



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

ANA RAFAELA PESSOA ALCOFORADO

**A UTILIDADE DE UM CÓDIGO DE BENS CULTURAIS BRASILEIRO: ANÁLISE
COMPARATIVA A PARTIR DO PARADIGMA ITALIANO**

**JOÃO PESSOA
2020**

ANA RAFAELA PESSOA ALCOFORADO

**A UTILIDADE DE UM CÓDIGO DE BENS CULTURAIS BRASILEIRO: ANÁLISE
COMPARATIVA A PARTIR DO PARADIGMA ITALIANO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Marcílio Toscano Franca Filho

JOÃO PESSOA
2020

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

A354u Alcoforado, Ana Rafaela Pessoa.

A utilidade de um Código de bens culturais brasileiro:
análise comparativa a partir do paradigma italiano /
Ana Rafaela Pessoa Alcoforado. - João Pessoa, 2020.
87 f. : il.

Orientação: Marcílio Toscano Franca Filho.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Patrimônio Cultural. 2. Código. 3. Direito
Comparado. 4. Itália. I. Franca Filho, Marcílio
Toscano. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

ANA RAFAELA PESSOA ALCOFORADO

**A UTILIDADE DE UM CÓDIGO DE BENS CULTURAIS BRASILEIRO: ANÁLISE
COMPARATIVA A PARTIR DO PARADIGMA ITALIANO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Marcílio Toscano Franca Filho

DATA DA APROVAÇÃO: 30 DE NOVEMBRO DE 2020

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr. MARCÍLIO TOSCANO FRANCA FILHO
UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
(ORIENTADOR)**

**Prof. Dr. GEO MAGRI
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO
(AVALIADOR)**

**Prof. Dra. ANA LUISA CELINO COUTINHO
UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
(AVALIADORA)**

**À MINHA FAMÍLIA E A
TODOS AQUELES QUE AMO,
QUE ME INCENTIVAM E QUE
ESTÃO SEMPRE LÁ POR MIM.**

**IL MONDO DELLA SICUREZZA È,
DUNQUE, IL MONDO DEI CODICI**
(Natalino Irti).

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar se a elaboração de um Código brasileiro de salvaguarda aos Bens Culturais seria algo viável e vantajoso, ou se seria um método obsoleto de se lidar com o Direito positivado. Tem-se em vista o estado de desgaste no qual se encontra parte do Patrimônio histórico-cultural pátrio. Para isso, o estudo é feito com base no paradigma da Itália, pioneiro na proteção jurídica aos bens culturais. Observa-se se o desenvolvimento do *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio* foi, ou não, positivo para a tutela do patrimônio cultural italiano. Foi utilizada a técnica da documentação indireta, por meio do levantamento bibliográfico tanto da doutrina específica como da realidade jurídica dos países em questão. Dessa maneira, se discute a teoria das codificações em seu aspecto conceitual e etimológico, além de seu processo interpretativo de adequação normativa. Também se disserta sobre preceitos essenciais do Direito Comparado, com os critérios de realização de transplantes jurídicos, e traçando um paralelo da realidade fática para averiguar as vantagens dessa legislação no exemplo internacional. Por fim, analisa-se o contexto legislativo brasileiro e a efetividade das normas hoje vigentes. É, portanto, uma discussão multidisciplinar. Foi possível concluir que a existência de microssistemas jurídicos numerosos não restou suficiente, e que a realidade da tutela do patrimônio cultural é insustentável, com falhas na atuação de cada um dos três poderes. Diante desse contexto, a codificação consiste no meio mais adequado para sanar parte latente dessa problemática. A criação de Códigos segue sendo tendência global por se tratar de uma ferramenta adequada para harmonização legislativa e prevenção de problemáticas jurídicas. Além disso, o Brasil possui, plena estrutura para a elaboração de códigos sobre essa matéria, e a importação de estrutura e normas oriundas do exemplo italiano não é só possível, como também recomendada.

Palavras-chave: Patrimônio Cultural. Código. Direito comparado. Itália.

RESUMO

This paper discusses whether the elaboration of a Brazilian Code of Cultural Goods would be viable and advantageous, or if it would be an obsolete method of dealing with positive Law. It is observed that part of the country's historical-cultural heritage is abandoned and worn out. For this, the study is based on the paradigm of Italy, a pioneer in the legal protection of cultural goods. It can be seen whether the development of the Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio was positive for the protection of the Italian cultural heritage. Thus, the theory of codifications is discussed in its conceptual and etymological aspect, in addition to its interpretative process of normative adequacy. Finally, the Brazilian legislative context and the effectiveness of the current rules are analyzed. It was possible to conclude that the existence of numerous legal microsystems was not enough, and that the reality of the protection of cultural heritage is unsustainable. Therefore, a codification is the most appropriate way to solve a part of this problem. In addition, Brazil has the necessary structure for creating legal codes on this matter, and importing legislation from the Italian example is not only possible, but also recommended.

Keywords: Cultural Goods. Code. Comparative Law. Italy.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Museu do Brejo Paraibano (Areia – PB). Retirada do site https://mapio.net/pic/p-47693631/	63
Figura 2 – Demolição do Hotel Reis Magos em janeiro de 2020 (Natal – RN). Retirada do site http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/empresa-ainda-na-o-definiu-o-que-sera-construido-na-a-rea-do-hotel-reis-magos/469070	71
Figura 3 – Ruínas da Igreja de Bom Sucesso em 2019 (Lucena – PB). Retirada do site https://correiodaparaiba.com.br/cidades/estudo-socioambiental-tenta-salvar-a-igreja-de-bonsucesso-em-lucena/	75

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A RELEVÂNCIA DAS CODIFICAÇÕES NO SÉCULO XXI	14
2.1 AS CODIFICAÇÕES E O DIREITO PÚBLICO	19
2.1.1. Atualidade da dicotomia entre público e privado	19
2.1.2. Função social da propriedade cultural e a posição do Patrimônio Público na dicotomia entre Direito Público e Privado	22
2.2 INSTRUMENTALIDADE DAS CODIFICAÇÕES E SUAS CONSEQUÊNCIAS	24
2.2.1. Os Códigos Administrativos.....	28
3 OS CÓDIGOS DE BENS CULTURAIS NO DIREITO COMPARADO	31
3.1 TRANSPLANTES JURÍDICOS	33
3.2 ANÁLISE DA VIABILIDADE DO MODELO DO <i>CODICE DEI BENI CULTURALI E DEL PAESAGGIO</i> ITALIANO.....	37
3.2.1. Análise histórica e principiológica da proteção do patrimônio cultural italiano.....	38
3.2.2. Tratamento dos Bens Culturais	44
3.2.3. Questão dos Bens Paisagísticos.....	51
3.2.4. Sanções Penais e Administrativas	53
4 DESENVOLVIMENTO DE UM CÓDIGO DE BENS CULTURAIS BRASILEIRO E A REALIDADE DOS MECANISMOS PROTETIVOS ATUAIS	56
4.1 INSTRUMENTOS NACIONAIS VIGENTES PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO	59
4.1.1. Proteção constitucional.....	59
4.1.2. Legislação infraconstitucional esparsa	64
4.2 IMPORTÂNCIA DE PROTEÇÃO ESPECÍFICA E ATUALIZADA PARA OS BENS CULTURAIS.....	69
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	78
REFERÊNCIAS	84

1 INTRODUÇÃO

No decorrer do século XIX, houve uma predominância jurídica dos interesses coletivos em face dos interesses individuais, de modo a levar à priorização da tutela de direitos que visassem proteger o âmbito da transindividualidade, com conseqüente ascensão da terceira geração de direitos fundamentais. Dentre esses direitos, estão os direitos culturais, sejam eles materiais – manifestação cultural com resultados físicos, a exemplo do tombamento –, sejam eles imateriais – manifestações culturais intangíveis, como cantos, celebrações, culinária típica e ensinamentos compartilhados entre gerações, os quais, se não registrados e protegidos, poderiam perder-se no tempo –. Afinal, por ser conhecido como o século das grandes guerras, esse período também culminou em amplas destruições, roubos, furtos e danos em geral ao patrimônio cultural e artístico de diversas nações, inclusive fora do continente europeu. Além disso, se fortalecia o debate acerca da colonização dos períodos anteriores, que resultou no extermínio de parte dos costumes típicos e religiões das colônias, sem contar com as antiguidades, fossem elas esculturas, vestimentas, ferramentas de trabalho ou outros artefatos do cotidiano de povos nativos, as quais foram saqueadas e permanecem até hoje em exposições de Museus em potências colonizadoras.

Tudo isso levou à importância da proteção do Patrimônio Cultural e dos Bens Culturais, imprescindíveis para a memória, a identidade e a criatividade dos povos e a riqueza das culturas, com atenção especial aos bens corriqueiros e costumes cotidianos. Afinal, a oficialidade dos bens é um quesito intrinsecamente ligado ao Patrimônio Público, de modo que o fato de ser palpável é importante para a tutela. Isso gera uma maior facilidade de proteção às grandes obras e construções físicas com alto valor histórico, artístico ou econômico, e os direitos culturais imateriais são por vezes deixados de lado pela legislação protetiva – especialmente quando diz respeito a grupos minoritários, que também se configuram como parte primordial na construção da identidade nacional, como os quilombolas, indígenas, caiçaras, entre outros povos essenciais para a formação da identidade pátria. O multiculturalismo e a rejeição à ideia de homogeneização cultural são conceitos que só vieram a ser debatidos e postos em destaque para a legislação que versa sobre Patrimônio também nos séculos XIX e XX.

Sendo assim, nesse contexto, especialmente após a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da UNESCO em 1972, existiu uma tendência internacional de proteção ao patrimônio cultural em suas mais amplas vertentes. Há menção, por exemplo, a um “direito ao patrimônio cultural” na Declaração de Estocolmo de 1998, bem

como na Convenção de Fato de 2005, a qual inclusive estabeleceu objetivos gerais para uma tutela efetiva dos bens culturais.

No entanto, as maneiras como os Estados signatários lidaram com essa regulamentação foi distinta. Afinal, a linguagem usada em tais instrumentos, buscando uma maior adequação às legislações pátrias, costuma ser ampla e, por vezes, vaga – a Convenção de Haia de 1954, por exemplo, obriga os Estados a “respeitar” a propriedade cultural, sem maiores elaborações dos métodos efetivos para tal, legais ou extralegais. Devido a essa amplitude, enquanto na Europa há um grande número de países com Códigos que normatizam de forma unificada as nuances relativas aos bens culturais, como França, Espanha e Itália, os países latino-americanos, ainda que com legislação pátria amplamente inspirada nas nações supracitadas, não possuem uma codificação específica e diferenciada sobre seus Bens Culturais, e sim leis esparsas, por vezes, incongruentes e contraditórias. É a situação brasileira com, por exemplo na própria definição legal do que seria o patrimônio histórico-cultural passível de proteção, que possui conceitos diferentes na Lei do Tombamento e na Lei de Crimes Ambientais atualmente.

Apenas durante a década de 1920, passou a existir no Brasil um movimento com a finalidade de unificar a breve legislação que tratava sobre Patrimônio Cultural e criar mais normas específicas, em um contexto modernista e antropofágico de valorização dos costumes e tradições brasileiras, em elementos materiais e imateriais. O movimento do modernismo brasileiro, além de trazer um verdadeiro aumento na produção artística e literária, enriquecendo de forma única a cultura nacional, configurou também em uma mentalidade nacionalista que fomentou mais ainda a busca por uma proteção efetiva ao que era e aos que eram pátrios. Nesse diapasão, sendo encomendado pelo então Ministro da Educação e da Saúde, Mário de Andrade redigiu um anteprojeto de lei para a proteção patrimonial que abrangia os bens intangíveis, em divergência com o célebre Decreto-Lei nº 25 de 1937, conhecido como a Lei do Tombamento, primeira legislação protetiva consolidada no país. Após isso, com o amadurecimento do debate acerca do tema e com o surgimento de novos atores no paradigma global, foi possibilitado o surgimento de outros instrumentos normativos concretos que visavam a proteção dos Bens Culturais e do Patrimônio nacional.

Desde então, outras normas relativas à temática surgiram, como a Lei nº 3.924/1961 dos Monumentos Arqueológicos, a Lei nº 10.166/2000 tratando do Patrimônio Subaquático, a Lei nº 11.904/00 denominada Estatuto dos Museus, dentre dezenas de outros institutos infraconstitucionais. Há também, por certo, proteção constitucional, com o advento da Constituição Federal de 1988, que elenca o que constitui o patrimônio cultural brasileiro e que

foi pioneira em tratar também sobre o patrimônio imaterial, além de prever mais instrumentos de proteção jurídica ao patrimônio. No entanto, apesar de ampla, não há na legislação brasileira qualquer menção à unificação dessas normas – ainda que a tendência, em um contexto com muitos instrumentos legais distintos, seja a de implementação de critérios organizacionais.

No entanto, o posicionamento doutrinário sobre a utilidade das codificações não é unânime. Apesar da maior organização prática e de relativa facilidade para estudo, análise e consequente aplicação de quesitos do direito comparado, a falta de flexibilidade e a percepção da dificuldade de atingir a completude e a generalidade normativa em um Código levaram a doutrina a observar as suas desvantagens. Questiona-se se a fragmentação do Direito em microsistemas já não seria um conceito ultrapassado, se existiria uma efetividade concreta na existência de um Código, e se sua morosidade intrínseca, tanto para criação quanto para alteração, e seu custo de elaboração não configurariam empecilhos que ultrapassariam suas vantagens. Afinal, após o período áureo das codificações encerrado no fim do século XX, começaram a surgir normas plurais sobre temas específicos, os chamados microsistemas jurídicos. Por tais motivos, já é possível perceber uma tendência legislativa da descodificação no meio legislativo - poderíamos, na realidade, já estar na era da descodificação. O próprio Direito Administrativo, uma das bases dos ordenamentos de cunho público e do estudo sobre Bens Culturais e Patrimônio, diferentemente de outros ramos do Direito nacional, jamais foi codificado no contexto brasileiro.

Essa não é, no entanto, uma tendência em outras nações. Enquanto proteção brasileira ao Patrimônio Cultural dava seus primeiros passos, a Itália já possuía centenas de anos em experiência na matéria, com as primeiras diretrizes datando ainda do início do século XIX. Foi, inclusive, umas das nações pioneiras a unificar as normas protetivas em um único texto, com o Decreto Legislativo 29 de 1999 – popularmente conhecido como *Testo Unico*. Hoje, o país possui o *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, que não é apenas elogiado internamente, como também consiste em uma referência internacional no tema, sobretudo devido ao sucesso da sua aplicação interna em salvaguardar seus bens culturais ao ponto de que eles configuram uma das maiores receitas econômicas italianas.

Visa-se, portanto, analisar, diante do paradigma de Código Italiano, se a elaboração de um Código brasileiro de salvaguarda aos Bens Culturais seria algo viável e vantajoso, capaz de auxiliar na resolução efetiva das questões elencadas. Ou, ainda, se o uso de Códigos já não seria um método obsoleto e lento de se lidar com o Direito positivado, tendo em vista sua não utilização na esfera do Direito Público brasileiro, não devendo ser mais reproduzido no Brasil.

É, portanto, uma discussão multidisciplinar, abordando desde preceitos clássicos do direito privado até as normas internacionais de direito público. Essa análise só pode ser realizada pela técnica da documentação indireta, qual seja, por meio do levantamento bibliográfico tanto da doutrina específica como da realidade jurídica dos países em questão. Será utilizada a abordagem dedutiva, a partir da análise de conceitos doutrinários gerais para chegar em algumas soluções específicas e concretas para o problema amplo que é a falha na tutela do patrimônio público cultural.

Dessa maneira, o primeiro capítulo desse trabalho será dedicado a discutir a teoria das codificações não apenas em seu aspecto conceitual e etimológico, mas sob uma ótica prática de como se dá o processo criativo e a interpretação dos Códigos no Direito contemporâneo, de quaisquer que sejam as áreas. Ademais, pretende-se discutir se a matéria de direito público também pode ser passível de codificação, levando-se em consideração que os principais Códigos, historicamente, versam sobre o direito privado. Por meio do método monográfico e histórico e com uma pesquisa bibliográfica e documental, assim, será possível concluir se, em termos gerais, é vantajosa a elaboração de um Código de direito público na atualidade.

O segundo capítulo, por outro lado, consiste em uma abordagem orientada pelo Direito Comparado, tanto por meio de uma discussão sobre as vantagens desse tipo de estudo e suas ferramentas, como também tratando especificamente do *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio* italiano e as novidades, positivas ou não, que este trouxe para a Itália. Serão estabelecidos paralelos entre a proteção italiana e os conceitos gerais da tutela estabelecida no Brasil, por meio do método comparativo. Mas, acima de tudo, busca-se a princípio utilizar do método comparativo para averiguar as vantagens dessa legislação no exemplo internacional, para permitir que se conclua, depois, se esses efeitos seriam similares no Brasil.

Nesse sentido, o terceiro capítulo, por fim, visa analisar o contexto legislativo brasileiro – além de elencar, em uma pesquisa quantitativa, todos os instrumentos contemporâneos vigentes, será analisada também a sua efetividade. Esse debate será realizado não só pela análise qualitativa da doutrina e da lei seca, mas também por meio de jurisprudência e da situação fática de alguns bens culturais atualmente. Afinal, a realidade brasileira de proteção ao patrimônio cultural é de um descaso que justifique a elaboração de um Código dos Bens Culturais em pleno século XIX? Quais as vantagens atuais de desenvolver uma nova codificação específica, principalmente diante de todas as ressalvas há décadas elencadas sobre as codificações? Ou estariam sendo os métodos, hoje utilizados, suficientes para a plena proteção e usufruto socioeconômico?

2 A RELEVÂNCIA DAS CODIFICAÇÕES NO SÉCULO XXI

Desde milênios e em campos diversos do desenvolvimento social, como na ciência, na arte e na esfera do Direito, é possível perceber que a noção de organização e unificação não é uma novidade. Tanto é que o primeiro conjunto de normas escritas, reunidas em um só local, data ainda de 1.750 antes de Cristo – o Código de Hamurabi, o qual regulamentava principalmente questões penais, cíveis e comerciais, estabelecendo um marco jurídico de grande importância para o desenvolvimento humano, inspirando, à época, várias civilizações a manter, em um só documento, algumas das regras essenciais para seu povo, perpassando os séculos, de Justiniano a Carlos Magno. Dentre os seus objetivos, além de unificação do reino, estava também a busca pela garantia de uma cultura e identidade comum, além de tornar mais adequada a compreensão do direito local, até mesmo a partir do uso do direito comparado (AMARAL, 2017), ferramenta indispensável para o exercício jurídico antes da consolidação do próprio Direito enquanto ciência. Em citação de Rudolf von Jhering (1907 apud ZIMMERMANN et al. 2017), a doutrina jurídica pendeu para uma disciplina de cunho nacional, na qual as fronteiras intelectuais e as fronteiras políticas coincidiam, permitindo, assim, a influência entre nações.

Certo que o conceito moderno de codificação é distinto do elaborado pelos mesopotâmicos. Afinal, apenas com o desenvolvimento social célere durante a transição da Idade Média para a Idade Moderna europeia, o qual resultou em maior complexidade nas relações interpessoais e organizações estruturais, que foram estabelecidos os preceitos das sociedades como hoje conhecemos, permitindo-se, por consequência, a evolução epistemológica dos códigos. Enquanto os antigos possuíam caráter amplo, abordando todos os pontos que o Direito daquela sociedade na época abordava, as modernas são especializadas, possuindo apenas preceitos legais (AMARAL, 2017). Estas últimas surgiram durante o período conhecido como a Era das Codificações, que consolidou a ideia atual de Código, no século XVIII. Partiu-se de paradigmas como o Código Prussiano, o Código Austríaco¹ e o célebre Código Napoleônico, todos oriundos de sociedades já centralizadas, que possuíam um contexto absolutista concomitante com movimentos intelectuais como o jusnaturalismo moderno, a

¹ Segundo Andrade (1997, p. 69-70), os códigos prussiano e austríaco possuíam algumas ressalvas em relação à noção ocidental moderna, de modo que não são considerados, hoje, como codificações de “efetiva primazia”. O primeiro, por exemplo, não trazia o conceito de síntese, sendo extenso em demasia e tratando tanto de direito privado quanto de direito público. O segundo, por outro lado, apesar de compacto e versar apenas sobre o âmbito privado, possuía forte influência monárquica e absolutista, não servindo também, portanto, como parâmetro para os moldes atuais.

corrente iluminista e o advento do próprio conceito de soberania nacional, em conformidade que as prerrogativas da Igreja passaram a ser uma responsabilidade estatal (TEMPORIM, 2018). Na França, inclusive, o processo de codificação não resultou somente no Código Civil, mas consistiu, na realidade, em um processo global, que gerou a feitura de diversos códigos (ANDRADE, 1997, p. 71). As codificações de outros países, durante o mesmo século, inspiraram-se nesses exemplos, permanecendo com a ideia de um controle sob as escolhas dos entes privados (IRTI, 1979, p. 16).

Esses institutos não se confundem com as compilações ou com as consolidações: as compilações consistem na unificação objetiva das leis e normas sob um mesmo título, seguindo um critério cronológico, sem que necessariamente exista um tema central interno. Nas consolidações há um caráter sistemático que, apesar de partir de um conteúdo comum, permanece sendo apenas uma reunião de leis de matéria símile, um “recolhimento de normas já existentes”, segundo Andrade (1997, p. 21). As codificações, por outro lado, configuram um verdadeiro processo legislativo que não se resume aos elementos normativos já existentes. É possível que sejam elaboradas novas figuras a partir da análise do arcabouço jurídico prévio, fazendo alterações, ajustes, cortes e fusões, gerando, desse modo, uma unidade própria (PEREIRA, 2018), com finalidades mais amplas. Os códigos estão atrelados, assim, a uma noção de inovação, enquanto as consolidações e as compilações se ligam ao conservadorismo legislativo (ANDRADE, 1997, p. 21). Estão todos esses atrelados, de qualquer modo, à unificação de fontes legais pré-existentes.

O movimento europeu das codificações foi um paradigma na elaboração e na organização do direito privado, estabelecendo algumas questões presentes até hoje. Desde os primeiros exemplos, a elaboração de códigos consiste em um processo complexo com diversos pré-requisitos. Um deles é a necessidade de certo amadurecimento jurídico prévio, de um aparato de leis que sirva enquanto base para esses Códigos e também de um corpo técnico estruturalmente capaz para elaborá-los (VENOSA, 2016, p. 84). Não apenas porque a existência de uma legislação prévia sob égide de uma temática comum seja essencial para a sua sistematização, como também devido ao aparato estatal necessário para o êxito desse processo. Afinal, a complexidade do corpo nacional de normas por si só, que corrobora para uma aplicação por vezes contraditória e desconexa do Direito, já configura como dificuldade e empecilho endêmico para o êxito de tal procedimento.

Segundo Natalino Irti (1979, p. 18), quanto mais sólido e rígido o quadro jurídico de uma nação, mais seguro ele é, de modo que há uma exigência de estabilidade e previsibilidade, tanto na esfera privada quanto na pública, para que existam os códigos. Trata-

se de uma consequência do pensamento juspositivista, o qual, segundo Franca Filho (2011, p. 18), “aceitou e difundiu a ideia de que a ciência jurídica seria, acima de tudo, uma ciência lógica de interpretação cartesiana de textos racionais e objetivos, em que não haveria lugar para incertezas semânticas, a emocionalidade e até certa irracionalidade da arte e da estética”. As raízes que foram firmadas no século XIX já cumpriam esse pré-requisito, e as próprias compilações da antiguidade possuíam um prévio teor de organização em suas regras.

