sua propriedade. A partir da CFRB/88, da teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado, do CC/02, bem como dos pressupostos ensejadores, conclui-se que é possível responsabilizar civilmente o Município por omissão, nos casos em que há descaso e desproteção desses bens.

Posteriormente, a presente pesquisa concentrou-se em apresentar o caso de referência do Parque do Horto dos Contos e do Vale dos Contos. Apresentou-se o contexto histórico do local, percorrendo pelos episódios de abandono e retomada do bem cultural em questão. Em seguida, analisou-se a legislação que incide sobre o Parque do Horto dos Contos e o Vale dos Contos, onde foi possível constatar que o bem mencionado está inserido no perímetro de Tombamento do Conjunto Arquitetônico e Urbanístico da cidade de Ouro Preto/MG, o que confere a ele uma proteção, no âmbito federal, de bem componente de conjunto tombado, não sendo constatado nenhum tombamento isolado. Ademais, de acordo com a Portaria nº 312 do IPHAN, o local é reconhecido como parte da Área de Preservação Especial (APE). No que tange ao âmbito estadual, não constatou-se nenhuma proteção. E, na esfera municipal, averiguou-se que, pela Lei de Parcelamento Uso e Ocupação do Solo, o local é parte de uma Zona de Proteção Especial (ZPE). Não sendo constatada a incidência de nenhum instrumento

jurídico próprio a promoção e conservação do referido bem cultural oriundo da municipalidade.

Abordou-se, ainda, o mais recente abandono do parque por parte da Administração Pública, como também a função sociocultural deste patrimônio cultural. Restou comprovado que os episódios de abandono e desleixo com o local se deram por descaso dos gestores públicos, ainda que o parque seja uma fonte de lazer, esporte, saúde, educação, ecologia, turismo e cultura para a população ouropretana.

Por fim, analisou-se as possibilidades jurídicas que pudessem minimizar constantes abandonos de bens culturais de grande relevância para as comunidades. Observou-se uma solução jurídica capaz de desestimular o representante máximo do poder executivo a reproduzir o ato de descaso. Essa solução consiste na possibilidade de se responsabilizar pessoalmente o referido administrador público, uma vez que o abandono do patrimônio cultural municipal representa um ato de improbidade administrativa dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A partir da hipótese apresentada, percebe-se que esta se confirmou, posto que, restou configurada a responsabilidade civil do Poder Público no que tange ao abandono dos bens culturais de sua propriedade, uma vez que o Direito ao Patrimônio Cultural é indisponível, difuso, imprescritível, infungível e intergeracional, sendo de responsabilidade do ente público municipal, a partir do princípio da subsidiariedade, promover e proteger esse direito.

Ademais, concluindo a presente pesquisa, resta comprovado que apenas a responsabilidade civil do Município não é suficiente para garantir o Direito ao Patrimônio Cultural, sendo apresentada a possibilidade de responsabilização pessoal do gestor público municipal, a partir da caracterização de um ato de improbidade administrativa. Sendo, a ação de improbidade administrativa, vislumbrada como mais um instrumento de acautelamento e preservação do patrimônio cultural brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ABANDONO é o maior problema do patrimônio cultural em Minas. **Estado de Minas**, 16 mar. 2015. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/03/16/interna_gerais,627904/abandono-e-o-maior-problema.shtml. Acesso em: 22 ago. 2021.
- AGÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL DE OURO PRETO. **A ADOP**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.adop.org.br/a-adop>. Acesso em:
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Constituição da República Federativa do Brasil Promulgada em 5 de outubro de 1988**. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- ANDRADE, Bernardo. Fatos e Fotos de Ouro Preto: ‘O Horto e o Jardim Botânico – histórias entrelaçadas’, pelo historiador Andrade. **Jornal Voz Ativa**, 7 abr. 2020. Disponível em: <https://jornalvozaativa.com/colunas/fatos-e-fotos-de-ouro-preto-o-horto-e-o-jardim-botanico-historias-entrelacadas-pelo-historiador-bernardo-andrade/>. Acesso em: 22 ago. 2021.
- APÓS quase uma década fechado, Parque Horto dos Contos é reaberto em Ouro Preto-MG. **Jornal Voz Ativa**, 7 jun. 2021. Disponível em: <https://jornalvozaativa.com/noticias/apos-quase-uma-decada-fechado-parque-horto-dos-contos-e-reaberto-em-ouro-preto-mg/>. Acesso em: 22 ago. 2021.
- ARAÚJO, Eugênio Rosa de. A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão e Suas Excludentes. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 69, p. 105-133. Rio de Janeiro, jul./set. 2018. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1240456/Eugenio_Rosa_de_Araujo.pdf. Acesso em: 23 jun. 2021.
- BRASIL. Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. **Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000. **Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3551.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.
- BRASIL. Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975. **Dispõe sobre o tombamento de bens no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/16292.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.
- 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**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 21 jul. 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 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.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. **Estatuto da Cidade.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Lei N o 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0335.16.002365-1/001. Relator: Des. Carlos Roberto de Faria. 8ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 14/02/2019, data de publicação: 28/02/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0521.07.058637-0/003. Relator: Des. Carlos Roberto de Faria. 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/02/2019, data de publicação: 28/02/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0133.08.045749-1/001. Relator: Des. Fábio Torres de Sousa (JD Convocado). 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/11/2019, data de publicação: 04/12/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento Cível nº 1.0456.19.001466-6/001. Relator: Des. Carlos Roberto de Faria. 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/11/2020, data de publicação: 20/11/2020.