Apesar das exigências empíricas de organização normativa, cultura juspositivista e consolidação jurídica e estatal, comuns a todas as nações modernas, o rito nacional e a própria hierarquia normativa de cada país diferem. No contexto brasileiro, por exemplo, a elaboração de um código segue o rito legislativo de uma lei ordinária. Esta possui caráter residual, e conta com o processo legislativo mais completo e demorado do ordenamento pátrio, possuindo um total de três fases: a) a introdutória, com a faculdade parlamentar, extraparlamentar, concorrente ou exclusiva de apresentação de projeto de lei nos moldes do artigo 61 e parágrafos da Constituição Federal de 1988²; b) a constitutiva, com votação do projeto de lei nas duas casas do Congresso Nacional e com a consequente a deliberação executiva, na qual o Presidente terá a possibilidade de sancionar ou vetar o projeto; e, por fim, c) a fase complementar, com a própria promulgação e publicação da lei, garantindo-a execução e notoriedade (FLORENTINO, 2015). A segunda fase, por certo, é a de maior morosidade e maiores custos, perpassando por diversas sessões nas câmaras legislativas que podem durar de meses até anos, este último mais comum no caso das codificações

Essa espécie legislativa não é regra para as codificações internacionais. Na Itália o *Codice dei beni culturali e del paesaggio* consiste em um Decreto Legislativo³, outro tipo legal. Consiste em um ato com força de lei adotado pelo Poder Executivo acerca de matérias complexas ou específicas mediante prévia lei de delegação parlamentar. De tal modo, para a elaboração de uma codificação na Itália, duas etapas procedimentais devem ser cumpridas: a *Delegazione Legislativa* do Parlamento, regulada pelos artigos 76 e 77 da Constituição italiana⁴,

² Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

³ Segundo o disposto no site Altalex (2020), “*l'esercizio della delega, da parte del legislatore delegato, doveva attenersi ai seguenti criteri e principi direttivi: a) l'inserimento di tutte le disposizioni legislative vigenti alla data di entrata in vigore della legge di delega e di quelle entrate in vigore nei sei mesi successivi; b) le disposizioni vigenti dovevano essere modificate per assicurare il coordinamento formale e sostanziale nonché il riordino e la semplificazione dei procedimenti*”.

⁴ Art. 76. L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti.

Art. 77. Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria.

que consiste em nada mais que uma lei ordinária direcionada ao Governo com predeterminações dos princípios, objeto definido e indicação temporal específica, salvo algumas exceções; e em seguida o “Decreto Legislativo” propriamente dito, cujo procedimento de formação não apresenta particularidades, sendo uma deliberação do *Consiglio dei ministri* e do *decreto presidenziale di emanazione*, que é seguido de publicação na *Gazzetta ufficiale* (ALTALEX, 2020).

As semelhanças entre as legislações mencionadas vão além da iniciativa parlamentar – em qualquer uma delas, há um procedimento que, coletivamente, é árduo, moroso, burocrático, com inúmeras etapas e, por consequência, caro. E é diante desse contexto, de exigências e dificuldades práticas, que se iniciaram ao fim do século XX os debates sobre o fim da era das codificações. Natalino Irti, doutrinador italiano, foi um dos primeiros teóricos a versar sobre a matéria, trazendo em sua pioneira obra “*L’età della decodificazione*” críticas contundentes a tais instrumentos, como o enfoque exacerbado e ainda assim superficial aos entes de direito:

*La legge riconosce ai singoli un potere, che sfugge, nelle modalità di esercizio e nelle fasi di svolgimento, a qualsiasi sindacato. La legge si ferma al di fuori, limitandosi a offrire procedure e schemi di azioni; ma né indica né valuta gli scopi di volta in volta perseguiti dai singoli. Emergono ora taluni dati, che mostrano l'impossibilità di distinguere tra vicende interne e vicende esterne della legislazione, tra una storia di concreti contenuti politici ed una storia di pure tecniche normative.*⁵ (IRTI, 1979, p. 17)

No contexto brasileiro o debate foi, sim, importado, começando pouco depois, mas voltando-se em maior parte para o Direito Civil e demais ramos do âmbito privado – afinal, nunca houve, no Brasil, um Código que abordasse essencialmente as regras de direito público. De acordo com Lôbo (1999, p. 102):

Com efeito, a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida não recomenda sua continuidade. A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente.

Quando, in casi straordinari di necessita' e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilita', provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni.

I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro 60 giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.

⁵ A lei reconhece aos indivíduos um poder que foge, nas modalidades de exercício e nas fases de desenvolvimento, a qualquer associação. A lei se fecha para os de fora, limitando-se a oferecer procedimentos e esquemas de ações, mas não indica nem avalia os propósitos perseguidos pelos indivíduos. Surgem agora alguns dados que mostram a impossibilidade de distinção entre eventos internos e externos da legislação, entre uma entre uma história de conteúdos políticos concretos e uma história de puras técnicas normativas. (IRTI, 1979, tradução nossa)

Além dos supramencionados por Lôbo, existem outras dezenas de códigos vigentes, hoje, no Brasil – são, no total, vinte e duas codificações, sendo uma delas formalmente chamada de Consolidação (a Consolidação das Leis do Trabalho, pelo Decreto-Lei Nº 5.452 de 1943). As demais consistem em: o Código Comercial na Lei nº 556 de 1850, o Código Civil na Lei nº 10.406 de 2002, o Código de Águas no Decreto nº 24.643 de 1934, o Código de Defesa do Consumidor na Lei nº 8.078 de 1990, o Código Penal no Decreto-Lei nº 2.848 de 1940, o Código de Processo Penal no Decreto-Lei nº 3.689 de 1941, o Código Brasileiro de Telecomunicações na Lei nº 4.117 de 1962, o Código Florestal na Lei nº 12.651 de 2012, o Código Eleitoral na Lei nº 4.737 de 1965, o Código Sanitário do Distrito Federal na Lei nº 5.027 de 1966, o Código Tributário Nacional na Lei nº 5.172 de 1966, o Código de Processo Penal Militar no Decreto-lei nº 1.002 de 1969, o Código Penal Militar no Decreto-lei nº 1.001 de 1969, o Código de Mineração ou Código de Minas no Decreto-lei nº 227 de 1967, o Código de Caça e Proteção a Fauna na Lei nº 5.197 de 1967, o Código de Processo Civil na Lei nº 13.105 de 2015, o Código Brasileiro de Aeronáutica na Lei nº 7.565 de 1986, o Código de Menores ou Estatuto da Criança e do Adolescente na Lei nº 8.069 de 1990, o Código de Propriedade Industrial na Lei nº 9.279 de 1996, o Código de Trânsito Brasileiro na Lei nº 9.503 de 1997 e, por fim, o Código de Conduta da Alta Administração Federal, que consiste no conjunto de diversas Resoluções e Decretos.

Diante da concessão de poderes aos entes privados mencionada por Irti, que é característica às codificações desde o século XVIII, existe ainda outra dificuldade para a elaboração de um código no âmbito direito público. Isto é, a experiência jurídico-histórica desses instrumentos é de natureza primordialmente privada, tratando em especial de propriedade, de direito de família e de regras comerciais, com exceção dos códigos de matéria criminal e de parte dos processuais. Além disso, a tendência de ramificação e desmembramento de códigos já existentes, a exemplo do Código Civil pátrio, conforme mencionado por Lôbo, faz emergir ressalvas acerca dos estudos sobre a criação de um diploma cujas normas sejam em sua maioria de cunho público, sendo estas, portanto, relativamente recentes e com poucos exemplos práticos no direito comparado, permanecendo ainda passíveis de debates na doutrina. É possível identificar, porém, que existem exemplos no Brasil de Códigos que versam sobre uma matéria do âmbito público, a exemplo do Código Florestal, do Código de Minas e do Código de Proteção à Fauna – todos relativos, inclusive, à tutela do patrimônio ambiental brasileiro. Com esse paradigma parte-se, assim, para uma análise doutrinária acerca da possibilidade de elaboração e das vantagens dos Códigos nessa área.

2.1 AS CODIFICAÇÕES E O DIREITO PÚBLICO

A Era das Codificações, que originou o modelo clássico de tais diplomas, não antecipou as necessidades simultâneas de eficiência e de legalidade que tangem a esfera pública, em especial os princípios jurídicos internos referentes ao Estado – qual seja, o Direito Administrativo. Tal esfera, enquanto ramo autônomo, teve seu surgimento concomitante aos códigos modernos europeus, mas as normas administrativas são tão antigas quanto as primeiras codificações. Afinal, “onde quer que exista o Estado, existem órgãos encarregados do exercício de funções administrativas” (DI PIETRO, 2019, p. 53). Ainda assim, como narra Di Pietro (2019, p. 56) o conteúdo do direito administrativo possui variações conforme o tipo de Estado adotado: ele pode perpassar por um objeto restrito, como em um Estado de Polícia, cuja finalidade de restringe a assegurar a ordem pública. Ou então abarcar um leque amplo, como no Estado de Bem-estar Social, no qual ele desenvolve atividades relativas aos direitos sociais, como saúde, educação, assistência social e, claro, cultura. Esse último tipo é o constitucionalmente adotado no Brasil. O interesse público se sobrepõe, na maioria das vezes, ao interesse privado. A dualidade entre público e privado, no entanto, em especial a eficácia dessa divisão doutrinária, é objeto de discussão.

2.1.1. Atualidade da dicotomia entre público e privado

Dentro do estudo jurídico, a divisão das concepções dogmáticas de direito público e direito privado possui um interesse extenso. Segundo Ferraz Junior (2019, p. 105), tal “distinção permite sistematização, isto é, o estabelecimento de princípios teóricos, básicos para operar as normas de um ou outro grupo, ou seja, princípios diretores de trato com as normas, com suas consequências, com as instituições a que elas referem”. Ou seja, é uma concepção que vem há muito pautando estudos, entendimentos e fazeres jurídicos. Dentro dela, ainda existem teorias distintas: as teorias do sujeito, por exemplo, usam como critério a análise de se a norma tem como destinatário os particulares ou o Estado, sendo aquela pertencente ao âmbito privado no primeiro caso e ao público no segundo caso. A finalidade principal é a de ressaltar que o Estado é um ente distinto e, em algumas situações, não possui equidade em relação aos particulares. No entanto, a existência de casos nos quais essa paridade existe, a exemplo da celebração de um contrato de locação, instrumento de direito privado ainda que tenha como

uma das partes o Estado, leva à conclusão de que essa teoria não pode ser compreendida em sentido estrito (FERRAZ JÚNIOR, 2019, p. 106).

Existem também as teorias do interesse e as teorias da relação de dominação. As primeiras delas opõem os interesses da sociedade – comuns, universais, neutros e representados pelo Estado, envolvendo toda a gestão da coisa pública – contra os interesses dos indivíduos. Tal abordagem é falha por não considerar o caráter dúbio de alguns interesses que são, simultaneamente, particulares e sociais, a exemplo dos direitos trabalhistas (FERRAZ JÚNIOR, 2019, p. 106). Já as últimas teorias partem da noção de soberania do Estado, o qual seria detentor do monopólio da força e indiscutivelmente superior aos entes privados. Tal abordagem, no entanto, justificaria a concentração exacerbada de poder característica aos regimes autoritários, o que não é interesse do Estado Democrático de Direito. Ademais, conforme supramencionado, existem situações cuja relação entre Estado e indivíduo é equalitária. Em qualquer teoria adotada a soberania permanece como sendo o princípio mais relevante da esfera pública. Segundo Ferraz Junior (2019, p. 106):

Nem todos os atos dos entes públicos são soberanos. Quando o são, porém, aparece o *jus imperii*. Suas normas são, então, cogentes, pois pressupõem o interesse da ordem pública. É o princípio do interesse público relevante que, se contrastando com interesses privados, prevalece em última instância sobre eles.

Existe, de todo modo, uma insatisfação entre os doutrinadores com tal classificação, que apenas se intensificou com a chegada da constitucionalização do direito privado, mas teve seu início desde Hans Kelsen, que jamais concebeu como possível tal divisão dentro da Teoria Pura do Direito, tendo em vista que não existiria Direito sem interferência estatal, de modo a inexistir um direito essencialmente privado. Afirmar a existência dessa seria afirmar uma desvinculação perante o Direito e criar uma área cinza de regulação não estatal (KELSEN, 1984, p. 380). Dentre os teóricos contemporâneos, as críticas ainda são frequentes, a exemplo de Venosa (2017, p. 55), o qual afirma que “a distinção entre direito público e privado, na vida prática, não tem a importância que alguns juristas pretendem dar. O direito deve ser entendido como um todo”.

Além disso, é nítido que o Direito Constitucional e o Direito Administrativo – cujas normas, em parte, estão incluídas no texto constitucional – formam o maior e principal alicerce do direito público por regular a atuação e organização estatal. Há, no entanto, de acordo com Ferraz Junior (2019, pág.110), um aumento da influência dos entes públicos e do Estado como um todo no direito privado: no Direito do trabalho, no Direito Previdenciário e no Direito econômico, por exemplo, não dizem respeito estrito à relação de soberania entre entes estatais

e indivíduos, possuindo, portanto, uma natureza pública menos coerente. A consequência disso é a dificuldade de separação entre as duas esferas. O próprio campo do Direito Internacional possui uma quase indiscernibilidade entre o âmbito público e o privado.

Andrade (1997, p. 119) afirma que essa publicização do direito privado surgiu com a Constituição de Weimar⁶, a partir da qual as constituições pararam de versar somente sobre matérias de direito público. Conceituando esse tema, Noremberg (2014) disserta que:

Por publicização do direito privado compreende-se o fenômeno onde o Estado regula interesses particulares, disciplinando limites e regras para o exercício de direito dos particulares, como forma de garantir um interesse maior, qual seja, a segurança jurídica e a paz social. Nesse fenômeno, as normas constitucionais ganham especial relevo, pois servem de regras gerais norteadoras da legislação infraconstitucional, estipulando limites ao particular, bem como resguardando interesses considerados fundamentais ao cidadão e a coletividade.

Importante salientar, ainda que existe uma diferença entre a publicização e a constitucionalização do direito privado, ainda que ambos sejam questões atuais e recorrentes. Conforme disposto por Lôbo (1999, pág.100), “a denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX”. Além disso, Lôbo (1999, p. 101), a fim de diferenciar os termos, também elenca que:

Em suma, para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil.

Ou seja, a autonomia privada perde forças diante do interesse coletivo e da proteção dos hipossuficientes. Tal visão teve seu surgimento desde o advento da democratização e do constitucionalismo moderno, com a unidade hermenêutica e inserção do direito privado no Estado Social – o jurista passou a precisar interpretar os Códigos e demais legislação infraconstitucional de acordo com a Constituição, e não mais o inverso (LÔBO, 1999). O Estado começou a ter papel primordial não apenas como o criador das normas, mas como ente que garante a prevalência do interesse coletivo, e a interferência estatal no campo privado tornou-se mais frequente.

⁶ Ela, no entanto, não foi a única. “Essa sistemática espalhou-se por outros países, como a Itália, com a Constituição de 1942, intensificou-se na Alemanha, com a Constituição de 1949, e alcançou também o Direito Francês a partir de 1958” (ANDRADE, 1997, p. 121).

Um exemplo clássico e tematicamente relevante é a questão da propriedade privada⁷, a qual desde a era do liberalismo, berço das primeiras codificações modernas europeias, vem passando por uma notória relativização diante da “necessidade de compatibilizar os direitos individuais e coletivos a partir do condicionamento do direito à posse a uma finalidade” (DE CARVALHO *et al.*, 2015, p. 29): o conceito de função social da propriedade. A partir dela, “o exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, a inutilidade, com a especulação” (LÔBO, 1999, p. 106).

Existe grande importância de tal determinação para a proteção do patrimônio público – dentro de um Estado Democrático de Direito, os bens devem ser sempre adequadamente utilizados, inclusive os de valor histórico-cultural, sejam eles pertencentes aos indivíduos ou ao próprio Estado. Devem ser salvaguardados de riscos resultantes da “inércia dos poderes públicos ou de ações ou de omissões de proprietários não enquadrados como pessoas economicamente carentes” (FIGUEIREDO JUNIOR, 2013, p. 29). A flexibilização e desatualização da dualidade de público *versus* privado, conforme visto, é uma das ferramentas de defesa dos próprios bens culturais.

2.1.2. Função social da propriedade cultural e a posição do Patrimônio Público na dicotomia entre Direito Público e Privado

A necessidade de atendimento à função social da propriedade consiste em um direito previsto no art. 5º, XXIII da Constituição Federal. Apesar de sucinto na letra da lei, o tema é palco de ampla discussão e arcabouço histórico. Conforme Souza Filho (2006, pág. 16, apud FIGUEIREDO JUNIOR, 2013, p. 34), o patrimônio público e os bens culturais, por serem elementos fundamentais da civilização e da cultura dos povos, possuem uma intrínseca função social – “é garantia de sobrevivência social dos povos”, afirma o autor. Por mais que a definição de patrimônio cultural por si só seja complexa, a atribuição de tal característica aos bens não é conferida pelo Estado, resultando em uma grande quantidade de bens culturais, sendo que “alguns são escolhidos ou descobertos para comporem o patrimônio cultural, serem preservados, protegidos e usufruídos pelas gerações presentes e futuras, em razão dos valores culturais de determinado momento histórico” (IZIDORO DA NÓBREGA, 2020, p. 83). Nesse sentido, ressalta-se que os únicos bens relativos ao patrimônio público que serão objeto da proteção jurídica serão aqueles declarados ou em processo de declaração (IZIDORO DA

⁷ Além do Direito de Propriedade, o Direito de Família e o Direito das Obrigações também foram áreas do direito privado profundamente afetadas pela sua publicização, segundo Andrade (1997, p. 119).

NÓBREGA, 2020, p. 84). Na mesma linha, Figueiredo Junior (2013, pág.30), aduz que a expressão “patrimônio cultural” dentro do ordenamento brasileiro só pode ser utilizada para definir conceitos que estejam de algum modo enquadrados no artigo 216 da Constituição Federal.

Essa noção de publicidade do patrimônio cultural poder parecer, a princípio, contrária à ideia de Função Social trazido pela Constituição. Esta, afinal, diz respeito à propriedade, área de estudo do âmbito do Direito Privado, em sua maior parte. Deve-se observar, no entanto, que a plena eficácia do direito fundamental à propriedade não admite um comportamento individualista, mas sim priorizando o bem-estar da coletividade. Caso não o faça, o bem pode ter sua fruição, de certo modo, limitada pelo Estado, a fim de que essa função social seja exercida (SILVA, 2010, p. 282, *apud* UCHOA *et al*, 2019, p. 171).

Assim, é tênue o limiar entre esfera pública e esfera privada no direito à propriedade como um todo, mas em espacial dentro do âmbito dos bens culturais. Nesse sentido, Flores Filho (2010, *apud* CARVALHO *et al*. 2015, p. 33) defende que “a criação do patrimônio cultural é um marco de apropriação da cultura pelo Estado”, de modo a retirá-la, de certo modo, da posse dos indivíduos. Enquanto para Carvalho (*et al*. 2015, p. 33), “a relação Estado e cultura é evidente na utilização bens de caráter histórico para a construção de símbolos necessários para a legitimação de sua autoridade”, evidenciando, ainda mais, a frequência – e importância – do uso de aspectos culturais privados por parte do poder público. Afinal, nos ditames do último autor, os símbolos criados pelo Estado eram, por diversas vezes, pertencentes a indivíduos, “o que impedia sua apropriação pela garantia legal do direito à propriedade privada” (CARVALHO *et al*. 2015, p. 33) e teriam, por si, formulado a noção de função social do patrimônio cultural. Tem-se em vista que é inicialmente necessária a construção de um sentimento identitário nacional e reconhecimento estatal desse para só posteriormente o respectivo bem ser abordado pela tutela jurídica. Ou seja, ao atingir tal status de importância para a coletividade, qual seja, status de patrimônio cultural, a sua Função Social também é alterada – deve, afinal, preservar uma memória, um aspecto histórico e um traço cultural, conforme defendido por Souza Filho (2011, *apud* UCHOA *et al*, 2019, p. 172). Tanto é que, historicamente:

As intervenções do Estado na propriedade para preservar o patrimônio histórico e cultural brasileiro se deram já em 1934, conforme já explanado, contudo, seu início efetivo ocorrera no governo de Getúlio Vargas no seu período ditatorial do Estado Novo, efetivando-se como matéria constitucional. (ALCANTARA *et al*, 2019)

É diante desse conceito e dessa cronologia da função social do patrimônio público e bens culturais que, desde a época do Regime Vargas no caso brasileiro, o Estado se tornou obrigado a intervir na propriedade privada também em situações relativas aos bens culturais, como no tombamento, visando a manutenção da identidade nacional cultural, entendida como direito fundamental. Nesse sentido, Uchoa (*et al*, 2019, p. 172-173) defende que:

Não obstante a simples proteção – que deve ser vista como proteção efetiva, que vai além do processo administrativo para a proteção do bem – possa figurar como exercício da função social do patrimônio cultural, uma concepção mais visionária precisa ser considerada, o entendimento da função social do patrimônio cultural atrelado à sua utilização com funcionalidade em benefício da comunidade, benefício esse que vai além da preservação da memória e identidade coletivas. A proteção de um bem figurante do imaginário popular enquanto patrimônio cultural reflete os afetos, os sentimentos e os vínculos memoriais e identitários, além da própria história, de uma coletividade que com aquele bem conviveu e interagiu.

A manutenção desse patrimônio como um organismo vivo, no qual relações são construídas, histórias são vividas e significados são atribuídos, depende da existência da memória e identidade das presentes e futuras gerações, construção natural e decorrente à medida que esse patrimônio é tomado como fonte de conhecimento, utilizado e ressignificado, passando a ter, adicionado ao seu valor histórico e cultural primeiro, novas memórias e identidades com as quais se relaciona.

Desse modo, consiste em um assunto que, de acordo com as críticas doutrinárias à classificação, ultrapassa o conceito de público ou privado. Se, no início das codificações, a ideologia majoritariamente liberal era base para os instrumentos normativos, após o surgimento do Estado Social e da publicização e constitucionalização do direito privado, iniciou-se a uma nova maneira de elaborar, interpretar e lidar com os códigos, qualquer que seja sua temática. E essa nova abordagem virou indispensável para o estudo da tutela dos bens culturais, tendo em vista seu enquadramento no rol constitucional de direitos fundamentais, de importância supralegal. Portanto, ao serem analisados modos de proteção efetiva ao patrimônio cultural a fim de que eles cumpram devidamente sua função social, diante da publicização dos códigos, a elaboração de codificações torna-se um mecanismo com possibilidade de trazer benesses para a tutela dos bens culturais.

2.2 INSTRUMENTALIDADE DAS CODIFICAÇÕES E SUAS CONSEQUÊNCIAS

No início da Era dos Códigos já era possível contrapor as benesses e os malefícios destes para o Direito interno das respectivas nações. Trata-se do século que viu serem formuladas as teorias jusnaturalistas e juspositivistas, as quais intrinsecamente opostas, tiveram importante papel quanto aos primeiros argumentos relativos às codificações. A rápida e relevante ascensão do pensamento liberal iluminista significou também uma força à filosofia

do positivismo jurídico: o indivíduo seria o princípio da norma e também seu fim (LÔBO, 2018, p. 28). Afinal, conforme defendido por Andrade (1997, p. 63), “as ideias iluministas muito favoreceram a teoria da codificação, na medida em que propugnavam pela racionalização do Direito”. Nesse sentido, segundo Amaral (2017, p. 218)

O código passou também a ser, na esfera do direito privado, a garantia das liberdades civis e do predomínio do poder legislativo sobre o judiciário, assegurando a autonomia do indivíduo contra a ingerência do poder estatal, como fazem, no direito público, as declarações de direitos e as constituições. Ocupava o centro da disciplina social.

É a partir desse contexto, já em sua própria criação, que os códigos começaram a ser criticados. René David (1973, p. 49 *apud* VENOSA, 2017, p. 85) já defendia que as codificações foram o motivo pelo qual o direito europeu foi fragmentado nos séculos seguintes. Paralelamente, existiu um extenso debate entre Thibaut e Savigny sobre o tema logo após a queda de Napoleão e o período de consolidação de um Código europeu e alemão, sendo que as codificações foram defendidas pelo primeiro e criticadas pelo segundo, conforme o trazido por Andrade (1997, p. 80-81):

Para Thibaut, em suma, são visíveis as vantagens da codificação. Esta favorecia, inicialmente, o desenvolvimento científico. Depois, agilizaria o ensino acadêmico do Direito e, por último, mas não menos importante, estimularia o sentimento de igualdade e fraternidade entre os alemães na medida em que “leis iguais criam costumes iguais”.

Contrariamente a essa posição, situa-se Savigny. (...). Argumenta, porém, que são escassos os períodos com plena capacidade para satisfazer as exigências necessárias à obtenção de um código perfeito. Nos povos jovens, faltariam itens como linguagem e arte lógica. Nos períodos de decadência, faltaria conhecimento tanto da matéria quanto da linguagem. E a época intermediária, justamente a mais propícia para esse intento, não o faz, porque não sente a sua necessidade.

Outros aspectos negativos à época são elencados por Venosa (2017, p. 85):

Reconhecemos, porém, ao menos para a época da promulgação dos códigos que, a princípio, houve alguns efeitos negativos com os novos institutos: o Direito passou a ser aplicado de forma mais racionalista, esquecendo-se do sentido de Direito ‘justo’ das universidades. Passou-se a entender o código como a palavra definitiva do direito, com apego muito grande à letra da lei. Logo que surgiram os primeiros códigos, a ciência hermenêutica viu-se restrita, pois se entendia que bastava tão só, para aplicar o Direito, valer-se da exegese dos novos textos.

Ou seja, e entendimento consensual apontava para uma dificuldade interpretativa diante da rigidez exacerbada dos textos jurídicos, prejudicando a subsunção das normas aos casos concretos e suas inúmeras particularidades, levando a um positivismo ultrarrígido que não seria, de forma alguma, benéfico. No entanto, o apego excessivo ao texto da lei não é consequência exclusiva das codificações: ele ocorre diante de quaisquer novos instrumentos normativos no primeiro momento. Apenas com o passar do tempo é que as interpretações do

judiciário atribuem ao texto a flexibilidade necessária para a manutenção do Direito e do bem-estar social (VENOSA, 2017, p. 85). A imobilidade dos códigos permaneceu, de todo modo, como uma das principais críticas acerca de tais sistemas normativos – e, conforme dito por Irti (1979, p. 18), “*al regno dell’immutabilità e del duraturo succede la nervosa ‘accelerazione della storia’*”⁸. É nesse diapasão que, no Direito Internacional, a própria Organização das Nações Unidas (ONU) também trabalha em favor da progressiva codificação do direito internacional.

O contexto global foi alterado, no entanto, durante o decorrer dos séculos XIX e XX, especialmente após a Primeira Guerra Mundial: não só a estabilidade política e social que permitiu a difusão do processo de codificação no ocidente foi abalada, como também houve uma ascensão generalizada de movimentos sociais nesse período, conforme trazido por Andrade (1997, p. 112). Nesse sentido, havia uma “forte índole individualista que marcava os três grandes códigos europeus” (ANDRADE, 1997, p. 113), quais sejam, o francês, o austríaco e o alemão. As críticas a eles, já existentes, se multiplicaram e atingiram novas facetas.

É nesse sentido que, séculos depois, foi publicado o emblemático *L’età della decodificazione* de Natalino Irti. Nele, ao tratar primordialmente da codificação civil, mas com argumentos universais a todos os códigos, o autor defendeu que tais diplomas teriam perdido sua característica de centralidade no sistema de fontes jurídicas (IRTI, 1979, p. 30). Isso teria ocorrido diante de uma crescente importância dada aos microsistemas legislativos. Isto é, leis que tratam de temáticas específicas de um campo mais amplo, as quais surgiram diante da rigidez dos códigos, os quais possuíam normas de caráter geral (ANDRADE, 1997, p. 133). Em sua maioria, essas leis numerosas buscavam conferir prerrogativas aos indivíduos hipossuficientes. É o que Kuebler (1985, p. 18-21 *apud* ANDRADE, 1997, p. 132) chama de *overregulation* ou *verrechtlichung*. Esse fenômeno afetou as codificações, facilitando o processo de assistematização do ordenamento jurídico, conforme dito por Andrade (1997, p. 154). No entanto, segundo o autor:

A proliferação de Leis especiais, muitas introduzindo novos conceitos jurídicos, não favorece a operacionalidade jurídica. Bem ao contrário, essa situação só contribui para tornar o ordenamento mais caótico e complexo. De modo que se prende, em muito, a efetividade pretendida pelas novas leis. (ANDRADE, 1997, p. 154)

Partindo dessas problemáticas, apesar de amplamente difundida no século passado pela utilização das leis especiais, assistemáticas e dinâmicas, a Era da Descodificação parece ter chegado ao seu fim. Na lição de Andrade (1997, p. 147), tais legislações seguem associadas

⁸ Ao reino da imutabilidade e da durabilidade, segue a nervosa “aceleração da história”. (IRTI, 1979, tradução nossa)

à modernidade, sendo vistas como um elemento central do Direito como sistema normativo e com a função principal de facilitar a sua harmonização. Nesse diapasão, Rodrigo Xavier Leonardo (2016) também reafirma a importância dos códigos:

A reforma do Direito das Obrigações no Código Civil Alemão e, na recentíssima data de 10 de fevereiro de 2016, o advento da Ordonnance n. 2016-131 (que promoveu uma ampla revisão do Código Civil Francês), acabam por reafirmar o valor e a importância dos Códigos no Direito Privado. Longe de abandonar os códigos, essas nações resolveram reafirmá-los, mediante revisões tópicas, especialmente voltadas ao direito das obrigações e ao direito dos contratos.

Afinal, “o progresso do direito se verifica e se atua não somente através da emanção de novas normas e pela modificação gradual das existentes” (BARROS JÚNIOR, p. 2), mas também pelo próprio processo de codificação. Partindo dessa perspectiva, é perceptível o quanto a elaboração de codificações continua sendo feita em diversos países, seja no âmbito privado, conforme acima exposto, ou dentro do Direito Público. No contexto brasileiro, por exemplo, houve a promulgação da Lei nº13.105, o Código de Processo Civil, há pouco tempo, em 2015, e o próprio Código Civil, lei nº10.406, em 2002. Já em específico sobre bens culturais, no exemplo italiano, o *Codice dei beni culturali e del paesaggio* também foi elaborado após as discussões precedidas por Irti, no ano de 2004.

O viés interpretativo constitucional dos códigos de direito privado ao redor do mundo teve importante papel para a volta da valorização de tais sistemas normativos. O próprio Irti, vinte anos após a publicação de sua obra sobre a era da descodificação, afirmou que se tratava tão somente de um estudo descritivo, e não valorativo, acerca dos códigos, afirmando que “a hipótese da descodificação não toma partido entre os ‘valores’, não expressa uma preferência por um ou outro conteúdo legislativo” (IRTI, 1999, p. 9 *apud* LEONARDO, 2016). Ora, conforme dito por Amaral (2017, p. 217-218):

A codificação apresenta vantagens, como a de simplificar o sistema jurídico, facilitando o conhecimento e a realização do direito, permitindo ainda elaborar os princípios gerais do ordenamento que “servirão de base para adaptar o direito à complexidade da vida real”, o que explica o triunfo da codificação.

Ainda nesse sentido, Barros Júnior (1949, p. 2) também conclui que:

Demais inúmeras são as vantagens da codificação, pois que através dela se realiza um trabalho de apuração e um agrupamento metódico das normas, expungindo a legislação de erros, contradições e outros defeitos, ao mesmo tempo que se esclarecem melhor os conceitos e melhor se difunde o conhecimento das leis (...). É um passo no aperfeiçoamento científico; importa agrupamento racional e prático das normas jurídicas; através do reexame que propicia, permite retificações; estabelece mais

íntimo contato entre a legislação e o povo, pela maior vulgarização das normas; concorre, enfim, ao contrário do que pensava Savigny, para um real aperfeiçoamento jurídico e de civilização em geral, o que praticamente se verificou, p. ex., com as codificações de Justiniano e Napoleão.

Assim, ainda que não exista pacificação doutrinária, tendo em vista que a função, a abordagem e o propósito de uma codificação moderna são distintos daqueles dos primeiros Códigos liberais e considerando que tais diplomas seguem sendo elaborados e promulgados nas últimas décadas, tanto no Brasil quanto internacionalmente, é possível entender que a existência de Códigos jurídicos permanece como proveitosa, apesar das fragilidades e limitações desses modelos normativos. As codificações, em conjunto com o novo método interpretativo mais flexível e apoiado na Constituição, que permite uma aplicação e adaptação célere do direito positivado, torna obsoletas maior parte das críticas mencionadas, principalmente a da rigidez exacerbada, ponto central dos argumentos contrários. Resta discutir, portanto, se a esfera pública – ou, mais especificamente, o Direito Administrativo, ramo ao qual pertence a maioria das normas sobre Patrimônio Público e Bens Culturais – também possui tais vantagens acerca de tais instrumentos normativos.

2.2.1. Os Códigos Administrativos

Ainda que não exista, no Brasil, um código unificado do direito administrativo, ao contrário do que ocorre com outros ramos jurídicos, os debates doutrinários acerca do tema são recorrentes, existindo os que acreditam não haver qualquer vantagem em codificar a área administrativa, os que defendem uma codificação parcial e, por fim, os que sustentam que uma codificação não só seria possível, como também mais vantajoso e, portanto, recomendável (MEIRELLES, 2016, p. 50). Hoje, “em razão da autonomia legislativa reconhecida aos Entes federados, existem normas federais, estaduais, distritais e municipais sobre a matéria, o que demonstra a heterogeneidade e a pluralidade do Direito Administrativo brasileiro” (OLIVEIRA, 2017, p. 78) diante de uma pluralidade normativa. É nesse sentido de complexidade de normas que os autores contrários à unificação tecem suas críticas, a exemplo de Meucci que, a respeito, afirmou que “*senza dunque negare ‘a priori’ la possibilità, noi ci limitamo a costatare che il diritto amministrativo non ha ancora raggiunto quel grado di*

maturità e di svolgimento che è necessario per tentare una codificazione”⁹ (1909, p. 21 *apud* BARROS JÚNIOR, 1949, p. 3), demonstrando dúvidas à possibilidade concreta de tecer tal instrumento.

No entanto, segundo Barros Júnior (1949, P. 3) é devido a essa desordenação que a organização sistemática do direito administrativo é necessária. Compartilha esse ponto de vista Hely Lopes Meirelles (2016, p. 50), a qual afirma que:

As leis esparsas tornam-se de difícil conhecimento e obtenção pelos interessados, sobre não permitirem uma visão panorâmica do Direito a que pertencem. Só o código remove esses inconvenientes da legislação fragmentária, pela aproximação e coordenação dos textos que se interligam para a formação do sistema jurídico adotado. Certo é que o código representa o último estágio da condensação do Direito, sendo precedido, geralmente, de coletâneas e consolidações das leis pertinentes à matéria.

Desse modo, por mais que a esfera administrativa ainda possua as dificuldades inerentes a uma mobilidade normativa relativamente maior do que a de outras áreas, não se pode afirmar que ele é, ao todo, um Direito instável (BARROS JÚNIOR, 1949, p. 4), tornando possível a elaboração do sistema normativo estudado. Afinal, apesar disso tudo, o Brasil possui códigos que tratam parcialmente de matéria administrativa, como o Código de Trânsito, o Código Florestal, o Código das Águas, das Minas, da Caça, das Telecomunicações, dentre outros anteriormente mencionados.

Além disso, a interpretação normativa dos últimos anos vem adquirindo caráter intrínseco de constitucionalidade, conforme já visto, com aplicação de princípios gerais voltados ao atendimento do interesse público, de modo a gerar uma jurisprudência ampla e flexível – cenário que seria, por certo, compartilhado pela realidade dos códigos administrativos. É nesse raciocínio que Lorenzetti (2004, p. 301 *apud* LÔBO, 2018, p. 28) defende que “um código atual deveria ser um catálogo de princípios e regras gerais, as quais permitam raciocinar juridicamente, mas não deveria conter regras especiais, que são mais adequadas nas leis especiais setoriais”.

Ora, internacionalmente, é possível evidenciar nações que possuem um Código administrativo unificado, ainda que de matéria processual, como Portugal¹⁰ e Itália¹¹. Enquanto isso, dentro do contexto brasileiro, já existem Leis com características de códigos administrativos parciais, como o Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934) e o Código da

⁹ Sem negar “a priori” a possibilidade, limitamo-nos a afirmar que o direito administrativo ainda não atingiu o grau de maturidade e desenvolvimento necessário para tentar (formular) uma codificação. (MEUCCI, 1909, tradução nossa).

¹⁰ O Código Administrativo de Portugal foi posto em vigor pelo Decreto-lei 27.424, de 31 de dezembro de 1936, e atualizado por determinação do Decreto-lei 42.536, de 28 de setembro de 1959.

¹¹ O *Codice del processo amministrativo* foi posto em vigor pelo Decreto-legislativo n. 104 de 02 de julho de 2010

Mineração (Decreto nº 9.406/20180. Observa-se, diante desses precedentes nacionais e internacionais, que há possibilidade processual, legislativa e fática para a elaboração de um Código dos Bens Culturais e do Patrimônio Público, temas pertencentes majoritariamente ao âmbito administrativo, ainda que com alguns aspectos provenientes da esfera privada. Não há um texto unificado no Brasil que aborde essa matéria em generalidade e com pretensa exclusividade, como faria uma codificação. Necessário observar, porém, que:

Esta unificação temática, contudo, haveria de: a) separar os mecanismos distintos em partes próprias (tombamento, registro, inventário); b) proceder a uma atualização das normas recepcionados da primeira e começo da segunda metade do século XX (Decreto-Lei nº 25/37, Decreto-Lei nº 3.866/41, Lei nº 3.924/61 etc.; e c) escolher entre as espécies normativas, por envolver ressalvas a direitos, a mais adequada, sugerindo-se a lei ordinária do artigo 59, III, da Constituição da República de 1988. (COSTA, 2008, p. 4-5)

Passa-se, portanto, para uma análise jurídica e metodológica de exemplos internacionais de sucesso na matéria de codificações de proteção ao patrimônio público e aos bens culturais. A Itália é um paradigma nesse sentido não só por ter sido um dos primeiros países a dedicar-se para a proteção do patrimônio cultural, mas também por ser uma referência legislativa global e possuir, hoje, uma coleção de bens histórico-artístico-culturais extensa, bem preservada e com bons proveitos socioeconômicos. Além de possuir um código específico sobre o tema, é um país com exemplos de legislações internas que já inspiraram outras normas brasileiras, como, o Código Civil de 2002¹², amplamente baseado na codificação civil italiana. Resta necessário evidenciar, de todo modo, se o diploma legal do *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio* foi uma escolha legislativa eficaz em seu país e como poderia ser possível a sua aplicação no Direito do Brasil.

¹² O Código Civil foi posto em vigor pela Lei ordinária nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

3 OS CÓDIGOS DE BENS CULTURAIS NO DIREITO COMPARADO

Cada nação possui um desenvolvimento histórico próprio, com influências e acontecimentos específicos. Como consequência, os costumes, a arte e a cultura de cada uma delas possui particularidades, ainda que pertencentes a um contexto geral, com influências de antecessores e de países vizinhos. Nesse contexto, a cultura jurídica também é formulada de maneira diversa em cada local: a existência de regras distintas em todo o globo implica em uma multiplicidade de maneiras de solucionar conflitos. Segundo Gambaro (2008, p. 1-2):

L'analisi delle differenze tra le tante soluzioni forma oggetto di una scienza, ossia di un sapere criticamente vagliato. Questa scienza si è sviluppata solo quando sono maturate alcune circostanze favorevoli. Fino ad una certa epoca, infatti, il giurista studiava un modello giuridico dato, da lui stesso giudicato come ottimo (come l'unico ottimo, ad esempio, perché suggerito o garantito da Dio); così avveniva, nel continente europeo, con il diritto comune, e così avviene, nel mondo islâmico, con la sharia; e questa premessa non consigliava di sospingere la propria attenzione su altri modelli, sebbene si sapesse che essi esistevano. Solo con il XX secolo si è preso a riconoscere che i vari sistemi positivi sono essenzialmente diversi e tuttavia pienamente legittimi, e allora è sorto l'interesse a constatarne e misurarne le affinità e le divergenze¹³.

Esse estudo das semelhanças e diferenças de diferentes sistemas positivos desenvolveu-se como o estudo do Direito Comparado, o qual, segundo Watson (1995, p. 1), configura um método ou técnica de estudo e pesquisa jurídica, consistindo em “*the investigation of legal rules and procedures not of one system in isolation but in harness with the examination of the equivalent rules and procedures in at least one other system*”¹⁴ (WATSON, 1995, p. 2). Significa, desse modo, analisar o conjunto de normas de nações diferentes acerca de uma temática específica, tendo elas a mesma natureza ou não. Sendo assim, permite um estudo epistemológico, capaz não apenas de determinar eventuais discontinuidades entre regras e aplicação prática dentro de um ordenamento interno, mas também de constatar qual modelo jurídico melhor lida com um dado tema (GAMBARRO *et al*, 2008, p. 3).

¹³ A análise das diferenças entre as várias soluções é tema científico, isto é, um conhecimento avaliado criticamente. Essa ciência só se desenvolveu com o amadurecimento de certas circunstâncias favoráveis. Até certo período, de fato, o jurista estudava apenas um dado modelo jurídico, que ele próprio julgou excelente (como o único excelente, por exemplo, porque é sugerido ou garantido por Deus); assim aconteceu, no continente europeu, com o direito comum (o *common law*), e assim aconteceu, no mundo islâmico, com a sharia; e, com essa premissa, não se recomendava direcionar a atenção para outros modelos que não o pátrio, embora fosse sabido que existiam. Somente no século XX começou o reconhecimento de que os vários sistemas positivos são essencialmente diferentes e, ainda assim, totalmente legítimos, e então surgiu o interesse em averiguar e medir suas semelhanças e divergências (GAMBARO *et al*. 2008. Tradução nossa).

¹⁴ Uma investigação de regras e procedimentos legais não de um sistema isolado, mas em conjunto com o exame de regras e procedimentos equivalentes em pelo menos mais um sistema diverso (WATSON, 1995. Tradução nossa).

Watson divide essa área de estudo em três. Segundo o autor, existe o Direito Comparado Descritivo, a História do Direito Comparada e a Legislação Comparada propriamente dita. O primeiro seria meramente uma espécie de inventário das regras passadas e presentes, listando-as sem valores críticos. Já o segundo possui um caráter etimológico, ligado à sociologia e à filosofia do Direito, e determina, ao estabelecer uma história universal e geral da matéria, a sequência de fenômenos sociais que levam à evolução das instituições jurídicas. Por fim, por meio da Legislação ou Jurisprudência Comparada, abordagem de maior eficácia dentre as mencionadas para solução prática de debates doutrinários, é possível não apenas estabelecer uma base das atuais realidades jurídicas nacionais, mas também despertar uma consciência jurídica internacional coerente e efetiva, que consiga dialogar entre si e facilitar a resolução de problemas comuns (WATSON, 1995, p. 3).

É, assim, com base nessa última abordagem, que se pode analisar com eficiência as questões envolvendo o Direito entre países, sejam eles similares ou não. No entanto, as demais áreas de estudo também possuem importância na matéria. Não há como estabelecer um diálogo entre Brasil e Itália sem levar em consideração as raízes comuns dentre suas culturas jurídicas: trata-se do sistema de *civil law*, da família romano-germânica, oriundo de uma época na qual a Europa não possuía unidade política, emergente diante das lacunas existentes nas estruturas administrativas nacionais, nos países que foram influenciados pelas leis romanas (GAMBARRO *et al*, 2008, p. 181). O termo é a tradução inglesa para *jus civile*, nome dado ao conjunto de normas do final do Império Romano, codificadas por Justiniano, de 529 a 534 d.C. (MONATERI, 2015, p. 1) Consolidou-se com o ensinamento do Código Justiniano em Bolonha e, como consequência, nas demais Universidades europeias, concomitante com o “*bisogno di disciplinare i rapporti umani secondo regole e procedure prestabilite e non in base ai meri rapporti di forza*”¹⁵ (GAMBARRO *et al*, 2008, p. 182-183).

Ao contrário do que ocorrera nos países de *common law*, os países de *civil law* contavam com menos autonomia do poder judiciário, pautando-se em um viés predominantemente positivista, possibilitando, inclusive, o surgimento das codificações iluministas séculos depois e a emblemática Era das Codificações. É devido a isso que, hoje, os países de tradição romano-germânica possuem em maioria princípios sólidos e regras determinadas comumente organizados em legislação positivada, em códigos ou não. Segundo Pejovic (2001, p. 09):

Civil law is largely classified and structured and contains a great number of general rules and principles, often lacking details. One of the basic characteristics of the civil

¹⁵ Necessidade de disciplinar as relações humanas de acordo com regras e procedimentos pré-estabelecidos, e não com base em meras relações de poder. (GAMBARO *et al*. 2008. Tradução nossa).

*law is that the courts main task is to apply and interpret the law contained in a code, or a statute to case facts. The assumption is that the code regulates all cases that could occur in practice, and when certain cases are not regulated by the code, the courts should apply some of the general principles used to fill the gaps.*¹⁶

Nítida, portanto, a importância da aplicação das codificações nos países de *civil law* como os de estudo. Analisa-se de maneira direta, a legislação da Itália e do Brasil, países cujas construções e estruturas são similares, porém que não necessariamente possuem as mesmas abordagens e para temáticas que têm em comum – é notável, de fato, como chegam a ser diferentes os detalhes legais entre dois sistemas historicamente relacionados de maneira próxima (WATSON, 1995, p. 21). Por meio do Direito Comparado que é possível concluir se os exemplos internacionais seriam ou não alternativas benéficas diante da possibilidade de implantação também na legislação nacional. Segundo Dutra (2018, p. 78), tal processo de influência e transferência de normas aplicadas em outros países é conhecido na teoria do Direito Comparado como o estudo dos *legal transplants*, ou transplantes jurídicos.

3.1 TRANSPLANTES JURÍDICOS

Segundo Watson (2006, *apud* VALDERRAMA, 2018, p. 264), os transplantes jurídicos podem ser definidos como o movimento de uma norma, instituição, conceito legal ou estruturas jurídicas entre países. Se trata não apenas de um mecanismo amplamente aplicado, como também é devido a ele que os sistemas jurídicos ocidentais modernos possuem raízes comuns – ou o *civil law* romano ou o *common law* inglês. Foi aplicado ainda mesmo na antiguidade, vide disposições normativas comuns nas Leis de Eshnunna (cerca de século 18 a.C.) e no Código de Hamurábi (o qual data o início do século 17 a.C.), conforme disposto por Watson¹⁷ (1995, p. 22-23). Hoje, o tema foi estudado por grandes teóricos, como Savigny e o próprio Alan Watson, previamente citado. Segundo Dutra (2018, p. 80):

¹⁶ O *civil law* é amplamente classificado e estruturado e contém um grande número de regras e princípios gerais, muitas vezes na falta de detalhes. Uma das características básicas do *civil law* é que a principal tarefa dos tribunais é aplicar e interpretar a lei contida em um código, ou um estatuto para os *case facts*. O pressuposto é que o código regula todos os casos que podem ocorrer na prática e, quando certos casos não são regulados por ele, os tribunais devem aplicar alguns dos princípios gerais usados para preencher as lacunas (PEJOVIC, 2001. Tradução nossa).

¹⁷ Watson (1995, p.22-23) traz uma das previsões das Leis de Eshnunna, a qual é de que “*if a man's ox (was) a gorer and the ward (authorities) have had made known to him that (it was) a gorer, but he did not screen its horns, (or) did not tie up his ox and that ox gored a son of a man and causes him to die, he shall give 1/2 a mina of silver*”, enquanto o Código de Hamurábi traz que “*if an ox (was) a gorer and the ward (authorities) have had it made known to it's owner, but he did not guard his ox and it gored a man and causes him to die, the owner of the ox shall weight out 2/3 of a mina of silver. if it gored a slave and caused him to die, he shall weight out 14 shekels of silver*”. Ambos os dispositivos antigos possuem, dessa maneira, semelhanças intrínsecas tanto em estruturação quanto em substância.

A posição de Savigny, que sustentava uma “conexão orgânica” entre a formação da lei local e o caráter do povo que a formula, questiona Walton, não levava em consideração o surgimento de uma classe de juristas profissionais que, por sua vez, atuariam no sentido de entenderem como é possível a incorporação de novas normativas que são exteriores a esta sociedade para aprimorar seu próprio sistema. Para isso, é necessário, portanto, ocorrer o deslocamento dessas normativas do sistema jurídico “doador” a fim de serem incorporadas a um sistema jurídico “receptor”.

Ultrapassado o raciocínio de Savigny, vê-se que essa dinâmica relativa ao estudo hodierno dos transplantes jurídicos descrita por Watson trata-se não mais que, conforme exposto por Graziadei (2015, p. 443 *apud* DUTRA, 2018, p. 81), de “uma metáfora que pretende expressar a gradual difusão de um Direito, ou o processo de difusão de um Direito, que leva à alteração de um determinado ordenamento jurídico através da apropriação de ideias estrangeiras” (DUTRA, 2018, p. 81). Pode, ademais, ser conceituada por Perju (2012, p. 1305), o qual afirma que:

*The study of legal transplants in comparative law aims to understand how the complex dynamic of cross-jurisdictional legal transfers brings legal systems into contact and eventually causes them to change. For most of the twentieth century, comparative legal studies focused almost exclusively on rules of private law. Constitutional norms, and public law generally, were perceived as too enmeshed with politics to allow for the same rigorous and systematic treatment that could be applied to the study of contract or property law*¹⁸.