CARIA, Telmo. O uso do conceito de cultura na investigação sobre profissões. **Análise Social**, vol. XLIII (4.º), 2008, 749-773. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1228400133Z5jYV2yd3Yf59ND2.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

CARVALHAES, Tatiane Marques da Silva. Responsabilidade civil do Estado. **Revista Científica FacMais**, 2015. Disponível em: https://revistacientifica.facmais.com.br/wp-content/uploads/2015/08/artigos/responsabilidade_civil_do_estado.pdf. Acesso em: 09 ago. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CASTRO MAIA, Moacir Rodrigo de. **Histórias (re)conectadas: O Horto Botânico de Vila Rica e os jardins do antigo Palácio dos Bispos de Mariana**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2015. p. 96-113.

CHEQUER, Cláudio. O princípio da proteção ao núcleo essencial do Direito Fundamental no Direito Brasileiro (aplicação e delimitação). **Ministério Público Federal**, 1 fev. 2013. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/artigos-de-procuradores/o-principio-da-protecao-ao-nucleo-essencial-do-direito-fundamental-no-direito-brasileiro-aplicacao-e-delimitacao>. Acesso em: 17 jul. 2021.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Agentes Públicos e Agentes Políticos**. [s.d.]. Disponível em: <https://corregedorias.gov.br/assuntos/perguntas-frequentes/agentes-publicos-e-agentes-politicos>. Acesso em: 22 ago. 2021.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos Culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades**. São Paulo: Edições Sesc, 2018. 144 p.

DENÚNCIA sobre o desmonte do IPHAN chega à Câmara dos Deputados: representantes do Fórum de Entidades em Defesa do Patrimônio Cultural farão alerta na Comissão de Cultura da Casa, nesta quarta (23). **Jornal do Brasil**, 21 out. 2019. Disponível em: <https://www.jb.com.br/cadernob/2019/10/1018764-denuncia-sobre-o-desmonte-do-iphan-chega-a-camara-dos-deputados.html>. Acesso em: 22 ago. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

FÓRUM DE ENTIDADES EM DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO. **Fórum**. Disponível em: <https://forumpatrimoniobr.wordpress.com/forum/>. Acesso em: 22 ago. 2021.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 3ª Edição. 2006. p. 263.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Porto Alegre: Artmed Editora, 2005.

GUSTIN, M.; DIAS, M.; NICÁCIO, C. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. Portaria nº 312, de 20 de outubro de 2010. **Dispõe sobre os critérios para a preservação do Conjunto Arquitetônico e Urbanístico de Ouro Preto em Minas Gerais e regulamenta as intervenções nessa área protegida em nível federal**. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Portaria_n_312_de_20_de_outubro_de_2010.pdf. Acesso em: 28 jul. 2021.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. **Patrimônio Imaterial**. [s.d.]. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/234>. Acesso em: 22 ago. 2021a.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. **Patrimônio Material**. [s.d.]. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/276>. Acesso em: 22 ago. 2021b.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. **O Iphan**. [s.d.]. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/872>. Acesso em: 22 ago. 2021c.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. **Tombamento**. [s.d.]. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Tombamento2.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021d.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEMONS JÚNIOR, Clésio Barbosa. Patrimônio cultural: conceitos, proteção e direito pela educação patrimonial. **Revista do Curso de Direito do UNIFOR**, v. 3, n. 2, p. 50-61, 2012. Disponível em: <https://periodicos.uniformg.edu.br:21011/ojs/index.php/cursodireitouniformg/article/view/136>. Acesso em: 20 jul. 2020.

MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira. **Patrimônio Cultural, Democracia e Federalismo na Realidade Manauara: o princípio da subsidiariedade e os papéis da comunidade e do poder público na seleção dos bens culturais protegidos pelo tombamento**. 2019. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2019. 275 p.