Ou seja, ainda que os transplantes jurídicos estejam presentes na história do Direito desde a antiguidade, sempre houve uma predominância de sua aplicação na esfera privada. Tal visão, no entanto, já é ultrapassada, principalmente com o amplo uso moderno dos transplantes constitucionais – não só pela ideia de serem documentos legais escritos, e não só declarações ou institutos orais, que se espalhou pela maioria dos países, mas também pela importação de conceitos-chaves como o controle judicial, o princípio da separação dos poderes e a existência de direitos humanos positivados nacionalmente, e não apenas em tratados internacionais sem maior poder coercitivo (PERJU, 2012, p. 1305).

Alguns dos fatores importantes para tal foram o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), o qual dispõe que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”¹⁹, e os *Federalist Papers* nº 47 e 48 dos Estados Unidos da América de 1788

¹⁸ O estudo dos transplantes jurídicos no direito comparado visa compreender como a complexa dinâmica das transferências jurídicas coloca os sistemas em contato e, eventualmente, os faz mudar. Durante a maior parte do século XX, os estudos de Direito Comparado focaram quase que exclusivamente nas normas de direito privado. As normas constitucionais, e o direito público em geral, foram percebidos como envolvidos demais com a política para permitir o mesmo tratamento rigoroso e sistemático que poderia ser aplicado ao estudo do direito contratual ou de propriedade. (PERJU, 2012. Tradução nossa)

¹⁹ O texto da Declaração pode ser visualizado, em português, em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da->

(ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1788), segundo os quais haveria uma distribuição de poderes dentre Partes diferentes e que estes não poderiam estar tão distantes um dos outros ao ponto de não possuir qualquer controle constitucional entre si – questão primordial para o controle judicial. Tanto é que, conforme visto na plataforma online *The Constitute Project* (2020), essas determinações não estão previstas apenas em constituições europeias, como na Parte II da Constituição Italiana, a qual trata sobre toda a organização da república e da repartição, mas também estão previstas em textos de países orientais e de antigas colônias, a exemplo do próprio Brasil, no art. 2º de seu texto constitucional²⁰, ainda no título dos princípios fundamentais.

Hoje, para que leis e sistemas sejam transplantados, há a necessidade de alguns pré-requisitos, conforme defendido por Valderrama (2018, p. 265-266): autoridade, prestígio e imposição, mudança e necessidade, expectativa de eficácia da norma, incentivo político e econômico internacional. O primeiro fator ocorre quando não há legislação pátria sobre o tema, de modo a serem os subordinados – juízes e juristas – os responsáveis ideais para a elaboração de leis. Tanto que é comum, em embates judiciais que se encontram diante de lacunas jurídicas, que eles possam utilizar posicionamento de tribunais internacionais e outras soluções estrangeiras (DUTRA, 2018, p. 83). Esses, no entanto, não possuem poder para a criação empírica de normas, precisando justificar seus argumentos diante da efetividade de leis análogas no exterior, aprovadas por autoridade competente, fundamentando suas posições jurídicas para o poder competente a fim de que este, sim, elabore a legislação pertinente (WATSON, 1974 *apud* VALDERRAMA, 2018, p. 265). Aplicam, desse modo, uma lei aprovada pelas autoridades de uma nação que, por si só, já possui autoridade suficiente para influenciar a legislação internacional.

O prestígio e a imposição se dão ou por meio do *hard power* ou do *soft power*, isto é, ou por meio da aplicação forçada da lei por uma nação que controla uma outra, a exemplo da extensão da lei alemã até a Áustria no período da Segunda Guerra Mundial (DUTRA, 2018, p. 84), ou então devido à influência e ao respaldo internacional de uma determinada legislação. Assim, essa imitação se daria “*because of the desire to appropriate the work of others. The*

Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em 01 set. 2020.

²⁰ Segundo o art. 2º da Constituição Federal de 1988, “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

*desire arises because this work has a quality one can only describe as prestige*²¹” (SACCO, 1991, p. 398 *apud* VALDERRAMA, 2018, p. 265).

É nesse sentido que as “similaridades culturais, sociais e econômicas são cruciais para fomentar um ambiente que privilegie o empréstimo de um formato desenvolvido pelo direito estrangeiro em detrimento da formulação de um novo formato local” (DUTRA, 2018, p. 83) – afinal, o sucesso das normas externas, motivo de seu prestígio, só pode ser vislumbrado na situação nacional em análise caso o contexto sociocultural seja suficientemente similar para que consiga mimetizar os resultados, de modo que esses não saiam do controle dos aplicadores do direito e atinjam resultados inexistentes no país de origem. Tal questão é especialmente delicada no que se diz respeito às normas de direito público. Pelo seu caráter de maior influência pelo meio político, as leis da esfera pública vêm de realidades sociais e culturais distintas e particulares (DUTRA, 2018, p. 86), de modo a necessitar não apenas de uma similaridade etnológica entre as nações, mas também de uma readaptação das normas após serem implantadas.

Em seguida, o critério da necessidade significa que os transplantes jurídicos só chegam a serem realizados diante de uma determinada insuficiência legislativa específica naquele país, e não apenas por escolha arbitrária, sendo um exemplo as normas que países os quais almejam entrar na União Europeia precisam adotar antes de fazê-lo, seja por ausência total da lei seja por incompatibilidade. A teoria da expectativa de eficácia da norma, por outro lado, segue que:

*The way in which a formal legal order incubated in Europe was transplanted into other countries was a far more important predictor of the effectiveness of legal institutions than the association of that transplant with any particular legal family... The quality of transplantation process counted far more than the content of the transplant effect.*²² (WALSH, 2010, p. 10 *apud* VALDERRAMA, 2018, p. 267)

Ou seja, além da expectativa de que a norma transplantada seja eficaz no novo ordenamento, essa, por si só, não basta: é necessário que o processo de transplante seja feito de forma adequada, sob pena de comprometimento no plano da efetividade. Ainda existe, por fim, o critério do incentivo político e econômico internacional, também intrinsecamente relacionado ao *soft power*, e com hipótese desenvolvida por Schauer (2000, p. 2). De acordo com o autor:

Nevertheless, recalling the special political and social situation that legal systems have, as symbols as much as anything else, is a useful preface to the idea I wish to put

²¹ Por causa do desejo de se apropriar do trabalho de terceiros. O desejo surge porque este trabalho tem uma qualidade que só se pode descrever como prestígio. (SACCO, 1991. Tradução nossa)

²² A maneira como uma ordem legal formal criada na Europa foi transplantada para outros países foi um indicador muito mais importante da eficácia das instituições jurídicas do que a associação desse transplante com qualquer família legal em particular... A qualidade do processo de transplante contou muito mais do que conteúdo do efeito do transplante. (WALSH, 2010. Tradução nossa)

*forward here. And that idea is that the transnational and cross-border spread of law and legal ideas is not, as it may be for scientific, technical, and economic ideas, largely a matter of the power and value of the ideas themselves, but may instead be substantially dependent, both on the supply side and on the demand side, on political and symbolic factors that may have more explanatory power in determining how law migrates than do factors that relate to the intrinsic or instrumental value of the migrating law itself.*²³

Significa, assim, ser imprescindível atentar-se para as questões extrajurídicas que estejam relacionadas ao processo do transplante jurídico. Preenchidos tais critérios, a utilização desse método para a importação de normas ou de sistemas normativos não é nada menos que lógica e, até mesmo, natural. São, afinal, conforme disposto por Dutra (2018, p. 90), “fatos da realidade jurídica, que trazem consigo importantes premissas e consequências que não podem deixar de serem objetos de exame do comparatista”. É nesse diapasão que, dentro do estudo do direito comparado, é possível perceber diversas situações nas quais dois termos legais idênticos possuam diferentes significados, ou então que dois termos distintos possuam os mesmos resultados jurídicos (PEJOVIC, 2001, p. 7). Afinal, após implantadas, as normas devem ser adaptadas àquela realidade específica do país receptor, podendo ser, inclusive, parcialmente desconstruídas e reconstruídas.

No mais, Dutra (2018, p. 87), ao concluir que “o estudo da transferência de normas ou doutrinas legais nos auxiliam fundamentalmente à uma melhor compreensão da formulação e da mutação do sistema jurídico analisado pelo pesquisador”, frisa que existe uma necessidade de análise macro, e, simultaneamente, rigorosa. Sendo assim, é dentro desses moldes que se dará o estudo sobre a funcionalidade do *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio* italiano não só em sua realidade nacional, mas também diante da aplicação de seus termos no contexto brasileiro.

3.2 ANÁLISE DA VIABILIDADE DO MODELO DO *CODICE DEI BENI CULTURALI E DEL PAESAGGIO* ITALIANO

Na América Latina, nenhum país desenvolveu um código de proteção aos bens culturais. O continente europeu, ao contrário, possui diversos exemplos de proteções

²³ No entanto, relembrar a situação política e social especial que os sistemas jurídicos possuem, tanto como símbolos quanto qualquer outra coisa, é um prefácio útil para a ideia que desejo apresentar aqui. E essa ideia é que a difusão transnacional e transfronteiriça do direito e das ideias jurídicas não é, como pode ser para as ideias científicas, técnicas e econômicas, em grande parte uma questão de poder e valor das próprias ideias, mas pode ser substancialmente dependente, tanto do lado da oferta quanto do lado da demanda, de fatores políticos e simbólicos que podem ter mais poder explicativo na determinação de como a lei migra do que os fatores relacionados ao valor intrínseco ou instrumental da própria lei de migração. (SCHAUER, 2000. Tradução nossa)

específicas e unificadas acerca dos bens culturais e do patrimônio público, seja por meio de codificações, existentes na Itália e na França, seja por meio de leis especiais, como em Portugal (por meio do Decreto-Lei nº 4/2015) e na Espanha (que possui a Lei nº 16 de 25 de junho de 1985). Esse número de regulações vem, no entanto, aumentando nas últimas décadas, levando em consideração que a propriedade cultural e o patrimônio público possuem relevância econômica e política ascendente no cenário internacional, com consequente aumento de sua dimensão global e relação intrínseca com a globalização (CASINI, 2011, p. 370). Os objetivos para essa busca por proteção nacional e internacional, segundo Lorenzo Casini (2011, p. 375), é que:

Cultural property, therefore, affects several public interests. There is, of course, the interest in the physical preservation of these objects, which is perhaps the oldest one. (...) There is the interest in controlling the circulation and the trade of these objects, which is also related to the interest in keeping them within the national borders or in having them returned²⁴.

Surge daí um dos principais fundamentos relativos à necessidade desse debate dentro do território pátrio e, sob a égide dos benefícios dos transplantes jurídicos, da análise de exemplos de sucesso no âmbito internacional.

3.2.1. Análise histórica e principiológica da proteção do patrimônio cultural italiano

Um dos motivos pelos quais a Itália pode ser considerada uma nação paradigma na proteção do patrimônio público é devido à sua extensa história jurídica sobre a matéria. Conforme afirma Casini (2011, p. 374-375), “*since the early 1900s, in fact, Italian laws have built sophisticated legal mechanisms for protecting the cultural heritage, such as administrative proceedings aimed at recognizing the value of cultural property and controlling its use²⁵*”. Afinal, as primeiras medidas administrativas adotadas no território italiano datam ainda o período anterior à unificação da Itália, durante os *Stati preunitari*, foram adotadas pela Igreja, com o quirógrafo do papa Pio VII em 1802, o qual trazia noções relativas à utilização públicas dos bens e proibição de exportação de antiguidades, fossem elas públicas fossem privadas (FERRETTI, 2016, p. 5).

²⁴ A propriedade cultural, portanto, afeta diversos interesses públicos. Existe, claro, o interesse na preservação física desses objetos, que talvez seja o mais antigo (...). Há o interesse em controlar a circulação e o comércio desses objetos, que também está relacionado ao interesse em mantê-los dentro das fronteiras nacionais ou em sua devolução. (Tradução nossa. CASINI, 2011, p.375)

²⁵ Desde o início dos anos 1900, de fato, as leis italianas criaram mecanismos jurídicos sofisticados para proteger o patrimônio cultural, como procedimentos administrativos destinados a reconhecer o valor da propriedade cultural e controlar seu uso. (Tradução nossa. CASINI, 2011, p.374-375)

Apenas em 1820, no entanto, que foi elaborado o paradigma para os demais estados pré-unificação, com o *editto*²⁶ do Cardeal Pacca, a partir do qual “*si segnalano per l’intuizione di temi che troveranno in seguito particolare diffusione nel settore della tutela dei beni culturali, come ad esempio la distinzione operata tra la c.d. irripetibilità artistica dell’opera e il suo valore di testimonianza storica*”²⁷ (CICERONI *apud* FERRETTI, 2016, p. 5). Difundiu, portanto, a temática pelo restante do território, como na Toscana, em Piemonte e em Lombardo-Veneto. Posteriormente, após a unificação italiana:

*Il primo apparato amministrativo statale che si occupò del settore delle antichità e delle belle arti, a livello centrale, fu la Direzione generale degli scavi e dei monumenti, inserita dal 1875 nel Ministero dell’istruzione pubblica, ed in seguito mutata nella denominazione, che divenne Direzione generale delle antichità e delle belle arti a cui si affiancò nel 1916 la Direzione Generale per le Accademie e biblioteche e per la diffusione della cultura.*²⁸ (FERRETTI, 2016, p. 6)

Foi apenas no período pós-guerra, com o advento da Constituição de 1947, que a tutela do patrimônio cultural atingiu a máxima normatividade, estando prevista em seu artigo 9º²⁹ e, portanto, tornando-se um dos princípios fundamentais constitucionais (FERRETTI, 2016, p. 9), ao lado de diversas normas esparsas criadas durante as décadas seguintes. A tentativa de uma primeira unificação legislativa se deu com o Decreto Legislativo nº490 de 29 de outubro de 1999, o qual tratava tanto dos bens culturais quanto dos bens paisagísticos e ambientais. Esta, entretanto, não atingiu ao seu objetivo de diminuir a formulação de normas esparsas sobre a tutela do patrimônio público – pelo contrário, múltiplos provimentos legislativos foram adotados até o ano de 2004 (FERRETTI, 2016, p. 10). Afinal:

*L’esigenza di sistemazione della materia del patrimonio culturale, culminata nell’adozione del Testo Unico, há fatto sì che il legislatore prendesse coscienza delle lacune e dei “vuoti” esistenti. Conseguentemente ne è scaturito un impegno legislativo tuttora in atto. D’altra parte, esigenze riconducibili all’adeguamento del sistema alle riforme costituzionali, nonché a nuove forme di gestione ed investimento hanno contribuito pesantemente alla necessità di rinnovare l’ordinamento giuridico in materia de beni culturali.*³⁰ (FERRETTI, 2016, p. 10)

²⁶ Ordinanza emanata da un'autorità, specialmente nell'antica Roma. Del console

²⁷ Destacam-se pela intuição de temas que posteriormente serão difundidos no setor da proteção do patrimônio cultural, a exemplo da distinção feita entre a irrepetibilidade artística da obra e seu valor como testemunho histórico. (Tradução nossa. CICERONI *apud* FERRETTI, 2016, p.5)

²⁸ O primeiro aparelho administrativo estatal que tratou do setor das antiguidades e artes plásticas, em nível central, foi a Direção Geral de Escavações e Monumentos, inserida a partir de 1875 no Ministério da Educação Pública, e posteriormente alterada de nome, que passou a ser Direção Geral de Antiguidades e Belas Artes, a qual se juntou em 1916 à Direção Geral de Academias e Bibliotecas e de Difusão da Cultura. (Tradução nossa. FERRETTI, 2016, p.6)

²⁹ Segundo o art. 9º da Constituição italiana, “*la Repubblica promove lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e técnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*”.

³⁰ A necessidade de sistematização da matéria de patrimônio cultural, a qual resultou na adoção do *Texto Unico*, fez com que o legislador tomasse consciência das lacunas e dos “vazios” existentes. Consequentemente, um compromisso legislativo ainda em vigor surgiu. Por outro lado, as necessidades de adaptação do sistema às reformas constitucionais, bem como às novas formas de gestão e investimento, têm contribuído fortemente para

Nesse sentido, a própria unificação normativa foi etapa imprescindível para a consciência jurídica das próprias falhas sistemáticas dentro da legislação acerca de tutela do patrimônio cultural. Apenas a partir dela foram perceptíveis as lacunas jurídicas existentes, com consequente proliferação de novas normas cuja finalidade era não apenas preencher tais omissões, como também adequar o sistema normativo de proteção aos bens culturais à nova realidade constitucional, após mais de meio século de reformas e evolução hermenêutica. É a partir desse diapasão que, anos depois, para reestruturar a legislação e consolidar novos institutos sobre o tema, foi promulgado o Decreto Legislativo nº42 de 22 de janeiro de 2004, o *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, paradigma em matéria de proteção específica ao Patrimônio público e aos bens culturais.

Ressalta-se, ademais, que tal Código não é a única legislação italiana sobre a temática – desde então, foram aprovadas diversas outras normas, por exemplo o Decreto Legislativo nº 64 de 30 de abril de 2010 que trata de disposições relativas a espetáculos e outras atividades culturais. Justifica-se tal fato na mutabilidade social, em especial no que diz respeito a campos artísticos e culturalísticos, e na necessidade que o Direito possui de acompanhá-los. É visível, no entanto, que a existência de uma legislação unificada é importante não só para a homogeneização de conceitos base, como também para o reconhecimento de lacunas normativas que virão a ser, posteriormente, sanadas por novas leis e decretos correlatos, além de pelos entendimento jurisprudenciais, imprescindíveis, inclusive, para a manutenção de códigos. Ferretti (2016, p. 44) também justifica e defende a escolha de um Código como instrumento adequado para a regulamentação do tema, no sentido de que:

L'adozione della forma del Codice in luogo di quella della riforma del Testo Unico risponde ad esigenze di aggiornamento delle norme del settore, non più adeguate a regolare i fenomeni propri della tutela del patrimonio culturale e paesaggistico. Parte della dottrina ha sostenuto che questa scelta è risultata indispensabile perchè, a differenza del quadro normativo esistente prima dell'entrata in vigore del D.Lgs 490/1999, nel 2002 era ormai intervenuta la riforma del titolo V della Costituzione, che aveva avuto come conseguenza la necessità di operare un indispensabile adeguamento normativo. In particolare, la determinazione dei principi fondamentali diretti a governare nuove funzioni come quella della valorizzazione. Al riguardo, la codificazione di tale funziona risponde ad esigenze di certezza soggettiva in merito all'esercizio della relativa potestà normativa³¹.

a necessidade de renovação do ordenamento jurídico na matéria de patrimônio cultural. (Tradução nossa. FERRETTI, 2016, p.10)

³¹ A adoção da forma do Código em substituição à da reforma do *Testo Unico* responde à necessidade de atualização da regulamentação do setor, que não é mais adequada para regular os fenômenos de proteção do patrimônio cultural e paisagístico. Parte da doutrina argumentou que esta escolha era indispensável porque, ao contrário do quadro regulamentar existente antes da entrada em vigor do Decreto Legislativo 490/1999, em 2002 já havia ocorrido a reforma do Título V da Constituição, que tinha como consequência a necessidade de fazer um ajuste regulatório. Em particular, a determinação dos princípios fundamentais que visam reger novas funções

O início do Código estudado é marcado por princípios gerais acerca do tema, presentes nos seis incisos de seu primeiro artigo.³² Tais disposições de abertura derivam diretamente do artigo 9º da Constituição italiana, o qual determina que a República deverá promover o desenvolvimento cultural, técnico e científico da Itália, além de tutelar o patrimônio histórico-artístico e natural-paisagístico da nação. Existe, assim, um Código que propicia uma especificação maior da diretriz geral constitucional, com foco principal na tutela, valorização e usufruto público dos bens objetos de proteção.

Importante ter em vista que existe uma necessidade de atenção ao “fenômeno cultural”, conceituado por Famiglietti e Pignatelli (2018, p. 5) como complexo e intenso não só por estar diante do vasto patrimônio nacional de bens de valor artístico, mas também por causa do desafio de garantia e desenvolvimento das atividades criativas em um contexto pluralístico. Eles são os objetivos principais da tutela do patrimônio cultural, sendo a conservação e proteção o principal e o usufruto o secundário, consequência do primeiro, a partir da preservação da memória nacional. É nesse sentido que todos os princípios gerais versam sobre esses fatores. Afinal, “*ne discende che l'intervento culturale non solo è costituzionalmente doveroso mas altresì auspicabile, a sostegno dell'effettivo pluralismo tra i diversi portatori di cultura*”³³ (FAMIGLIETTI *et al*, 2018, p. 7) e, para sua devida aplicação, deve ser feita uma busca pelo equilíbrio entre as competências de vários níveis institucionais, possível apenas por meio de uma aplicação desses incisos, que atribui responsabilidade a entes federativos e particulares.

Além disso, para cumprimento dos princípios, o próprio Código estabelece importantes noções conceituais acerca do patrimônio cultural. Já em seu artigo 2º, o texto o divide em duas espécies: primeiro os bens culturais, aos quais atribui um critério real de coisas móveis e imóveis e um critério de interesse intrínseco, seja ele artístico, histórico, arqueológico,

como a de valorização. Neste sentido, a codificação de tal assunto responde à necessidade de certeza subjetiva quanto ao exercício do poder regulador relativo. (Tradução nossa. FERRETTI, 2016, p.44)

³² Segundo o Código, *ipsis litteris*, tais normas do Artigo 1º são: “1. *In attuazione dell'articolo 9 della Costituzione, la Repubblica tutela e valorizza il patrimonio culturale in coerenza con le attribuzioni di cui all'articolo 117 della Costituzione e secondo le disposizioni del presente codice*; 2. *La tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura*; 3. *Lo Stato, le regioni, le città metropolitane, le province e i comuni assicurano e sostengono la conservazione del patrimonio culturale e ne favoriscono la pubblica fruizione e la valorizzazione*; 4. *Gli altri soggetti pubblici, nello svolgimento della loro attività, assicurano la conservazione e la pubblica fruizione del loro patrimonio culturale*; 5. *I privati proprietari, possessori o detentori di beni appartenenti al patrimonio culturale sono tenuti a garantirne la conservazione*” e “6. *Le attività concernenti la conservazione, la fruizione e la valorizzazione del patrimonio culturale indicate ai commi 3, 4 e 5 sono svolte in conformità alla normativa di tutela*”.

³³ Entende-se que a intervenção cultural não é apenas constitucionalmente obrigatória, mas também desejável, em apoio ao efetivo pluralismo entre os diferentes portadores de cultura. (Tradução nossa. FAMIGLIETTI *et al*, 2018)

etnoantropológico, arquivístico e bibliográfico; e em seguida os bens paisagísticos, os imóveis e as áreas às quais é reconhecido um valor histórico-cultural, natural e estético do território.

Há por fim um elemento teleológico a respeito do usufruto desse patrimônio pela coletividade (FAMIGLIETTI *et al*, 2018, p. 15-16), tendo como barreira a própria noção de tutela dos bens, que, por vezes, vai de encontro ao seu uso público, a exemplo no que diz respeito à sua conservação. Conforme disposto por Camelli (2004, p. 73 *apud* FAMIGLIETTI *et al*, 2018, p. 16), “*la valutazione di compatibilità tra le esigenze della fruizione, da un lato, e quelle dell’istituizione e di tutela dall’altro, anche se la discrezionalità di cui gode l’amministrazione è in parte limitata dalle norme del Codice dedicate alla fruizione dei beni culturali*”³⁴. Denota que, mesmo com a existência de uma legislação específica italiana, ainda existe dificuldade prática de solucionar essa dicotomia, de como permitir o pleno usufruto social do bem e, simultaneamente, evitar que danos ocorram a ele.

No mais, a definição concreta do que é patrimônio cultural no contexto italiano ajuda a determinar uma maior clareza a um conceito complexo e há muito estudado e debatido, servindo como ponto de partida para outros princípios comuns futuros que serão identificados no processo de interpretação (CAMELLI, 2004, p. 34 *apud* FAMIGLIETTI *et al*, 2018, p. 18) e posteriormente na elaboração de novas normas. Além disso, também evita confusões conceituais, considerando o quão comum são as confusões entre o termo “patrimônio cultural” *sui generis* e o “patrimônio histórico-artístico” específico, ou até mesmo com o termo “bens culturais”. São confusões de considerável gravidade, tendo em vista que um conceito inclui o outro, e que os próprios bens culturais possuem distinções e especificidades intrínsecos e distintos entre si (CAVALLO, 1988, p. 111 *apud* FAMIGLIETTI *et al*, 2018, p. 22), perpassando por questões de pluralidade, variação e até mesmo de extrajuridicidade, além de poderem ser tanto materiais quanto imateriais, conforme será posteriormente especificado.

Devido a isso, existe necessidade de avaliação e qualificação prévia pelo do legislador para que esses bens “*possano integrare una determinata fattispecie ed essere, quindi, considerabili beni culturali*”³⁵ (FAMIGLIETTI *et al*, 2018, p. 22) e permitir que seja realizada sua tutela específica, como o exemplo dos bens culturais de interesse religioso, com proteção prevista no art. 9º do Código italiano. Por fim, essa conceptualização também

³⁴ A avaliação da compatibilidade entre as necessidades de utilização, de um lado, e as das instituições de tutela, do outro, mesmo com o poder discricionário da administração, ainda é parcialmente limitada pelas regras do Código dedicado à utilização de bens culturais (Tradução nossa. CAMELLI, 2004, p.73 *apud* FAMIGLIETTI *et al*, 2018, p.16)

³⁵ Possam integrar uma espécie específica e, portanto, serem considerados bens culturais. (Tradução nossa. FAMIGLIETTI *et al*, 2018, p.22)

beneficia os bens paisagísticos, em especial no ponto de vista sistemático, evitando que sejam enquadrados em matérias gerais de tutela do meio ambiente ou da política urbana (LEONE *et al*, 2006, *apud* FAMIGLIETTI *et al*, 2018, p. 25). Importante, de todo modo, determinar qual o conceito jurídico de tutela para a legislação italiana antes de destrinchar seus dispositivos e sua própria efetividade. Segundo Cavallaro (2018):

La tutela è definita come il complesso delle attività e funzioni "dirette, sulla base di un'adeguata attività conoscitiva, ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione" (art. 3, cod. bb.cc.): il cuore della nozione rimane caratterizzato dalla volontà di assicurare la protezione e la conservazione dei beni culturali, ma se ne esplicitano i presupposti, che consistono nella necessaria individuazione e conoscenza dei beni culturali, e le finalità, che si traducono nella garanzia di una fruizione collettiva del bene, già evidenziata da Giannini come funzione intrinseca del bene culturale, che ne giustifica la sottrazione al regime di proprietà privata³⁶.

A tutela desse patrimônio, segundo Famiglietti (2018, P. 31), é sustentada por alguns conceitos-chave do artigo 3º, como conhecimento, proteção, conservação, valorização e fruição. Trata-se de uma linha temporal lógica: a princípio, é preciso conhecer e categorizar devidamente os bens, a fim de se ter uma noção precisa de suas necessidades, para só assim protegê-lo e conservá-lo (isto é, impedir sua degradação) e, assim, ao valorizá-lo, atingir sua função final, que é a fruição pública. A fim de garantir o exercício unitário, ou seja, que todas as etapas da tutela sejam atingidas, são atribuídas funções não apenas ao Estado, mas também às regiões e a outros entes públicos territoriais. Nesse sentido:

*Nonostante il Codice abbia riproposto la scelta già effettuata dalla l. 59/1997 di assegnare la funzione amministrativa in materia di tutela allo Stato centrale, sono state avanzate critiche alla luce di una possibile interpretazione costituzionale. L'attuale art. 118 Cost. ha, infatti, superato il precedente 'principio del parallelismo' in base al quale Stato e regioni esercitavano le funzioni amministrative nelle medesime materie in cui avevano competenza legislativa, assegnando adesso, in prima battuta e prescindendo dalla materia, le funzioni amministrative ai comuni, con l'eccezione però di quelle che necessitano di un esercizio unitario alle quali la legge ha assegnato un livello differente. Vi è, quindi, chi ritiene che, in virtù dei principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione, il legislatore avrebbe dovuto individuare un'istituzione più vicina ai cittadini, che garantisca anche meglio un esercizio efficiente ed efficace delle funzioni, mentre allo stato attuale sono state poste le condizioni per un ritorno (parziale) al principio del parallelismo (PASTORI, a cura di Cammelli, 2004, p. 81ss)³⁷ (FAMIGLIETTI *et al*, 2018, p. 38).*

³⁶ A tutela é definida como o conjunto de atividades e funções "dirigidas, com base em uma atividade cognitiva adequada, para identificar os bens que constituem o patrimônio cultural e para garantir a sua proteção e conservação para fins de uso público" (art. 3º do Código de Bens Culturais e Paisagísticos.): o cerne desse conceito continua caracterizado pelo fim de garantir a proteção e conservação dos bens culturais. São explicitados pela lei os pressupostos, os quais consistem na necessária identificação e conhecimento dos bens culturais, e a finalidade, que resulta na garantia de um uso coletivo do bem, já destacado por Giannini como função intrínseca do bem cultural, o que justifica seu afastamento do regime de propriedade privada. (Tradução nossa. CAVALLARO, 2018)

³⁷ Apesar de o Código ter reproposto a escolha já feita pela Lei 59/1997 para atribuir a função administrativa ao Estado Central em matéria de tutela, foram feitas críticas à luz de uma possível interpretação constitucional. O atual artigo 118 da Constituição superou, de fato, o anterior "princípio do paralelismo", com base no qual o

Ou seja, a função de tutela é principalmente uma obrigação do Estado, realizada por meio do Ministério específico, porém possuindo funções e prerrogativas que podem ser delegadas às regiões e aos municípios, devendo estes cooperarem com o Ministério estatal. Afinal, conforme previsto no Código em seu artigo 7º, §1º, “*il Ministero, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali perseguono il coordinamento, l’armonizzazione e l’integrazione delle attività di valorizzazione dei beni pubblici*”³⁸ (ITALIA, 2004), especificando o princípio constitucional italiano da Colaboração Leal entre os entes federativos.

3.2.2. Tratamento dos Bens Culturais

Em seguida, o *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio* aprofunda as questões relativas em específico aos Bens Culturais, desde seu objeto até sua tutela, conservação e circulação. O título específico se inicia com um maior detalhamento do objeto e do conceito de bens culturais perante o ordenamento italiano – são determinadas categorias como os bens pertencentes aos entes públicos, às pessoas jurídicas privadas sem fins lucrativos, às entidades religiosas e aos entes privados. Além disso, especifica que existem bens cuja importância cultural tem natureza extralegal, independentemente de procedimentos formais, como coleções de museus e de bibliotecas públicas, enquanto determinados bens, em maioria os de natureza privada, só serão abrangidos pelo Código se munidos de uma *dichiarazione*, ou declaração, processo considerado análogo ao tombamento presente na legislação brasileira segundo Cunha Filho (2020, p. 63). Ademais, exclui obras contemporâneas e de autores vivos, com o objetivo de evitar limitações na comercialização e atingir a esfera do direito do autor (FAMIGLIETTI *et al*, 2018, p. 81).

Os artigos 10 a 12 citam, de maneira exemplificativa, tipologias de coisas protegidas e verificadas como de interesse cultural geral, verificação que “*si qualifica come una nuova modalità di individuazione dei beni aventi interesse culturale e genericamente*

Estado e as regiões exerciam funções administrativas nas mesmas matérias em que tinham competência legislativa, atribuindo agora, em primeira instância e independentemente do assunto, funções administrativas a Municípios, com exceção, porém, daqueles que exigem um exercício unitário, aos quais a lei atribuiu um nível diverso. Há, portanto, quem considere que, em virtude dos princípios da subsidiariedade, da adequação e da diferenciação, o legislador deveria ter identificado uma instituição mais próxima dos cidadãos, o que também melhor garantiria um exercício eficiente e eficaz das funções, enquanto no modo atual foram estabelecidas as condições para um retorno (parcial) ao princípio do paralelismo (PASTORI, editado por Cammelli, 2004, p.81ss). (Tradução nossa, FAMIGLIETTI *et al*, 2018, p.38).

³⁸ O Ministério, as regiões e outros entes públicos locais buscam a coordenação, harmonização e integração das atividades de valorização do patrimônio público. (Tradução nossa, ITÁLIA, 2004)

appartenenti a soggetti pubblici o a persone giuridiche senza fine di lucro”³⁹ (FAMIGLIETTI, 2018, p. 88). É o que Ferretti (2016, p. 70) denomina como *res culturale*. Importante mencionar que essa pormenorização, por mais que seja, a princípio, extensa, é de grande valor para a aplicação das demais normas relativas aos bens culturais. Afinal, trata-se de uma matéria complexa e, sobretudo, ampla, com árduos debates tanto doutrinários quanto judiciais e interpretativos. O trabalho legislativo permite, desse modo, que esses debates sejam em grande parte superados, surgindo apenas diante de questões pontuais e atípicas, e que o aparato estatal possa se debruçar em outras questões relativas à tutela do patrimônio que não seu objeto de incidência. A existência do instituto da *dichiarazione* por interesse cultural prevista nos artigos 13 a 17 é uma excelente forma de estender a tutela estatal para coisas de propriedade privada, as quais podem possuir importância coletiva, e catalogá-las.

As medidas de proteção e conservação dos bens culturais também são uma temática bastante discutida e especificada dentro do código devido à sua relevância, etapas basilares para atingir a finalidade de seu pleno usufruto. Por exemplo, o *Capo* se inicia com as intervenções proibidas e as intervenções sujeitas a autorização. Respectivamente, são proibidas a destruição, a deterioração, o dano, o uso não compatível com o caráter histórico artístico, a prejudicação da conservação e o desmembramento de documentos. Enquanto isso, estariam sujeitos a autorização do Ministério a remoção ou demolição de parte do respectivo bem, sua mudança de local, a divisão de uma coleção ou série e a transferência a outras pessoas jurídicas de documentações públicas ou de arquivos privados com interesse declarado (FERRETTI, 2016, p. 146-148).

No segundo caso, de necessidade de assentimento ministerial, o procedimento necessário também está previsto no código, em seus artigos 22 a 25, além de disposições sobre a questão ambiental e sobre medidas preventivas nos artigos 26 e 27. Desse modo, as normas relativas às proibições legais e às suas respectivas sanções, que serão posteriormente abordadas, estão em locais próximos na legislação italiana, em conjunto com o procedimento jurídico-administrativo adequado para a regularidade dos atos relativos ao tema.

A noção de conservação, por outro lado, é distinta da de proteção. Segundo Famiglietti (*et al*, 2018, p. 32), esta se refere à garantia da integridade enquanto aquela diz respeito à não dispersão material ou jurídica, estando presente dentre os dispositivos 29 e 44 do código. Conforme Ferretti (2016, p. 159), a conservação é resultado de “*un andamento ‘progressivo’ che, partendo dalla prevenzione, analizza poi la manutenzione e finisce per*

³⁹ Qualifica-se como uma nova forma de identificar bens de interesse cultural e genericamente pertencentes a entidades públicas ou pessoas coletivas sem fins lucrativos. (Tradução nossa. FAMIGLIETTI, 2018, p.88)

*individuare nel restauro, il momento eventuale finale, diretto al mantenimento dell'integrità materiale della res culturale*⁴⁰. Ou, ainda:

*Quanto alle attività ascritte alla conservazione, va, in questa sede, semplicemente rilevato come esse di caratterizzino, rispetto a quelle di protezione, per l'essere accomunate da una finalità di salvaguardia del bene da una sorta di fisiologico deterioramento, legato al depetimento del sostrado materiale di cui de res culturali sono costituite.*⁴¹ (SCIULLO, 2011, p. 69 apud FERRETTI, 2016, p. 189)

Desse modo, a conservação visa manter o bem em boas condições, a fim de continuar atingindo sua finalidade de usufruto público. Retoma, assim, alguns conceitos já abordados pelo próprio Decreto Legislativo, ainda que não se confundindo com eles. Nesse diapasão, com a finalidade de atingir uma conservação efetiva, são determinadas colaborações com Universidades e institutos científicos de pesquisa, além de indicações relativas à formação profissional do setor, dando exclusividade de intervenção que vise a conservação a profissionais capacitados da respectiva área (FERRETTI, 2016, p. 161). Ainda:

*L'attuale formulazione dell'art. 182, nella parte che riguarda direttamente la figura del restauratore di beni culturali, si articola in commi che individuano le diverse fattispecie soggettive che possono essere ascritte, transitoriamente, a quella matrice. In particolare, vengono indicati i requisiti necessari per conseguire la qualifica di restauratore di beni culturali, per via diretta o previo superamento di una prova di idoneità, riportati dalla precedente regolamentazione e conformati all'obiettivo di equiparare il più possibile la formazione conseguita nelle scuole statali e regionali di pari livello, assicurando il possesso effettivo delle abilità e capacità necessarie allo svolgimento di questa attività professionale.*⁴² (BOTTIGLIERI, apud FERRETTI, 2016, p. 162-163)

As medidas de conservação elencada são várias, sendo a principal delas o restauro dos bens, mas perpassando também por mecanismos como comodato e custódia coercitiva, e atingem não apenas o Estado, mas também as regiões, as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, os proprietários individuais e qualquer ente institucional que possua a obrigação de preservar seus próprios documentos, arquivos históricos ou obras que se

⁴⁰ Uma tendência 'progressiva' que, partindo da prevenção, analisa a manutenção e acaba na restauração, o momento final, voltado para a manutenção da integridade material do *res culturale*. (Tradução nossa. FERRETTI, 2016, p.159)

⁴¹ Quanto às atividades atribuídas à conservação, importa mencionar aqui como elas se caracterizam, em especial no que diz respeito às de proteção, as quais são unidas por um propósito de salvaguardar o bem da deterioração física, ligada ao esgotamento do substrato material que constitui o *res culturale*. (Tradução nossa. SCIULLO, 2011, p.69 apud FERRETTI, 2016, p.189)

⁴² A redação atual do art. 182, na parte que diz respeito diretamente à figura do restaurador do patrimônio cultural, divide-se em parágrafos que identificam os diversos casos subjetivos aos quais podem ser atribuídos, temporariamente. Em particular, são indicados os requisitos necessários à obtenção da qualificação de restaurador de patrimônio cultural, diretamente ou após aprovação num teste de aptidão, reportados pelo regulamento anterior e em conformidade com o objetivo de equiparar, tanto quanto possível, a formação obtida nas escolas estatais e regionais que possuam o mesmo nível, garantindo que os profissionais tenham efetivamente as competências e aptidões necessárias ao exercício desta atividade profissional. (Tradução nossa. BOTTIGLIERI, apud FERRETTI, 2016, p. 162-163)

enquadrem nos artigos 10 a 17 do Código. A importância dada às figuras profissionais especializadas também é de grande importância não apenas da valorização do especialista, mas também do próprio bem cultural ao diminuir os riscos de danos, cumprindo, em outra ótica, o dever de proteção. Há, por fim, a previsão de algumas outras formas de proteção, em especial a tutela indireta, faculdade administrativa de determinar distâncias, medidas e outras regras diretas evitando o perigo à integridade do bem cultural imóvel.

Outrossim, tem-se que a tutela das coisas, móveis ou imóveis, classificadas legalmente como bens culturais não diz respeito somente à sua proteção e conservação, mas também a aspectos relativos à sua circulação e comercialização, seja ela em âmbito nacional – isto é, entre regiões, *comuni* (municípios) e outros entes governamentais italianos – seja na esfera internacional, com países da União Europeia ou fora desta. O tratamento é, em maioria, dado a bens dominicais, mas atinge todos os bens culturais do ordenamento italiano, inclusive aqueles pertencentes a entes privados e classificados como de interesse público mediante *dichiarazione*. Não atinge, no entanto, a transmissão de obras de arte entre particulares, por exemplo, tendo em vista que se trata de uma matéria essencialmente do direito privado, protegida pelo Código Civil. Nessa própria legislação civil há a disposição de que existe:

*Un diverso status giuridico per quei beni pubblici, di interesse culturale, che appartengono allo Stato, alle regioni ed agli altri enti territoriali e che si traduce nella loro demanialità. Tale condizione, ai sensi dell'art.823 del codice civile, produce l'inalienabilità degli stessi e l'impossibilità di esse oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano.*⁴³
(FERRETTI, 2016, p. 175)

Esse entendimento é reproduzido no art.53 do *Codice dei Beni Culturali*, trazendo o conceito de *demanio culturale*, ou propriedade cultural, aos bens culturais pertencentes ao Estado, às regiões e a outros entes públicos territoriais, com o requisito adicional de sua inalienabilidade e, mais importante, com a existência de uma inalienabilidade relativa. Tal tratamento consiste em uma novidade do Código vigente e surgiu diante do exemplo da legislação prévia, segundo a qual existia apenas a inalienabilidade absoluta do *demanio culturale*, o que, além de não consistir no melhor regime para esses bens específicos, trouxe dificuldade para a aplicação de soluções a casos excepcionais e, no fim, impedir que o objetivo final de fruição fosse atingido. Ademais, propiciou um surgimento exacerbado de legislação

⁴³ Um *status* jurídico diferente para aqueles bens públicos, de interesse cultural, que pertencem ao Estado, às regiões e a outros órgãos territoriais e que se traduzem no seu patrimônio estatal. Tais condições, nos termos do artigo 823 do Código Civil, significam a inalienabilidade destes e a impossibilidade de serem sujeitos a direitos a favor de terceiros, salvo nas formas e nos limites que lhes sejam fixados pelas leis que lhes disserem respeito. (Tradução nossa. FERRETTI, 2016, p.175)

paralela sobre a temática, a fim de facilitar a administração desses bens, de maneira dificilmente coordenável (FAMIGLIETTI *et al*, 2018, p. 345).

Desse modo, a lei vigente trouxe tipos diferentes de inalienabilidade, desde a absoluta até a temporária e cautelar, e a possibilidade de alienação nacional do *demanio culturale* mediante autorização ministerial. Foi viabilizado, portanto, por meio da codificação específica, detalhada e completa, o fim das leis especiais esparsas e a diminuição da controvérsia judicial sobre o tema. Ademais, ainda na circulação nacional, outro instituto trazido pelo código é o da prelação artística, que teve como novidade a elaboração de pressupostos subjetivos e objetivos para tal, e se distingue de qualquer outro tipo de prelação prevista no ordenamento italiano:

*La giurisprudenza ha osservato che la c.d. prelazione artistica di differenza dalla prelazione legale, in quanto costituisce tipica espressione di potestà autoritativa a carattere ablatorio, poiché l'amministrazione non acquista la proprietà del bene culturale attraverso il rapporto negoziale sotteso, subentrando alla regolamentazione giuridica posta in essere col contratto, bensì attraverso un provvedimento amministrativo a contenuto sostanzialmente espropriativo, come tale idoneo a degradare le posizioni soggettive a meri interessi legittimi,⁴⁴ (PALUMBO *apud* FERRETTI, 2016, p. 185)*

Já para a circulação em âmbito internacional, a legislação específica dedica mais dispositivos e mecanismos específicos, perpassando pela parte principiológica, pela saída dos bens do território nacional e entrada no internacional, pelo envio dentro da União Europeia (expedição), pela restituição de bens enviados ilegalmente a outro estado-membro da UE e pela proibição de circulação ilícita de bens culturais *latu sensu*, a qualquer nação (exportação). Esse controle possui o fim de preservar a integridade de todos os componentes do patrimônio cultural, além de identificá-los com base nas normas do Código (FERRETTI, 2016, p. 193), principalmente considerando que esses objetos constituem interesse nacional, segundo o artigo 64-bis. Um exemplo dessa proteção é nas disposições sobre saída temporária de bens culturais do território italiano – o parágrafo sexto do artigo 67 prevê uma espécie de seguro da parte interessada sobre o bem cultural exportado em questão.

Acerca dos bens culturais, por fim, o Código dedica mais dispositivos para especificar o tratamento acerca da fruição e da valorização desses, já mencionados nos *capi* I e II. Segundo Bartolini (2013, *apud* FAMIGLIETTI *et al*, 2018, p. 695), se entende por

⁴⁴ A jurisprudência observou que a assim denominada prelação artística difere da prelação jurídica, pois é uma expressão típica do poder autoritário de natureza ablatória, uma vez que a administração não adquire a propriedade do bem cultural através da relação de negociação subjacente, em substituição à regulamentação legal instituída pelo contrato, mas através de uma provisão administrativa com conteúdo substancialmente expropriativo, adequada para degradar posições subjetivas a meros interesses legítimos. (Tradução nossa. PALUMBO *apud* FERRETTI, 2016, p.185)

valorização, desde a década de 1990, as atividades administrativas que visam a tutela, conservação e promoção desses bens. Segundo a doutrina da época, é apenas a partir da valorização que há uma possibilidade de gestão do patrimônio cultural com um viés empreendedor, podendo atrair recursos financeiros que podem ser usados diretamente na usabilidade e na própria fruição do bem (CAVALLARO, 2018).

A própria codificação italiana, em seu artigo nº 111, define como sendo a “*costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti, ovvero nella messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie o strumentali*”⁴⁵ (ITÁLIA, 2004), e tendo como objetivo a concretização do artigo 6º⁴⁶ do mesmo Decreto Legislativo. A fruição, por outro lado, apesar de intimamente ligada com o conceito anterior, consiste nas atividades dos entes governamentais que facilitam o conhecimento e o uso do bem coletivo em geral (FAMIGLIETTI, 2018, p. 695), sendo assim o objetivo final da valorização e das outras medidas de tutela tratadas pela legislação específica.

Um primeiro conceito relevante trazido e disciplinado pelo texto é o de *luoghi di cultura*, ou lugares de cultura. Seriam eles: museus, que consistem em estruturas permanentes que compram, catalogam, conservam, organizam e expõem bens culturais com finalidade educativa; as bibliotecas, definidas como uma estruturas permanentes que recolhem, catalogam e conservam livros e materiais editados ou publicados e permitem que sejam consultados pelo público, com finalidade de leitura e estudo; os arquivos, quais sejam, estruturas permanentes que recolhem, inventariam e conservam documentos originais que detenham interesse histórico, também assegurando que estes possam ser consultados; as áreas arqueológicas, locais com vestígios fósseis ou de estruturas pré-históricas; os parques arqueológicos consistem em um espaço com importantes evidências arqueológicas e com valores históricos, paisagísticos ou ambientais e, diferentemente das áreas arqueológicas, possui seu conceito intimamente ligado ao conceito de museus, tendo em vista que possui a mesma finalidade educativa e o objetivo de levar os bens lá localizados ao conhecimento da sociedade; e, por fim, os complexos monumentais, que seriam uma área com variadas construções de épocas diferentes mas que,

⁴⁵ Estabelecimento e organização estável de recursos, estruturas ou redes, ou no fornecimento de habilidades técnicas ou recursos financeiros ou instrumentais. (Tradução nossa, ITÁLIA, 2004)

⁴⁶ O artigo 6º do *Codice* italiano já foi abordado e dispõe, *ipsis litteris*: 1. *La valorizzazione consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso. Essa comprende anche la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale. 2. La valorizzazione e' attuata in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze. 3. La Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale.*

com o passar do tempo, adquiriram valores históricos, artísticos e etnoantropológicos autônomos (FERRETTI, 2016, p. 227-228).

Consistem em institutos universais que, na legislação italiana, possuem uma série de regulações, especialmente por causa do conflito muitas vezes verificado entre fruição e conservação – conforme mencionado, apesar do usufruto ser o fim principal de todo o patrimônio cultural, por vezes essa utilização resulta em danos ao bem e, para evitá-los, algumas restrições foram legalmente adotadas. Uma dessas restrições é a possibilidade de onerosidade de ingresso em todos esses locais, com exceção das bibliotecas e dos arquivos. Além desses locais, de maioria de cunho público, também há a previsão de fruição dos bens culturais de propriedade privada, a exemplo daqueles formalmente declarados como de interesse público, juntamente com disposições acerca do uso dos bens culturais, sendo este de caráter essencialmente individual, e abrange, por exemplo, a reprodução desses objetos e os royalties de concessão, nos artigos 107 e 108.