MAIA, Lorena Duarte Lopes. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. **Âmbito Jurídico**, 1 mar. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/colisao-de-direitos-fundamentais-visao-do-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em: 17 jul. 2021.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Apresentação Alyson Mascaro. (Fora de série). 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MENESES, Ulpiano Toledo Bezerra de. **O campo do patrimônio cultural: uma revisão de premissas**. In: SUTTI, Weber (Coord.). **I Fórum Nacional do Patrimônio Cultural: sistema nacional de patrimônio cultural – desafios, estratégias e experiências para uma nova gestão**. Brasília: Iphan, p. 25-39, 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo: **AI 1.0000.17.015286-2/001**. Agravo de Instrumento Cível. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Carlos Roberto de Faria. Belo Horizonte, 20/07/2017.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Princípios básicos da proteção ao patrimônio cultural**. In MIRANDA, M; ARAÚJO, G; ASKAR, J. **Mestres e Conselheiros: Manual de atuação dos agentes do Patrimônio Cultural**. p. 15-24. Belo Horizonte: IEDS, 2009. 217 p.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Constituição federal assegura ampla proteção ao patrimônio cultural do país. **CONJUR**, 11 ago. 2018. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2018-ago-11/constituicao-assegura-ampla-protecao-patrimonio-cultural-pais>. Acesso em: 19 jun. 2021.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Responsabilidade civil por danos ao patrimônio cultural. **CONJUR**, 16 mar. 2020a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-16/ambiente-juridico-responsabilidade-civil-danos-patrimonio-cultural>. Acesso em: 9 ago. 2021.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Responsabilidade por improbidade administrativa na gestão do patrimônio cultural. **CONJUR**, 23 mai. 2020b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-23/ambiente-juridico-improbidade-administrativa-gestao-patrimonio-cultural>. Acesso em: 9 ago. 2021.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NOTA do Fórum das Entidades em Defesa do Patrimônio Cultural Brasileiro sobre as recentes nomeações para o IPHAN. **Fórum Permanente**, 21 abr. 2020. Disponível em: <http://www.forumpermanente.org/imprensa/dossie-cultura/nota-do-forum-das-entidades-em-defesa-do-patrimonio-cultural-brasileiro-sobre-as-recentes-nomeacoes-para-o-iphan>. Acesso em: 22 ago. 2021.

OURO PRETO. Lei Complementar nº 93, de 20 de janeiro de 2011. **Estabelece normas e condições para o parcelamento, a ocupação e o uso do solo urbano no Município de Ouro Preto**. Disponível em: https://ouropreto.mg.gov.br/static/arquivos/menus_areas/lei-complementar-93-parcelamento-uso-e-ocupa-o-do-solo.pdf?dc=9433. Acesso em: 28 jul. 2021.

PAIVA, Carlos Magno de Souza. **A autonomia do direito do patrimônio cultural em relação ao direito ambiental**. 2014. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014. 190 p.

PAIVA, Carlos Magno de Souza Paiva. **O direito fundamental ao patrimônio cultural em tempos de isolamento social**. In: CUNHA FILHO, Francisco Humberto; LINS, Matheus Rodrigues Lins; AGUIAR, Marcus Pinto. **Direitos culturais: múltiplas perspectivas (vol. v) - impactos da pandemia**. p. 169-183. 1. ed. Fortaleza: Editora da UECE, 2021.

PANDEMIA da ignorância cresce com o desmonte do Iphan: Instituições ligadas à memória e à preservação do patrimônio estão debilitadas. (Entrevista com a professora Giselle Beiguelman). **Jornal da USP**, 18 mai. 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/radio-usp/pandemia-da-ignorancia-cresce-com-o-desmonte-do-iphan/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

RABELLO, Sonia. **O futuro da preservação do patrimônio cultural imobiliário urbano e os instrumentos urbanísticos do estatuto da cidade**. In: CUNHA FILHO, Francisco Humberto; LINS, Matheus Rodrigues Lins; AGUIAR, Marcus Pinto. **Direitos culturais: múltiplas perspectivas (vol. v) - impactos da pandemia**. 1. ed. Fortaleza: Editora da UECE, 2021. p. 184-218.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RANGEL, Leandro de Alencar. **A construção do conceito de Direito à identidade cultural: diálogos entre o Direito, a Antropologia e a Sociologia**. 2008. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2008. 128 p.

ROSA, Maria Cristina. **Lazer em Ouro Preto e Mariana: espaços e equipamentos**. *Ouro Preto: Editora UFOP*, 2013. 256 p.

ROSA, Paula Ponciano Gomes. **Reabilitação do parque urbano horto botânico e vale dos contos**. Monografia (Bacharelado). Escola de Minas. Arquitetura e Urbanismo, Universidade Federal de Ouro Preto. Ouro Preto, 2019. 89 p.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Direitos fundamentais atípicos: uma análise do §2º, do art. 5º, da constituição brasileira de 1988**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2015. 268 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Uma Constituição aberta a outros Direitos Fundamentais? **CONJUR**, 13 mar. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constituicao-aberta-outros-direitos-fundamentais>. Acesso em: 09 jun. 2021.

SILVA, Patrícia Reis da. **A postura da Municipalidade na preservação do patrimônio cultural urbano**. 2006. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo). Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de Brasília. Brasília, 2006. 201 p.

SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. **Teoria geral do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

UNICEF. **O que são direitos humanos?** [2015]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/o-que-sao-direitos-humanos>. Acesso em: 14 jun. 2021.