Sobre a valorização, Famiglietti (2018, p. 745) defende que as disposições dos artigos 111 a 121 não têm como resolver a complexidade do tema, mas apenas de afunilar sua extensão, delimitada com os princípios previstos no primeiro dispositivo sobre a matéria. É diante desses princípios, e da noção de que os sujeitos responsáveis pela valorização são tantos os entes públicos (que pode estar prevista seja explícita seja implicitamente na legislação) quando os privados (por meio de atividade considerada socialmente útil e com finalidade de solidariedade social), que o *Codice dei Beni Culturali* estabelece diretrizes de gestão. Acerca dos bens culturais pertencentes à esfera administrativa, Ferretti (2016, p. 242) determina que:

Ai sensi del secondo comma dell'art. 111, la valorizzazione potrà essere ad iniziativa pubblica o privata. L'affermazione acquista rilievo nella misura in cui ribadisce che la valorizzazione non è un compito esclusivamente riservato ai soggetti pubblici. Il comma successivo, il terzo, indica quali siano le caratteristiche che debba possedere l'attività di valorizzazione ad iniziativa pubblica, che dovrà conformarsi ai principi (di derivazione comunitaria) di libertà di partecipazione, pluralità dei soggetti, continuità di esercizio, parità di trattamento, economicità e trasparenza della gestione.⁴⁷

Já sobre os bens de propriedade privada, estes também seriam “*più un'occasione per poter disciplinare legislativamente le misure di sostegno pubblico alle iniziative private*”

⁴⁷ Nos termos do parágrafo segundo do art. 111, a valorização pode ser pública ou privada. A afirmação adquire importância na medida em que reafirma que a valorização não é tarefa reservada exclusivamente aos entes públicos. O próximo parágrafo, o terceiro, indica quais são as características que deve possuir a atividade de valorização de iniciativa pública, as quais devem obedecer aos princípios (derivados do comunitário) de liberdade de participação, pluralidade de sujeitos, continuidade de atuação, igualdade de tratamento, economia e transparência na gestão. (Tradução nossa. FERRETTI, 2016, p.242)

*riguardanti tali attività che non invece il vero oggetto di cui alla rubrica dell'articolo 113*⁴⁸ (PIPERATA, *apud* FERRETTI, 2016, p. 244), e não normas específicas com disposições diretas. Afinal, conforme afirma Ferretti (2016, p. 244), o ente privado ainda possui um certo nível de individualização sobre como procederá para valorização do seu, ainda que declarado de interesse coletivo. É a função da gestão pública que o Código tratará de forma mais objetiva e específica, dividindo-a, por exemplo, em gestão direta, a qual pode atuar como consorte pública, e gestão indireta, por meio de concessões a terceiros de atividades de valorização (FERRETTI, 2016, p. 245).

Qualquer seja o cenário, no entanto, as indicações gerais de sua valorização enquanto bem cultural estão, indubitavelmente, previstas no mesmo instituto normativo, dentro do mesmo *capo* – ou seja, a falta de um controle específico sobre o tema dentro do Código não constitui um empecilho, mas o contrário. Tal como a inalienabilidade dos bens dominicais, conceito flexibilizado com o Decreto Legislativo nº 42 de 2004, a existência de normas muito rígidas acaba diversas vezes por dificultar a aplicação jurisprudencial diante de temas complexos, principalmente diante de uma codificação, cujo procedimento de alteração é mais criterioso do que o de outras legislações.

3.2.3. Questão dos Bens Paisagísticos

Os *beni paesaggistici*, ou bens paisagísticos, consistem no segundo tipo que, juntamente com os bens culturais, formam o objeto do patrimônio cultural italiano. O *Codice* dedica ao tema um Título único, dividido em cinco *capi* sobre, respectivamente, as disposições gerais, a individuação dos bens paisagísticos, o planejamento paisagístico, o controle e gestão desses bens e disposições transitórias. A legislação específica inova em alguns aspectos o *Testo Unico* antecedente, especialmente por possuir influência da *Convenzione Europea del Paesaggio*, ou Convenção Europeia da Paisagem, de outubro de 2004, cujo objetivo principal era o de conferir obrigação aos poderes públicos de realizarem políticas públicas, fosse a nível nacional, local ou até mesmo internacional, de gestão, proteção e planejamento das paisagens europeias, trazendo disposições como o princípio da unicidade da paisagem, o qual prevê que os atos de tutela não devem jamais tratar de uma área específica do território, mas sim visar atingi-lo como um todo (FERRETTI, 2016, p. 264).

⁴⁸ Mais uma possibilidade de regular legalmente as medidas de apoio público às iniciativas privadas relativas a tais atividades, e não ao objeto real a que se refere o caput do artigo 113. (Tradução nossa. PIPERATA *apud* FERRETTI, 2016, p.244)

Apesar das novidades, muitas normas sobre o tema consistem em reproduções dos artigos presentes no *Testo Unico* – tanto é que o Código recebeu críticas doutrinárias por não apresentar, em seu texto original, uma solução unitária e conclusiva a algumas questões de matéria paisagística, além de ambiguidades e dificuldade sistemática. Ainda assim, no entanto, a partir da codificação torna-se possível a adoção de intervenções corretivas, integrativas e, por vezes, que proponham a reescrita de determinado dispositivo, a fim de atingir um ponto de equilíbrio entre os posicionamentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais (FAMIGLIETTI *et al*, 2018, p. 899).

O artigo 134 do Código, por exemplo não só reproduz o conteúdo do artigo 138 do precedente *Testo Unico* ao indicar quais são os bens paisagísticos protegidos pela lei, mas também traz novidades: além dos já protegidos imóveis e áreas formalmente declaradas como de interesse público previstas no artigo 136 (a exemplo de locais com notável beleza natural ou memória histórica, ademais de vilas, jardins, parques e panorâmicas distintos por sua beleza, que têm seu procedimento de *dichiarazione* previstos nos artigos 138 e 139) e áreas de interesse paisagístico tuteladas pelo parágrafo 1º do artigo 142 do mesmo título⁴⁹, o dispositivo supramencionado fala também dos imóveis e áreas protegidos pelo planejamento paisagístico, matéria do *capo* III deste Código (FERRETTI, 2016, p. 268-269), amplitude temática esta que não existia na vigência do ordenamento anterior.

Este planejamento paisagístico, pela definição de Ferretti (2016, p. 275), seria aquele “*complesso di tutela e valorizzazione che ha quali strumenti i piani paesaggistici 'puri' ovvero i piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici, entrambi accomunati dal primo comma sotto l'unitaria denominazione di piani paesaggistici*⁵⁰”, tratando . Para assegurar que este seja devidamente conhecido, protegido,

⁴⁹ Tal dispositivo determina como bens de interesse paisagístico os seguintes: “*a) i territori costieri compresi in una fascia della profondità di 300 metri dalla linea di battigia, anche per i terreni elevati sul mare; b) i territori contermini ai laghi compresi in una fascia della profondità di 300 metri dalla linea di battigia, anche per i territori elevati sui laghi; c) i fiumi, i torrenti, i corsi d'acqua iscritti negli elenchi previsti dal testo unico delle disposizioni di legge sulle acque ed impianti elettrici, approvato con regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, e le relative sponde o piedi degli argini per una fascia di 150 metri ciascuna; d) le montagne per la parte eccedente 1.600 metri sul livello del mare per la catena alpina e 1.200 metri sul livello del mare per la catena appenninica e per le isole; e) i ghiacciai e i circhi glaciali; f) i parchi e le riserve nazionali o regionali, nonche' i territori di protezione esterna dei parchi; g) i territori coperti da foreste e da boschi, ancorche' percorsi o danneggiati dal fuoco, e quelli sottoposti a vincolo di rimboschimento, come definiti dall'articolo 2, commi 2 e 6, del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 227; h) le aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici; i) le zone umide incluse nell'elenco previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 13 marzo 1976, n. 448; l) i vulcani; m) le zone di interesse archeologico individuate alla data di entrata in vigore del presente codice” (ITÁLIA, 2004).*

⁵⁰ Complexo de proteção e valorização que tem como ferramentas os planos paisagísticos 'puros' ou os planos urbano-territoriais com consideração específica dos valores da paisagem, ambos unidos pelo primeiro parágrafo sob a designação unificada de planos paisagísticos. (Tradução nossa. FERRETTI, 2016, p.275)

planejado e gerido, cabe tanto ao Estado quanto às regiões submeterem-se às normas específicas por meio da adoção dos *piani paesaggistici*, ou planos urbanístico-territoriais com consideração específica de valores paisagísticos, os quais possuem a função de reconhecer as peculiaridades daquela área a ser protegida, além de suas características paisagísticas (FERRETTI, 2016, p. 275). As previsões que são aludidas por esses planos seguem uma ordem particular, a qual consiste em:

a) alla conservazione degli elementi costitutivi e delle morfologie dei beni paesaggistici sottoposti a tutela, tenuto conto anche delle tipologia architettoniche, delle tecniche e dei materiali costruttivi, nonché delle esigenze di ripristino dei valori paesaggistici; b) alla riqualificazione delle aree compromesse o degradate; c) alla salvaguardia delle caratteristiche paesaggistiche degli altri ambiti territoriali, assicurando, al contempo, in minor consumo del territorio; d) alla individuazione delle linee di sviluppo urbanistico ed edilizio, in funzione della loro compatibilità con i diversi valori paesaggistici riconosciuti e tutelati, con particolare attenzione alla salvaguardia dei paesaggi rurali e dei siti inseriti nella lista del patrimonio mondiale dell'UNESCO⁵¹. (FERRETTI, 2016, p. 276)

Por fim, a codificação específica versa sobre o controle e a gestão desses bens e, dentro desse tema, a novidade legislativa mais relevante é a da unificação das normas gerais acerca da autorização administrativa em matéria de tutela de bens paisagísticos, prevista a partir do artigo 146 e que significa, em outros termos, o controle preventivo às atividades incidentes sobre imóveis e áreas de interesse público que constituem os bens paisagísticos, a fim de evitar que ocorram danos ao seu valor natural, estético, histórico ou cultural. Sendo assim, os proprietários desses bens estão proibidos não apenas de destruí-los, como também de modificá-los sem autorização do Estado. O advento do instituto da autorização no Código, segundo Ferreti (2015, p. 281), significa uma reorganização sistemática e racional de normas pré-existentes. Desse modo, torna-se possível que questões como a) quais são os sujeitos que podem requisitar uma autorização; b) qual a documentação necessária para tal; c) qual o procedimento padrão e d) quais as exceções a esse processo se encontram todas no mesmo texto normativo, de fácil alcance e compreensão.

3.2.4. Sanções Penais e Administrativas

⁵¹ a) à conservação dos elementos constituintes e morfológicos dos bens paisagísticos sujeitos a proteção, atendendo também às tipologias arquitetônicas, técnicas e de materiais de construção, bem como à necessidade de repor os valores paisagísticos; b) à requalificação de áreas comprometidas ou degradadas; c) à salvaguarda das características paisagísticas das demais áreas territoriais, garantindo, ao mesmo tempo, menor consumo do território; d) a identificação das linhas de desenvolvimento urbanístico e imobiliário, de acordo com a sua compatibilidade com os diferentes valores paisagísticos reconhecidos e tutelados, com particular atenção à proteção das paisagens rurais e dos locais incluídos na Lista do Patrimônio Mundial da UNESCO. (Tradução nossa. FERRETTI, 2016, p.276)

Finalmente, o Código dedica sua Parte IV às sanções penais e administrativas relativas ao tema de tutela do Patrimônio Cultural, abrangendo tanto os bens culturais quanto os bens paisagísticos. Tais dispositivos não tiveram grandes mudanças em relação às leis pré-unificação, especialmente devido ao fato de tal matéria não configurar objeto de delegação legislativa – segundo Ferretti (2016, p. 295), as únicas alterações em comparação com o antigo regime foram atualizações das normas auxiliares à aplicação de sanções, além da conversão das penas pecuniárias de lira para euro.

As sanções de natureza administrativa são seis e ocupam o Título I, sendo algumas previstas especificamente para a matéria da primeira parte do Código (qual seja, relativa aos bens culturais) e outras visando abordar a sua segunda parte (portanto, os bens paisagísticos). A primeira sanção é a *ordem de reintegração*, prevista no artigo 160, que prevê que, caso seja realizado um dano ao bem cultural seja danificado devido ao não cumprimento de uma obrigação de proteção e conservação, o Ministério exige ao responsável que pague os custos necessários para que o bem seja reintegrado à sua situação inicial. Caso essa reintegração não seja possível, o responsável deve indenizar o próprio Estado, ou com o valor completo da coisa ou então proporcionalmente ao dano. Já acerca da segunda sanção prevista, “*le stesse misure vengono applicate anche nel caso in cui, per effetto delle trasgressioni degli obblighi relativi alle concessioni di ricerca e sulla scoperta fortuita, venga cagionato un danno ai beni culturali ritrovati*”⁵² (FERRETTI, 2016, p. 296).

Já o artigo 163 trata da *perda de bens culturais*, de modo que, quando um bem não for mais rastreável ou saia do território nacional italiano em desacordo com as normas de circulação internacional, responsável também deverá pagar uma soma igual ao valor do objeto. O dispositivo seguinte pune com nulidade a *violação de atos jurídicos*. Já o artigo 165 configura a hipótese na qual hajam *violações das disposições em matéria de circulação internacional*, com multas de €77,50 a €465. Há também a *violação em matéria de afixação*, que diz respeito tanto aos bens culturais, no artigo 162, quanto aos bens paisagísticos, de acordo com o dispositivo 168, no sentido de proibir a colagem de cartazes ou outros meios publicitários nos objetos de tutela sem a devida autorização.

Por fim, o artigo 167, versando apenas sobre os bens da segunda parte do Código, trata de *pedido de restituição ou pagamento de indenização financeira*, análogo à ordem de integração supracitada, a qual tem como objeto especificamente os bens culturais, mas com

⁵² As mesmas medidas aplicam-se também no caso de, em consequência da transgressão das obrigações relativas às concessões de investigação e da descoberta fortuita, causar humilde dano ao patrimônio cultural encontrado. (Tradução nossa. FERRETTI, 2016, p.296)

algumas distinções e especificações – prevê, por exemplo, que a autoridade administrativa certifique-se da compatibilidade paisagística em alguns casos, como nas obras realizadas sem autorização ou no caso dessa ser equivocada, ou quando são utilizados materiais em desacordo com o previsto na autorização (FERRETTI, 2016, p. 299).

As sanções penais encerram o Código de bens culturais e paisagísticos italiano, prevendo punições, sejam com penas detentivas sejam com pecuniárias, para atos como a demolição, a remoção, a modificação e o restauro de obras declaradas como objeto de tutela da lei específica sem a autorização devida; a remoção de afrescos, grafites, brasões e outros ornamentos de edifícios mesmo que não declaradamente bens culturais; e a execução de trabalhos provisórios indispensáveis de caráter urgente para evitar danos, mas sem a devida comunicação imediata ao órgão responsável. Nesse sentido, segundo Ferretti (2016, p. 300):

Si deve intendere per demolizione sia la distruzione del bene quanto, per gli immobili, la scomposizione, totale o parziale, del bene cosicché la cosa perde la sua identità (PIOLETTI). Intuitivamente si comprende che la rimozione è lo spostamento del bene dal luogo dove è collocato, mentre per la modificazione si deve riferire a quelle ipotesi in cui la cosa perda qualche sua caratteristica originaria, assumendo un aspetto diverso o diversa consistenza⁵³.

Ademais, também são puníveis o uso ilícito, a exportação ilícita, a contrafação de obras de arte, a inobservância de medidas administrativas, e a realização de alterações, em geral, sem autorização devida. Nota-se, nesse raciocínio, que vários atos os quais descumpram dispositivos do Código possuem punição tanto na esfera administrativa quanto na penal, sem contar com outras sanções previstas em legislação diversa do Código em análise, como o tipo do dano, exposto no artigo 733 do Código Penal italiano. No entanto, mesmo que com poucas mudanças em relação a legislação anterior, a organização de penas administrativas e penais dentro do *Codice dei beni culturali e del paesaggio* não só facilitam seu estudo e aplicação, como também permitem uma interpretação geral, de acordo com os dispositivos das primeiras partes do instituto legal. Resta analisar, portanto, se todas as benesses aqui analisadas seriam também atingidas caso aplicadas dentro da legislação brasileira.

⁵³ A demolição deve ser entendida seja como a destruição dos bens, seja como, para os edifícios, sua degradação total ou parcial, até que haja perda de sua identidade (PIOLETTI). Intuitivamente entende-se que a retirada é o deslocamento do bem do local onde se originalmente encontra, enquanto a modificação se refere àquelas hipóteses nas quais a coisa perde algumas de suas características originais, assumindo outro aspecto ou outra consistência. (Tradução nossa. FERRETTI, 2016, p.300)

4 DESENVOLVIMENTO DE UM CÓDIGO DE BENS CULTURAIS BRASILEIRO E A REALIDADE DOS MECANISMOS PROTETIVOS ATUAIS

Conforme já visto, não existe uma legislação codificada específica que trate da tutela do Patrimônio Cultural no Brasil, o que não significa, no entanto, que inexistam normas que conceituem e protejam os objetos desse tema. O Decreto-Lei nº25 de 1937, em seu primeiro artigo, define que o patrimônio histórico e artístico consiste, nacionalmente, no “conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”. Tal definição jurídica, porém, não é apenas antiga – possui, afinal, quase um século desde sua promulgação –, como também insuficiente. Conforme defendido por Izabel Izidoro da Nóbrega (2020, p. 64), o debate sobre o que é o patrimônio cultural é amplo, complexo e, sobretudo, interdisciplinar – não se pode falar de patrimônio sem mencionar outras esferas do conhecimento, como a arte, a história, a antropologia e a economia. Afinal, “o Direito, isolado, não possui ferramentas para compreender esse universo” (PRAGMÁCIO, 2018, p. 31), possuindo a necessidade de, portanto, ser complementado por conceitos abordados em outras áreas.

Pelo viés da Economia, por exemplo, “o patrimônio cultural é um conjunto composto por diversos bens, tangíveis e não tangíveis, cuja base comum é a referência à história ou à arte, estando em incessante processo de transformação, formando-se pela relação entre a sociedade e sua história” (IZIDORO DA NÓBREGA, 2020, p. 65) e que possuem um valor econômico intrínseco potencial, atingido por meios como o turismo. Já para a sociologia, a noção patrimonial trata de uma construção social (BARRÈRE *et al*, 2005, *apud* BENHAMOU, 2018, p. 15) e teria como função primordial “*faire exister une entité collective, laquelle est toujours abstraite, en la rendant visible métaphoriquement par l’exposition des biens qu’elle aurait en commun*”⁵⁴ (PALISSE, 2006, p. 5 *apud* IZIDORO DA NÓBREGA, 2020, p. 66). Além disso, revela “a memória e identidade de uma coletividade, a atribuição de valor dado aos acontecimentos históricos e às práticas, manifestações e marcos culturais e memoriais” (UCHOA *et al*, 2019, p. 168), tendo, assim, uma finalidade de unir indivíduos distintos diante de um arcabouço histórico e cultural similar, formando uma identidade única.

Distinto dessa percepção sociológica, Gonçalves (2009, p. 26 *apud* PRAGMÁCIO, 2018, p. 34) entende que o patrimônio seria uma “categoria de pensamento, no sentido de poder

⁵⁴ Trazer à existência uma entidade coletiva, sempre abstrata, tornando-a metaforicamente visível por meio da exibição dos bens que ela tem em comum. (PALISSE, 2006, p. 5. Tradução nossa)

transitar analiticamente com ela por diversos mundos sociais e culturais”, ou seja, indo além de um elemento fixador de identidade nacional. Perpassa, ademais, por conceitos pertinentes ao campo das artes, tendo em vista que muitas obras pertencentes ao grupo do patrimônio cultural são bens artísticos ou arquitetônicos – tanto que, para a última, segundo Choay (2007, p. 10 *apud* IZIDORO DA NÓBREGA, 2020, p. 71), pode abarcar todas as categorias não apenas de edifícios, mas também todo um quarteirão, uma cidade ou até mesmo um conjunto de cidades. Por fim, a definição trazida por Soares (2009, p.11) é de que “o termo patrimônio cultural abriga todos os bens que tenham ou possam ter valor e interesse histórico, artístico, científico ou técnico para a sociedade brasileira como um todo ou para as comunidades de uma região, de um Estado federativo ou de um Município”.

Já quanto ao patrimônio imaterial, a definição é diversa por possuir pré-requisitos específicos distintos. Segundo Izidoro da Nóbrega (2020, p. 114), o primeiro deles consiste na presença de valores culturais de relevância nacional naquele determinado ato sociocultural, o segundo na vontade da comunidade na qual surgiu aquele costume e o terceiro, por fim, na transmissão intergeracional e na necessidade de continuidade histórica. Trata-se de fundamental especialmente indispensável, tanto que, segundo a autora:

Para registro pelo IPHAN e ingresso no patrimônio cultural brasileiro, é exigida uma continuidade desses processos sociais de, no mínimo, três gerações, ou 65 anos (FONSECA, 2018). Já para ingresso nas listas da UNESCO de patrimônio imaterial é essencial a continuidade por duas gerações (LIXINSKI, 2018). (IZIDORO DA NÓBREGA, 2020, p; 114)

Paralelamente, assim como essa multiplicidade de conceitos, a proteção do patrimônio cultural, além de ter igualmente passado por modificações ao longo do tempo, também é ampla, visando atingir todas as facetas existentes. Levada pela primeira vez à constituição pátria em 1934⁵⁵, pouco antes da ainda vigente Lei do Tombamento, supramencionada, hoje é expandida pelo *caput* do artigo 216 da Constituição Federal de 1988⁵⁶, que, apesar de não trazer um conceito concreto para o patrimônio cultural, traz elementos conceituais imprescindíveis para sua tutela jurídica (PORTES, 2019, p. 203), incluindo a defesa aos bens de natureza imaterial e aproximando-se especialmente da definição sociológica, sendo o patrimônio cultural os bens “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos

⁵⁵ “Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: [...] III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte”

⁵⁶ “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 [...]”

diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Ademais, tal dispositivo pode ser analisado pela seguinte ótica:

Askerud e Clément (1999) aduzem que a norma jurídica pode conceber os bens culturais por três métodos: o método de categoria, em que há uma descrição geral dos bens culturais; método de enumeração, em que existe uma descrição de cada tipo de bem cultural; e método de classificação, em que só há o bem cultural após a prolação de uma decisão administrativa, constitutiva do bem cultural.

Da leitura do artigo 216, percebe-se a opção do constituinte de 1988 pelo método de categoria, haja vista que, nos incisos desta norma constitucional, há uma descrição geral dos bens componentes do patrimônio cultural, sendo os incisos I e II dedicados aos bens componentes do patrimônio cultural imaterial ou intangível e os incisos III a V, aos bens culturais componentes do patrimônio cultural material ou tangível. (IZIDORO DA NÓBREGA, 2020, p. 107)

Dessa maneira, é possível entender que, além da norma constitucional não ser taxativa, tais preceitos consistem em determinações gerais, frisando a possibilidade de enquadramento de bens culturais de naturezas diferentes dentro deles e que não foram diretamente previstos pelo texto da Carta, abordando tanto bens materiais quanto bens imateriais. Essa consiste em outra divisão que pode ser feita na leitura do dispositivo 216 da CF/1988, mas que não possui consenso doutrinário acerca de se tratar ou não de uma dicotomia. Pragmácio (2018, p. 36), referenciando Fonseca (2009, p. 68), por exemplo, defende que os bens tangíveis e intangíveis:

(...) operam as “duas faces da mesma moeda”: o patrimônio material, para ser compreendido enquanto tal, necessita de uma valoração, que na mais é que a própria dimensão imaterial; a dimensão imaterial, por sua vez, para ser percebida e existir para os sujeitos, necessita de um vetor ou de um suporte, que seria a dimensão material do patrimônio.

Apesar da existência de debates conceituais e doutrinários e da ausência de uma unidade de pensamentos, segundo Soares (2009, p. 111), tem-se que “o tratamento jurídico do patrimônio cultural deve abrigar, segundo a Constituição, um entendimento aberto e contemporâneo, dentro da diversidade sociocultural do nosso país e da dinâmica em que as relações sociais, econômicas, políticas e culturais se desenvolvem”. Dessa maneira, a preservação do patrimônio cultural persiste, no Brasil, como um dever constitucional, infraconstitucional e com influência de normas internacionais para os entes federativos e para a sociedade como um todo, e de tal maneira que seja possível proteger o maior número de bens culturais possível. É nesse sentido que Cunha Filho (*et al*, 2019), referenciando Sarlet (2009), afirma que:

A existência de um direito humano à participação na vida cultural da comunidade e, mais especificamente, um direito humano de proteção ao patrimônio cultural cria para o Estado, conseqüentemente, um dever de garantir esses direitos. Ao ente estatal cabe, portanto, assumir o seu papel ativo na efetivação dos denominados direitos sociais, dos quais alguns dos direitos culturais fazem parte. Não obstante o caráter de norma

programática inerente de alguns desses direitos, o Estado não pode se furtar de seu cumprimento, visto que toda norma jurídica produz efeitos, ainda que mínimos, não podendo os direitos culturais ser compreendidos como meras proclamações de cunho ideológico.

Ou seja, no Brasil, tendo em vista que os direitos culturais são tidos como fundamentais, a atuação pública que visa a salvaguarda do patrimônio cultural deve ser realizada na completude dos entes federativos, não se resumindo à atuação do poder executivo. É a partir dessa ideia que serão analisadas também as medidas efetivas realizadas pela esfera legislativa – quais sejam, a elaboração de leis que versem sobre a tutela aos bens culturais – e também pelo judiciário, a partir da análise de efetividade jurídica das normas vigentes, a fim de verificar se a elaboração de um Código de Bens Culturais brasileiro seria vantajosa para a tutela efetiva de nosso patrimônio.

4.1 INSTRUMENTOS NACIONAIS VIGENTES PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

O histórico da proteção jurídica brasileira ao Patrimônio Cultural, conforme visto, é relativamente recente, surgindo apenas no início do século XX, por influência europeia, com exemplos de legislações vigentes até hoje e majoritariamente sobre bens culturais materiais – afinal, conforme Soares (2009, p. 21-22), o surgimento internacional (e, conseqüentemente, nacional) desse tipo de regulamentação ocorreu diante de um momento no qual buscava-se a proteção ao direito de propriedade, perante a consolidação do Estado Moderno europeu pós revoluções liberais, contexto que priorizou a proteção de bens tangíveis.

Desde então, foram consolidados princípios essenciais de salvaguarda acerca do tema no texto constitucional atual como também foram aprovadas diversas leis, decretos e até mesmo códigos cujos dispositivos versavam, em todo ou em parte, sobre a tutela do Patrimônio artístico, histórico e ambiental no Brasil. Apesar desse *boom* legislativo ter possibilitado a proteção direta do PCI (Patrimônio Cultural Imaterial), dentre outras vantagens, o resultado consiste em um conjunto de normas editadas com décadas de diferenças, em instrumentos das mais diversas áreas – do Direito Administrativo e Constitucional ao Direito Penal e, inclusive, ao Direito Privado –, de modo a dificultar sua aplicação prática. Passa-se, assim, a analisar quais são os dispositivos que existem hoje acerca da salvaguarda do Patrimônio Cultural.

4.1.1. Proteção constitucional

Na Constituição Federal de 1988 é reservada toda uma seção para delimitar diretrizes geral acerca da cultura no Brasil, englobando os artigos 215, 216 e 216-A de nossa carta magna. O primeiro deles atribui ao Estado a obrigação de garantia na efetivação dos direitos culturais a todos os cidadãos e determina. Enquanto isso, o artigo 216-A, incluído pela Emenda Constitucional nº 71 de 2012, traz o “Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa com processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade” (FIGUEIREDO JUNIOR, 2013, p. 45), que deve ser abordado por norma específica infraconstitucional. Por fim, o art. 216 estabelece bases conceituais que facilitam a identificação dos objetos que fazem parte da classe do patrimônio cultural, trazendo exemplos em seus incisos de, inclusive, formas de expressão – quais sejam, bens culturais intangíveis. Seu parágrafo primeiro, inclusive, traz alguns instrumentos jurídicos utilizados para atingir a plena proteção a esses bens: inventários, registros, desapropriação, vigilância e tombamento.

O inventário, segundo Figueiredo Junior (2013, p. 46), “consiste na catalogação sistematizada de bens de valor cultural, com referências às características peculiares de cada um e informações relevantes para estudos, divulgação e orientação das políticas públicas”, devendo ser aplicado, de preferência, a bens em situação de risco e podendo ser realizado por instituições públicas ou privadas. O registro, por outro lado, é matéria do Decreto nº 3.551/2000, consistindo em um procedimento especial com finalidade de valorização e perpetuação das manifestações culturais enquanto referenciais identitários, quais sejam, os bens culturais intangíveis (PIRES, 2010), que podem ser registrados em livros diversos: dos Saberes, das Celebrações, das Formas de Expressão e dos Lugares, segundo os incisos do §1º do art. 1º do referido Decreto.

A desapropriação, por outro lado, é procedimento a partir do qual “o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização” (DI PIETRO, 2019) e, quando realizada com objetivo específico de preservar e conservar bens de valor cultural, possui previsão legal no Decreto-Lei nº 3.365/1941. Já a vigilância diz respeito aos atos de proteção ao patrimônio cultural em geral, em especial ao que diz respeito ao exercício do poder de polícia⁵⁷ (FIGUEIREDO JUNIOR, 2013, p. 48), e possui especificação infraconstitucional nas seguintes normas:

⁵⁷ Segundo o Código Tributário Nacional, em seu art. 78, poder de polícia administrativa consiste na “atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato

São fundamentos legais para o exercício do poder de polícia na preservação de patrimônio cultural o artigo 10 do Decreto-Lei nº 25/1937, que possibilita um tombamento provisório mediante mera notificação ao particular quanto à instauração de processo de tombamento, e o artigo 20 do Decreto-Lei nº 25/1937, que estabelece estar a coisa tombada sujeita à vigilância permanente, podendo ser inspecionada sempre que for julgado conveniente sem que o respectivo proprietário ou o responsável possa se opor, sob pena de multa. (FIGUEIREDO JUNIOR, 2013, p. 50)

A vigilância possui, portanto, relação intrínseca com outro instituto de proteção constitucional, talvez o mais importante e complexo dentre os estudados: o tombamento. A previsão geral da Constituição resultou na promulgação do Decreto-Lei nº25/1937, que instituiu tal procedimento específico para a preservação de bens culturais na legislação pátria. Segundo Izidoro da Nóbrega (2020), o tombamento consiste em nada mais do que uma declaração que atesta que o respectivo objeto faz parte do patrimônio cultural material e que, por tal, deve receber proteção especial no ordenamento, com restrições ao exercício do direito de propriedade com fundamento no dever de manutenção do bem, pautado no direito fundamental do acesso à cultura.

Além disso, segundo Meirelles (2016, p. 700), o tombamento consiste em um ato declaratório, e não ato constitutivo de patrimônio cultural, ainda que o bem só se enquadre nessa categoria após a devida inscrição no livro do Tombo de acordo com o §1º do art. 2º de tal Decreto, de modo que o valor histórico ou artístico do bem é a ele inerente e independe de qualquer ato administrativo. No entanto, ainda que possua efeito declaratório, o procedimento de tomar um bem também possui efeitos constitutivos, como a presunção de valor cultural, a restrição de alienabilidade e mobilidade, além da possibilidade de aplicação das sanções previstas no Decreto-Lei nº25/1937. Ademais, a respeito do surgimento dessa lei, segundo Miranda (2017):

Apesar de o produto final da lei de proteção ao patrimônio cultural ter se materializado em um ato típico do autoritarismo (decreto-lei), ele passou por todo o procedimento democrático que antecede a sanção e promulgação dos projetos de leis, e o seu conteúdo espelhava o resultado de trabalhos aprofundados e sérios de intelectuais e políticos comprometidos com a defesa da cultura brasileira.

Ou seja, não há dúvidas sobre a regularidade e importância histórica de tal instrumento. Ele é criticado, porém, não só pela morosidade do procedimento que resulta na inscrição no Livro do Tombo, mas também pela ignorância que envolve o tema e dificuldade de aplicação da lei. Afinal, trata-se de legislação quase secular, com poucos adendos feitos ao

ou abstenção de fato, em razão de interesse da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

longo do tempo, e notavelmente burocrática – e, conforme dito por Alcântara (*et al*, 2019, p. 308), mesmo que a declaração de tombamento já tenha sido emitida pelo Estado, caso os trâmites necessários para os processos de manutenção e restauração não saiam do papel, haverá tão somente a deterioração daquele bem, impossibilitando que este seja usufruído pelo público.

Salienta-se, ademais, que o legislador constituinte também estabeleceu uma divisão entre os entes federativos acerca das competências relativas à legislação de tutela do Patrimônio Cultural. Nos termos de Di Pietro (2019):

O artigo 23, inciso III, da mesma Constituição, inclui entre as funções de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a proteção dos documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos. E o art. 24, inciso VII, conferiu à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, o que significa que a União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, exercendo os Estados a competência suplementar, na forma dos §§1º a 4º do artigo 24.

Aos Municípios foi dada a atribuição de “promover a proteção de patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual” (art. 30, inciso IX). Vale dizer que eles não têm competência legislativa nessa matéria, mas devem utilizar os instrumentos de proteção previstos na legislação federal e estadual.

Ou seja, a elaboração de legislação específica é atribuída, em maior parte, aos estados e ao Distrito Federal, seguindo apenas determinações gerais elaboradas previamente pela União. Se fará nítida, portanto, a dificuldade de realizar um controle prévio de conformidade das novas leis estaduais em face das já existentes leis federais diante da grande quantidade de normas gerais pré-existentes, especialmente levando-se em consideração a especialidade do tratamento que tais bens recebem constitucionalmente por meio dos institutos protetivos supracitados.

Além disso, leva-se em consideração que parte do patrimônio cultural se enquadra no regime de bens de domínio público, qual seja, “o conjunto das coisas móveis e imóveis de que é detentora a Administração, afetados quer a seu próprio uso, quer ao uso direto ou indireto da coletividade, submetidos a regime jurídico de direito público derogatório e exorbitante do direito comum” (CRETELLA JÚNIOR, 1984, p. 29, *apud* DI PIETRO, 2019) e resultando na mencionada inalienabilidade, além da imprescritibilidade, impenhorabilidade e impossibilidade de oneração.

Tais bens podem ser tanto de uso comum do povo, possibilitando seu uso sem consentimento estatal, ou de uso especial, designados à Administração e com necessidade de autorização prévia de uso por particulares, segundo o artigo 99 do Código Civil de 2002⁵⁸.

⁵⁸ Segundo o artigo 99 do Código Civil/2002, “são bens públicos:

Abrangem, respectivamente, bens naturais como praias e rios e bens materiais como documentos históricos antigos presentes nas bibliotecas públicas, além de prédios nos quais funcionem parte da administração pública ou das suas autarquias, os quais consistem muitas vezes em construções históricas que hoje são utilizadas diretamente pelo Estado, como o Museu do Brejo Paraibano em Areia (PB), localizado no Campus II da Universidade Federal da Paraíba e tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN, 2020a?), conforme visto em site oficial.



Figura 1 – Museu do Brejo Paraibano (Areia – PB). Retirada do site <https://mapio.net/pic/p-47693631/>.

Tal enquadramento no regime dos bens públicos, apesar de trazer benesses para o bem em questão – a exemplo da tutela compulsória por parte do ente federativo que o tem como propriedade –, pode trazer também outras limitações e empecilhos à sua preservação. Para tal, no entanto, vê-se que ainda existe uma extensa legislação que prevê a salvaguarda, em todo ou

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”.

em parte, do patrimônio cultural, das quais os bens públicos também são objeto, em conjunto com os demais exemplos de bens culturais. É o que se passa a analisar.

4.1.2. Legislação infraconstitucional esparsa

Além da regulação constitucional, cujas previsões são de grande importância para a tutela do patrimônio cultural por meio da atuação direta dos entes federativos da administração pública e das suas autarquias, o ordenamento brasileiro conta, também, com diversas normas infraconstitucionais com dispositivos sobre o tema. Essas normas consistem em leis tanto de natureza administrativa quanto de criminal, além de existirem artigos e regulamentações sobre a salvaguarda desses bens até mesmo em consolidações do direito privado. Se passa, portanto, a analisar quais são as normativas mais importantes atualmente em vigência, qual o seu conteúdo e qual a sua relação com a salvaguarda dos bens culturais.

Inicialmente, há o Decreto-Lei nº 25/1937, já estudado e popularmente conhecido como a Lei do Tombamento, promulgado logo após a Constituição Federal do mesmo ano – a qual foi a primeira a versar de forma direta sobre a proteção do patrimônio público⁵⁹ –, e traz não somente uma definição legal infraconstitucional do que constitui o patrimônio histórico e artístico brasileiro⁶⁰, como também dispõe sobre toda a disposição e procedimento geral do tombamento, tal como os seus efeitos jurídicos constitutivos. Consiste em uma das normas mais duradouras do país, conforme trazido por Miranda (2017). Portanto, apesar de sua importância para a proteção do patrimônio histórico, segue possuindo disposições quase seculares e de difícil aplicação prática devido à intensa burocracia a ela intrínseca, conforme já mencionado.

Outra lei importante é o Estatuto dos Museus, sob o nº 11.904/2009, que traz a definição geral, os princípios fundamentais, o regime aplicável e a preservação, conservação, restauração e segurança dos Museus – ou seja, versa de forma direta sobre a tutela não só dos prédios nos quais funcionam tais instituições, mas também as suas coleções. Esses, segundo a própria legislação, possuem “histórico, artístico, científico, técnico ou de qualquer outra

⁵⁹ A Constituição Federal de 1937 tratou do tema em seu artigo 134, o qual dispunha, *ipsis litteris*, que “os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional”.

⁶⁰ O Decreto o faz já em seu artigo 1º, pelo qual, *ipsis litteris*, “constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”

natureza cultural, abertas ao público, a serviço da sociedade e de seu desenvolvimento”⁶¹, tratando diretamente da tutela de bens que possam fazer parte do patrimônio cultural.

O mesmo ocorre com a lei nº 3.924/1961 sobre os monumentos pré-históricos e arqueológicos pátrios a qual, além de trazer, em seu art. 1º, que “os monumentos arqueológicos ou pré-históricos [os quais pertencem ao patrimônio histórico e cultural brasileiro] de qualquer natureza existentes no território nacional e todos os elementos que nêles se encontram ficam sob a guarda e proteção do Poder Público” – isto é, possuem a prerrogativa legal de serem protegidos pela esfera administrativa –, proíbe a sua destruição e mutilação⁶², estabelece as diretrizes das escavações e traz até mesmo punições para quem descumprir seus preceitos, como o disposto em seu artigo 21⁶³.

Ainda acerca dos museus, existe o Decreto nº 8.124/2013, o qual, além de regulamentar o Estatuto acima citado, também fala sobre a lei nº 11.906/2009, a qual cria o Instituto Brasileiro de Museus (IBRAM), trazendo suas obrigações e prerrogativas. Traz, ademais, o importante instrumento da declaração de interesse público de bens culturais, os quais podem ser, segundo o §1º de seu art. 35, aqueles “musealizados e passíveis de musealização, cuja proteção e valorização, pesquisa e acesso à sociedade representem valor cultural de destacada importância para o País, respeitada a diversidade cultural, regional, étnica e linguística”. Tal declaração é imprescindível para determinar se o respectivo bem é passível ou não de musealização, segundo o art. 2º, inciso III da mesma lei.

Paralelamente, a lei de nº 7.542/1986, aborda a questão relativa ao Patrimônio Subaquático nacional, grupo que pode, sem dúvidas, integrar o grupo de patrimônio cultural brasileiro. Afinal, “a descoberta de um local de naufrágio permite mergulhar no passado e reviver os últimos momentos da vida a bordo, partilhando deste modo uma história que esteve conservada pela água” (UNESCO, 2016) e, devido à fragilidade desses bens, são atribuídas, em legislação à parte e específica, as diretrizes de pesquisa, exploração, remoção e, por vezes, demolição desses bens, porém sempre com o intuito de preservar ou eles ou o seu entorno natural e com o objetivo de fruição comum por meio do conhecimento adquirido em suas descobertas.

⁶¹ Artigo 1º, caput, da referida lei (Lei nº 11.904/2009).

⁶² Segundo o art. 3º da lei nº 3.924/1961, “são proibidos em todo o território nacional, o aproveitamento econômico, a destruição ou mutilação, para qualquer fim, das jazidas arqueológicas ou pré-históricas conhecidas como sambaquis, casqueiros, concheiros, birbigueiras ou sernambis, e bem assim dos sítios, inscrições e objetos enumerados nas alíneas b, c e d do artigo anterior, antes de serem devidamente pesquisados, respeitadas as concessões anteriores e não caducas”.

⁶³ Art. 21 da lei nº 3.924/1961: A inobservância da prescrição do artigo anterior implicará na apreensão sumária do objeto a ser transferido, sem prejuízo das demais cominações legais a que estiver sujeito o responsável.

Há também a lei nº 4.845/1965, a qual limita a circulação internacional de obras de arte produzidas durante o período monárquico no país, abrangendo, por exemplo, pinturas, desenhos, esculturas e construções de arquitetura, tratando, assim, de matéria que, na legislação italiana, é abordada pelo *Codice dei Beni Culturali e del Paessagio*. Sob a mesma matéria de exportação de bens culturais, a lei nº 5.471/1968, que também data mais de meio século, versa sobre a circulação internacional de livros antigos e de outros conjuntos bibliográficos editados dentre os séculos XVI e XIX.

Existe, além disso, o Decreto nº 3.3551/2000, o qual criou e regulamentou o criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI), viabilizando, desse modo, “projetos de identificação, reconhecimento, salvaguarda e promoção da dimensão imaterial do Patrimônio Cultural Brasileiro, com respeito e proteção dos direitos difusos ou coletivos relativos à preservação e ao uso desse bem” (IPHAN, 2020b?). Esse decreto consiste em uma das poucas normativas específicas brasileiras que visam a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial – o qual, apesar de constitucionalmente protegido, possui história jurídica mais recente e, portanto, ainda mais frágil.

Ademais, conforme citado, existem dispositivos pertinentes também em instrumentos próprios do Direito Privado, como no próprio Código Civil, a exemplo do já estudado Direito de Propriedade e sua relativização perante a matéria de direitos culturais, usufruto do patrimônio cultural e função social da propriedade. Nesses termos, Figueiredo Júnior (2013, p. 45) afirma que:

O § 1º do artigo 1228 do Código Civil estabelece que o “direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. Ressalta-se o entendimento de que a referência à outra lei (ainda que especial) na lei ordinária (Código Civil) não pode condicionar a proteção dos interesses da comunidade que encontram o seu fundamento na função social da propriedade, de natureza constitucional.

Já no âmbito criminal, são várias as tipificações penais trazem sanções àqueles que afetam e danificam, de qualquer modo, o patrimônio cultural brasileiro. Ainda que existam tipos gerais no próprio Código Penal que, por certo, protegem também os bens culturais, como as figuras típicas de incêndio, de furto e de dano, há também previsões específicas como o trazido nos artigos 165⁶⁴ e 166⁶⁵. Além disso, há a lei nº 13.531/2017 que, ao modificar a redação do

⁶⁴ Art. 165 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940): Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

⁶⁵ Art. 166 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940): alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa

inciso III do parágrafo único do artigo 163⁶⁶ para incluir os bens de domínio público, leva a qualificadora do crime de dano a abarcar também alguns bens culturais, quais sejam aqueles que pertençam ao patrimônio de entes federativos ou de autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista ou empresas concessionárias de serviços públicos. No entanto, segundo Amaral (2018):

Devido à evidente complexidade do bem jurídico tutelado, foram as figuras dos artigos 165 e 166 do Código Penal revogadas por novas normas estabelecidas pela Lei Federal 9.605/98, quais sejam, as inseridas nos artigos 62, 63, 64 e 65. O artigo 62 contempla a conduta típica de destruir, inutilizar ou deteriorar bem público e, entre eles, bem em que se presume haver interesse público e protegido por lei (museu, pinacoteca, biblioteca, instalação científica ou similar, arquivo). Admite forma dolosa e culposa e também admite a tentativa (o artigo 63 diz respeito à alteração ou adulteração de estrutura de edificação ou local protegido por lei. Por seu turno, o artigo 64 pune construção irregular em solo não edificável ou em seu entorno, enquanto o artigo 65 pune quem pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano).

Existem, assim, outros instrumentos normativos que atribuem penas aos crimes contra o patrimônio cultural. A lei supramencionada por Amaral consiste naquela conhecida como Lei dos Crimes Ambientais, promulgada diante da lacuna de proteção formada pela ausência de dispositivos específicos no Código Penal, tendo em vista que os existentes não eram suficientes para garantir a proteção desses bens, como defendido por Miranda (2018). Assim, a respectiva lei reserva, dentre os crimes contra o meio ambiente, uma seção inteira dos Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural, superando-se, assim “a velha e descabida exigência do tombamento como pressuposto exclusivo para a proteção penal, assegurando ampla possibilidade de reconhecimento do patrimônio cultural por meio de lei, ato administrativo ou decisão judicial” (AMARAL, 2018).

Outro ponto interessante nessa lei é a questão do grafite que, apesar de definido como tipo penal quando o instrumento foi inicialmente promulgado, foi uma prática descriminalizada pela lei nº 12.408/2011, levando em consideração que consiste, conforme mencionado por Franca Filho (2016, p. 1357), em uma forma de arte urbana “dotada de esteticidade e extensão da personalidade dos seus autores”, capaz, inclusive, de valorizar construções já existentes.

Algumas legislações foram, inclusive, para regulamentar previsões constitucionais de direitos fundamentais. Por exemplo, a Ação Popular, prevista no art. 5º, LXXIII da

⁶⁶ Art. 163 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940): destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: [...] Parágrafo único - Se o crime é cometido: [...] III - contra o patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos;

Constituição Federal, consiste em um instrumento cuja finalidade é, segundo Bulos (2015, p. 803), “invalidar atos ilegais e lesivos ao patrimônio histórico ou cultural da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios”, além da moralidade administrativa e do meio-ambiente. Infraconstitucionalmente, tal instrumento é regulamentado pela lei nº 4.727/1965, que traz não apenas uma definição do que é, em seus termos, patrimônio público, mas também destrincha quais os atos lesivos puníveis e o processo em si. Outra ação jurídica relativa à tutela do patrimônio cultural é a Ação Civil Pública (ACP), que passou a proteger esse tema a partir da lei nº 13.004/2014, a qual inclui a proteção de bens culturais nos objetos desse instrumento, especificamente no artigo 4º da sua lei específica⁶⁷, de número 7.347/1985.

Há, por fim, extensa legislação de cunho administrativo que possui dispositivos sobre o tema, além de tais mecanismos judiciais supracitados. Por exemplo, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) traz amplos institutos sobre a gestão patrimonial e a preservação do patrimônio público por parte dos gestores dos entes administrativos, em especial dentre seus artigos 44 e 46⁶⁸. Em matéria similar, a lei nº 8.429/1992, conhecida como a lei da improbidade administrativa, trata, em linhas gerais, das sanções aplicáveis a agentes públicos quando em casos de enriquecimento ilícito utilizando indevidamente o patrimônio público (e, dentro dele, incluso o patrimônio cultural) durante o exercício do cargo, e o Decreto-Lei nº 201/1967 determinar quais os crimes de responsabilidade dos prefeitos, estando presentes os tipos de apropriação ou utilização indevida de bens públicos, por exemplo, que também abrangem os bens culturais.

Outro instrumento é a lei nº 8.625/93, ou Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que, ao determinar funções suplementares ao órgão, inclui a prerrogativa de promover inquérito civil e propor ACP tanto “para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico,

⁶⁷ Segundo o referido dispositivo, “poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar danos ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

⁶⁸ Art. 44 da Lei Complementar nº 101/2000: É vedada a aplicação da receita de capital derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para o financiamento de despesa corrente, salvo se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos.

Art. 45 da Lei Complementar nº 101/2000: Observado o disposto no § 5º do art. 5º, a lei orçamentária e as de créditos adicionais só incluirão novos projetos após adequadamente atendidos os em andamento e contempladas as despesas de conservação do patrimônio público, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias. Parágrafo único. O Poder Executivo de cada ente encaminhará ao Legislativo, até a data do envio do projeto de lei de diretrizes orçamentárias, relatório com as informações necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo, ao qual será dada ampla divulgação.

Art. 46 da Lei Complementar nº 101/2000: É nulo de pleno direito ato de desapropriação de imóvel urbano expedido sem o atendimento do disposto no § 3º do art. 182 da Constituição, ou prévio depósito judicial do valor da indenização.

turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos” como também “para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem”, *ipsis litteris*, segundo o artigo 25, inciso IV, a) e b) da respectiva lei.

Finalmente, há a importante lei nº 8.666/93, ou Lei de Licitações – tais processos administrativos, os quais visam a participação igualitária dos concorrentes e a melhor vantagem em custo benefício para o poder público, se relacionam com o patrimônio público não apenas porque este pode ser objeto do ato licitatório, a exemplo de uma licitação realizada para a feitura de um restauro em um bem tombado, mas também pelo motivo de que as licitações consistem em um elemento imprescindível para a própria preservação do patrimônio cultural, conforme defendido por Maggi (2017, p. 97-99), por meio da atuação do IPHAN.

Dessa maneira, é possível observar que existe hoje no Brasil ao menos duas dezenas de normas infraconstitucionais específicas cujos dispositivos tratam, com relevância, da tutela do patrimônio cultural nacional. Tais regulamentações, apesar de necessárias, são numerosas, extensas, algumas são antigas e, todas são, acima de tudo, esparsas e de árdua localização e aplicação. A tutela específica do patrimônio cultural no cenário internacional, em especial no italiano, foi fator elementar para sua proteção histórica e fruição efetiva pela sociedade. No entanto, apesar disso, ainda não há consenso sobre as vantagens de unificar todas (ou ao menos a maior parte) dessas normas em um único instituto, qual seja, em um Código de Bens Culturais propriamente brasileiro, considerando que consiste em matéria complexa e de árdua codificação. É o que se passa a analisar.

4.2 IMPORTÂNCIA DE PROTEÇÃO ESPECÍFICA E ATUALIZADA PARA OS BENS CULTURAIS

Conforme elaborado, a salvaguarda eficaz do patrimônio cultural consiste numa tarefa árdua, complexa e não necessariamente realizada, apesar de toda legislação pátria constitucional e infraconstitucional, e das normas internacionais incorporadas, o que prejudica o usufruto pela sociedade do patrimônio cultural, além de outras questões existentes como, por exemplo, a dificuldade em encontrar um equilíbrio na dicotomia entre a tutela e o uso pela coletividade; o óbice de concretizar os mecanismos de proteção difusos hoje disponíveis traz a necessidade de preenchimento judicial de lacunas normativas por meio de estratégias de interpretação. Por fim, patente a falta de aproveitamento adequado do potencial

socioeconômico dos bens em questão. Todos esses empecilhos levam a um ponto em comum: a deterioração do patrimônio público como um todo. Nesse sentido, Soares (2009, p. 40) afirma que:

As normas para tratamento do tema, no plano interno, em alguns aspectos, não se pautam na atual concepção de patrimônio cultural fornecida pela Constituição (ou pelos documentos internacionais firmados pelo Brasil). Poder-se-ia argumentar que a dicção constitucional é suficiente para orientar a postura e ser adotada pelo Poder Público na tutela do patrimônio cultural e para indicar a amplitude participativa da sociedade. Mas algumas brechas, vazios e silêncios só podem ser preenchidos no plano infraconstitucional. Por isso, além de um sistema normativo atualizado com os ditames constitucionais, para a compreensão, permanência e construção de identidade nacional, da memória coletiva e da ação dos grupos formadores da sociedade brasileira, há uma necessidade mais imediata: a de elaboração de lei para tratamento do patrimônio cultural brasileiro.

Compreende-se que a autora não apenas critica a realidade legislativa, qualificada pela insuficiência constitucional e falta de sistematicidade no âmbito legal, mas também defende que um diploma normativo específico seria mais eficiente para o resguardo desses bens. Passa-se a analisar, desse modo, se a realidade fática-jurídica nacional em matéria de preservação dos bens culturais corrobora com a hipótese levantada por Soares. Nessa linha, conforme dito por Benhamou (2016, p. 29-30), a maior parte do patrimônio cultural global é constituída de bens únicos, quais sejam aqueles cujos danos geram perdas irreversíveis para a humanidade, tendo em vista que são insubstituíveis ou, quando substituíveis, não acontecem de maneira ideal. Afinal, não existem dois bens únicos idênticos, e, caso perdido, impossível encontrar um substituto perfeito. Segundo a autora:

A irreversibilidade é uma ameaça que afeta toda decisão de transformação e, *a fortiori*, de destruição. Entretanto, sem dúvidas, porque os bens são duráveis, é tentador adiar a decisão de restaurá-los. Grande número de catástrofes que afetaram os bens patrimoniais provém dessa negligência cuja premência redobra pela falta dos recursos necessários à preservação. (BENHAMOU, 2016, p. 30)

A autora denuncia a gravidade da destruição, intencional ou não, do patrimônio cultural. Ainda que, por exemplo, o Decreto-Lei nº 25/1937 determine que os bens tombados não possam ser destruídos, demolidos ou mutilados, sob pena de multa, a aplicação de sanções previstas de maneira esparsa pela legislação ainda consiste em um processo longo, burocrático e custoso, que não é revisto a décadas. Além disso, a falta de ações afirmativas e apoio financeiro contribui para essa dificuldade e conseqüente descaso ao patrimônio. Tal realidade jurídica leva bens histórico-artísticos a uma deterioração irreversível, processo que não raramente culmina com a demolição total, caso do antigo Hotel Reis Magos na cidade de Natal.

Pioneiro hotel de luxo no estado do Rio Grande do Norte, já estava desativado e abandonado há 25 anos. Após anúncio de demolição do prédio em 2013, justificada pela falta

de economicidade na manutenção do complexo, houve pressão social contrária que motivou o IPHAN a pleitear o tombamento do local. Contudo, o instituto veio a desistir apenas alguns anos depois, em 2017, sem avanços no procedimento justificadas pela dificuldade inerente ao pedido e falta de interesse diante do dispêndio financeiro para manutenção do Hotel após o tombamento. Em 2019, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região autorizou, dessa maneira, a demolição de um dos cartões postais da cidade antiga (REGIS, 2019), a qual já foi iniciada no princípio de 2020. O caso é um exemplo dos malefícios provenientes de falhas na administração de tais bens, porém destaca em especial a carência normativa que resultou na perda total e definitiva de um importante bem histórico para a cidade.



Figura 2 – Demolição do Hotel Reis Magos em janeiro de 2020 (Natal – RN). Retirada do site <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/empresa-ainda-na-o-definiu-o-que-sera-construa-do-na-a-rea-do-hotel-reis-magos/469070>.

Ademais, mesmo após finalizado o processo de tombamento, os requisitos procedimentais da Lei também dificultam a própria manutenção do bem tombado, como ocorre com uma casa de Joinville, Santa Catarina, integrante do Roteiro Nacional de Imigração pelo IPHAN (MORRIESEN, 2019). Na mesma situação, a Capela da Santa Casa de Misericórdia de Manaus, que já em 2017 se encontrava com graves falhas estruturais que comprometiam a edificação tombada (COSTA E COSTA *et al*, 2017). Nesse mesmo sentido de criticar a

burocracia excessiva inerente à atuação administrativa petrificada por regulamentações antiquadas em paralelo com a questão da economicidade, Benhamou (2016, p. 92) afirma que:

À lentidão dos trabalhos iniciados, cujo ritmo é frequentemente ditado pela possibilidade de obter subvenções potenciais, é preciso acrescentar a crítica feita pelos partidários da escola da *public choice*, que criticam o poder de uma burocracia excessivamente exigente e a tentação de desenvolver uma atividade financiada pela sociedade sem preocupação com os custos induzidos.

Outro ponto fundamental na proteção do patrimônio público é o próprio usufruto desses bens pela sociedade, ideia que parece ser contrária tanto ao ideal de proteção quanto ao abandono. Conforme mencionado, existem dificuldades de conceder a fruição plena de um determinado bem cultural sem que este seja danificado pelo uso, considerando desde adaptações para manutenções rotineira, modificações para acessibilidade e modernização, passando pela disposição do lixo e até *flashes* de fotografia, ou por quaisquer outros desgastes naturais. Benhamou (2016, p. 35) afirma, nesse contexto, que os entes responsáveis “são levados a arbitrar entre o respeito ao pleno exercício do direito de propriedade [aqui incluído também o direito cultural de usufruto ao patrimônio] e a preservação do patrimônio”. Existem estratégias para reduzir esses danos a longo prazo, como a exigência de autorização para alterações, conforme previsto no art. 17 da Lei do Tombamento⁶⁹. Tal exigência leva restauros e reformas a serem acompanhadas de perto pelos órgãos competentes, tal qual o IPHAN, e por profissionais especializados, como instrumento de garantia da originalidade dos bens deteriorados após procedimento de manutenção. Novamente trazendo Benhamou (2016, p. 55), “a restauração de edifícios tombados requer o emprego de trabalho qualificado”.

Nesse contexto, convém inclusive tratar brevemente da discussão acerca da gratuidade ou onerosidade no acesso aos museus. Prevista na dicção do art. 34 do Estatuto dos Museus⁷⁰, a cobrança de tarifas deve ser enxergada como instrumental para o setor pois, além de beneficiar financeiramente essas instituições, a tarifação permite controlar a quantidade de pessoas no local (BENHAMOU, 2016, p. 46-47). Assim, com o controle de congestionamento, é mais fácil para os funcionários supervisionarem o local e comunicarem aos visitantes das diretrizes de conduta, evitando que o patrimônio exposto seja danificado mais do que o necessário com a utilização de *flashes* fotográficos ou com pessoas tocando nas obras e antiguidades. Por fim, serve também como instrumento de dispersão, podendo servir como

⁶⁹ Art. 17 do Deceto-Lei nº 25/1937: As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

⁷⁰ Art. 34 da lei nº 11.904/2009: A política de gratuidade ou onerosidade do ingresso ao museu será estabelecida por ele ou pela entidade de que dependa, para diferentes públicos, conforme dispositivos abrigados pelo sistema legislativo nacional.

incentivo para a população visitar outros locais que também fazem parte do grupo dos bens culturais. É o que se busca, por exemplo, com a diferenciação de preços para museus distintos de acordo com o dia da semana. As normativas que embasam tais políticas, no entanto, estão espalhadas pela legislação infraconstitucional.

A dificuldade de aplicação das leis protetivas na prática também é resultado do emaranhado de normas sobre o tema, com dispositivos contraditórios. Não existe, no Brasil, uma definição concreta e unívoca do que seria o patrimônio cultural passível de proteção. Apesar de diretrizes gerais e exemplos constitucionalmente previstos, o caráter impreciso leva à necessidade de especificação na legislação infraconstitucional, trazida em diplomas legais esparsos. Há, por exemplo, uma definição do que é patrimônio cultural no art. 1º, *caput*, da Lei do Tombamento⁷¹; no art. 2º, inciso I, do Decreto nº 8.124/2013⁷²; e na Lei dos Crimes Ambientais. Esta, ao tipificar crimes contra o patrimônio cultural em seus artigos 62 a 65, retira a necessidade de tombamento prévio para que o bem seja considerado como do patrimônio público e, por consequência, para que seja tutelado. Ultrapassa, assim, um requisito previsto no Decreto-Lei nº25/1937 – ainda que esse instituto permaneça vigente. Essa multiplicidade de conceitos e normas possibilita a ocorrência de danos impunes ao bem cultural. Não é incomum o judiciário, ao tratar dessa matéria, perdurar em questões conceituais do que deve ou não ser protegido pelas leis que abordam o tema. Um exemplo é o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO CULTURAL. ART. 63 DA LEI Nº 9.605/98. AUSÊNCIA DE TOMBAMENTO DO BEM. DESNECESSIDADE. BEM INVENTARIADO PELO IPHAN. FORMA DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO RECONHECIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 216, §1º, DA CF/88. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. I – O art. 63 da Lei nº 9.605/98 optou pela proteção do patrimônio cultural de forma genérica, por lei, por ato administrativo ou por decisão judicial. Sem mencionar expressamente o tombamento ou o inventário, que, indiscutivelmente, encontram-se compreendidos nas formas ali previstas, à luz do art. 216, §1º, da CF/88. II. Com efeito, por ser o inventário forma de proteção do patrimônio cultural brasileiro, prevista no art. 216, § 1º, da CF/88, desnecessário é o tombamento prévio, para que o bem seja considerado protegido pela união. III. Inventariada a edificação pelo instituto do patrimônio histórico e artístico nacional. Iphan, com fins de preservação, a competência para processar e julgar ação penal, para apuração do crime previsto no art. 63 da Lei nº 9.605/98, é da justiça federal. IV. Recurso provido. (TRF 1ª R.; RecCr 2006.39.00.008274-1; PA; Terceira Turma; Relª Desª Fed. Assusete Dumont Reis Magalhães; Julg. 29/09/2008; DJF1 31/10/2008; Pág. 76).

⁷¹ Art. 1º do Deceto-Lei nº 25/1937: Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interêsse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

⁷² Art. 2º do Decreto nº 8.124/2013: Para fins deste Decreto, consideram-se: I - bens culturais - todos os bens culturais e naturais que se transformam em testemunhos materiais e imateriais da trajetória do homem sobre o seu território; [...].

Ora, o debate em questão no Recurso Criminal supracitado é precisamente o enquadramento de um determinado bem no patrimônio cultural a fim de determinar se o dano realizado é ou não crime diante dos termos da Lei de Crimes Ambientais. Não trata da constitucionalidade das normas, mas sim da adequação dos conceitos legais vigentes. Tal confusão ocorreria em menor intensidade caso houvesse um mecanismo de proteção legislativa específico no Brasil. Outra celeuma existente no judiciário diante da situação atual é a necessidade de aplicar, por vezes, uma lógica dedutiva, comparativa ou principiológica para lidar com as lacunas normativas – estas que, por vezes, sequer existem, mas encontram-se tão dispersas no ordenamento que, na impossibilidade de sua localização, acaba-se por suprimi-la por outros modos extralegais. É o que Souza Filho (1994, p. 6) chama de lacuna por imprevisibilidade.

Para Diniz (2002, p. 70 *apud* FREIDE, 2018, p. 280), as lacunas podem ser definidas como “faltas ou falhas de conteúdos de regulamentação jurídico-positiva para determinadas situações fáticas, que admitem sua remoção por uma decisão judicial jurídico-integradora”. O procedimento para solucioná-las está previsto na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro a qual, em seu artigo 4º, determina que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Referido dispositivo versa sobre a autointegração do Direito brasileiro, ou seja, quando as lacunas são sanadas recorrendo apenas a disposições internas do Direito pátrio (BOBBIO, 1999, p. 147 *apud* FREIDE, 2018, p. 290) recorrendo-se às analogias, aos costumes jurídicos ou então aos princípios legais.

Existe também a heterointegração que “consoante as lições de Bobbio (1999, p. 146-147), e de acordo com a terminologia adotada por Carnelluti, traduz a integração realizada por intermédio do recurso a ordenamentos distintos, bem como, a fontes diversas daquela que é dominante” (FREIDE, 2018, p. 290). Conclui-se por plenamente possível que os juízes busquem sanar as questões internas por meio de legislações estrangeiras. Ainda que não tenha sido aplicado um transplante jurídico, ainda se pode referenciar normas presentes no *Codice dei Beni Culturali e del Paessagio* italiano. Tal técnica, no entanto, por utilizar o Direito Comparado e ainda que gere precedentes internos, não possui a mesma força e nem propicia a segurança jurídica que uma legislação pátria específica e atualizada traria. Necessário que exista um esforço direcionado que busque não só unificar as normas existentes, mas complementá-las em suas deficiências, reforçando a segurança jurídica de maneira a evitar danos subsequentes no patrimônio cultural brasileiro.

O atrito evidente na aplicação fático-jurídica das normas protetivas é preocupante devido ao citado risco de danos ao patrimônio, prejudicando o usufruto tanto pelo acesso direto por meio de visitas e pesquisas quanto pelo esvaziamento do potencial econômico dos bens vulneráveis. Afinal, mesmo que os bens culturais possuam um valor de não uso, como o valor simples existencial, os valores de opção e os valores de transmissão⁷³, possuem também serventia mercantil com notável potencial econômico e com uma diversidade de facetas que podem ser explorados. Por exemplo, em uma vertente relativa ao investimento na acessibilidade, Franca Filho (2020) afirma que:

No caso brasileiro, um maior reconhecimento do potencial turístico-econômico de seus sítios históricos acessíveis seria bastante benéfico. Foi reconhecendo o potencial sócio-econômico detido pelo “turismo acessível”, que o governo francês criou a marca *Tourisme & Handicap*, cuja propriedade é da Secretaria de Estado responsável pelo turismo. Ela serve para identificar equipamentos e sítios turísticos acessíveis, bem como para promover a sensibilização e formação de profissionais para a atuação no ramo⁹. É também diante de dados de mercado como os da *Open Doors Organization*, que demonstram que o turismo de pessoas adultas com deficiência gerou, no ano de 2015, aproximadamente 17.3 bilhões de dólares¹⁰, que se encontra mais um incentivo para o aprimoramento da experiência nacional.

Além disso, o potencial de arrecadação econômica que possui o patrimônio cultural, além das tarifas de ingresso, engloba também os aluguéis, o preço de venda, e geração de emprego (BENHAMOU, 2016, p. 37): pesquisadores, arquitetos, artistas, artesãos, engenheiros, operários, corpo de gestão, dentre diversas outras funções. Benhamou, por fim, acrescenta que:

A conservação de monumentos históricos requer empregos no setor da construção e dos ofícios de arte. Sua inauguração atrai visitantes que efetuam diversas despesas no monumento (bilheteria, produtos derivados) e nos arredores (alimentação, hotelaria etc). O impacto sobre o emprego pode ir além dessas despesas facilmente localizáveis e depender do aporte da cultura e do patrimônio à identidade e à atratividade dos territórios, assim como à criatividade requerida em todos os setores de atividade. O efeito é, nesse caso, bem mais difuso e difícil de avaliar.

Ora, conclui-se que a falta de proteção específica e atualizada ao patrimônio cultural brasileiro afeta não só o usufruto direto dos direitos culturais, mas também outros direitos sociais, indiretamente associados, como o direito ao trabalho, ao lazer e à educação. Um exemplo local são as Ruínas da Igreja de Bom Sucesso, localizadas no município de Lucena, no estado da Paraíba. Apesar de seguirem sendo frequentadas, ocasionalmente, por grupos de

⁷³ Segundo Benhamou (2016, p. 37), “valor de existência, é a satisfação que se tem ao saber que existe, no próprio país ou em outro lugar, um grande monumento ou um grande museu, mesmo sem nunca visitá-lo. O valor de opção consiste na possibilidade de visitar tal ou qual monumento sem horizonte predefinido. O valor de herança é a fruição extraída pelos cidadãos de transferência do patrimônio para sua descendência. Esses três valores não se traduzem por um preço, já que não ocasionam um consumo imediato. Podem, entretanto, justificar o recurso para financiamento público”.

visitantes, as ruínas são abandonadas pelo poder público, sendo sustentadas apenas por uma árvore⁷⁴ e sujeitas à depredação, vandalização e desgastes naturais. Além disso, o local não provê outros retornos indiretos de usufruto para a sociedade, como a geração de empregos e a manutenção da história e cultura locais. O local também possui a presença de bastante lixo nos seus arredores devido à quantidade de trilhas sem supervisão que dão acesso ao lugar, conforme reportado por Martins (2019).



Figura 3 – Ruínas da Igreja de Bom Sucesso em 2019 (Lucena – PB). Retirada do site <https://correiodaparaiba.com.br/cidades/estudo-socioambiental-tenta-salvar-a-igreja-de-bonsucesso-em-lucena/>

Grandes esforços e recursos são dispendidos em discussões meramente conceituais que retiram o foco das questões eminentemente práticas que se relacionam com a preservação dos bens culturais no Brasil. Considerando a escassez de recursos humanos e materiais que predomina na administração pública brasileira e a altíssima carga processual que arrebenta a máquina do judiciário, fundamental se faz um regramento simples e eficiente. Resta urgente,

⁷⁴ A atual situação do bem, tanto externa quanto internamente, foi documentada em canal oficial do Governo da Paraíba na plataforma YouTube no ano de 2016. Disponível em <https://youtu.be/CohLIB3Dn40>. Acesso em: 20 out. 2020.

portanto, o desenvolvimento de um regimento unificado no Brasil para tratar da matéria de proteção aos bens culturais e ao patrimônio histórico-cultural como um todo, tendo em vista a ineficiência do aparato legislativo atual diante da quantidade de bens abandonados, degradados e de difícil acesso, com potencial econômico e social desperdiçado e com elevado risco de impossibilitar seu usufruto pelas gerações futuras.

É necessário reforçar que a defesa de um diploma normativo específico para tratar da proteção ao patrimônio cultural brasileiro possui caráter eminentemente instrumental, com o intuito de oferecer clareza na realização jurisdicional e administrativa dos ditames constitucionais. Ainda que existam métodos e técnicas de aplicação normativa que reduzam esses danos na prática jurídica e administrativa, como o uso de princípios gerais do Direito, de analogias e até mesmo de leis internacionais, vê-se, por meio de uma análise de direito comparado, que a elaboração interna de uma legislação interna pode ser, na prática, mais eficaz. É o exemplo do *Codice dei beni culturali e del paesaggio* italiano.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Patente a necessidade latente de proteção atualizada, específica e efetiva ao Patrimônio Cultural brasileiro diante da realidade fática mencionada. Existem falhas, afinal, na atuação de cada um dos três poderes diante da proteção dos bens culturais. No executivo, o aparato administrativo é burocrático e ineficiente, dificultando a efetivação das medidas protetivas já previstas em lei. No âmbito legislativo, recorre-se a comodidade (para o poder legiferante) dos microssistemas infraconstitucionais de difícil aplicação, além da existência de normas arcaicas ainda vigentes no ordenamento e da ausência de qualquer corpo normativo específico. Na esfera do judiciário, por fim, a dificuldade de localização e interpretação dessas leis, restando a tutela do patrimônio cultural à prática de estratégias extralegais, como por meio da heterointegração para sanar lacunas jurídicas, além de necessidade recorrente de confrontar normas existentes de maneira simultânea e conflitantes entre si.

O instrumento jurídico da codificação parece ser, diante desse contexto, o meio mais adequado para sanar parte da problemática de descaso com o patrimônio cultural. Afinal, diante de todas as críticas, a tendência mundial de codificar leis continua presente e relevante em âmbitos diversos do Direito, do Privado ao Público. É possível observar que a existência de microssistemas jurídicos numerosos não restou suficiente para, em matéria de patrimônio público, garantir sua tutela – qual seja, a pulverização jurídica é ineficaz diante da latente depredação dos bens culturais brasileiros. Resta o Código como uma base, um arcabouço que, criado e interpretado em conjunto com o movimento de constitucionalização do Direito, servirá como fundamento para cumprir preceitos legais já existentes, como uma ferramenta adequada de harmonização. Aplicam-se as leis infraconstitucionais em conformidade com a Constituição com maior facilidade, pois permite que a interpretação sistêmica das normas seja realizada com maior eficiência.

Afinal, ao codificar a matéria de proteção aos bens culturais, além de agrupar parte das normas hoje existentes, torna-se possível que seja feito um reexame, corrigindo erros, preenchendo lacunas, atualizando conceitos e otimizando procedimentos. Com isso, traz benefícios procedimentais tanto para a aplicação das normas pelo judiciário quanto para a própria elaboração posterior de outras leis específicas, juntamente com a possibilidade de uma atuação mais efetiva por parte das instituições do poder executivo. Além disso, o fenômeno de publicização do direito, por ter intensificado a importância da interpretação nos moldes dos textos constitucionais e em observância com o interesse público acima do interesse particular, é um fator que não apenas propicia um desenvolvimento vantajoso de um código, como também

evidencia o quão atuais são as codificações – são, afinal, um instrumento legal simultaneamente vivo e rígido, permitindo que as questões jurídicas emergentes sejam abordadas pelo legislativo enquanto ainda se mantém uma segurança jurídica à sociedade e ao patrimônio. É devido a isso que os Códigos, após séculos de críticas e debates, jamais foram superados, tampouco substituídos.

O Brasil possui, em termos gerais, plena estrutura para a elaboração de códigos, o que se evidencia principalmente diante dos recentes Código Civil de 2002 e Código de Processo Civil de 2015. A República Brasileira possui legislação robusta e suficientemente sólida, juntamente com um aparato político-administrativo consolidado dentro de um Estado de Bem-estar Social democrático, preenchendo, assim, todos os requisitos necessários. E, apesar de não possuir um código único sobre direito administrativo, possui estrutura para criar códigos parciais – o que não só é defendido por parte da doutrina brasileira na matéria como também se respalda em exemplos concretos vigentes, como o Código Ambiental, o Código das Águas e outros exemplos estudados. Consiste, afinal, em um tipo de diploma normativo existente e com aplicação de sucesso em outros países. O maior e mais emblemático exemplo é o do *Codice dei beni culturali e del paesaggio*.

A codificação italiana apresenta algumas particularidades em relação às leis esparsas brasileiras. Afinal, é resultado de uma antiga, longa e rica política de proteção ao patrimônio cultural, que é, hoje, uma das principais fontes de turismo para a Itália, gerando retorno financeiro massivo, além de permitir que tais bens sejam usufruídos de fato pela própria população italiana, seja para pesquisa seja pelo lazer. Acrescentando às vantagens práticas de aproximação dos dispositivos – de modo que as normas mais basilares sobre o tema estão unidas e com fácil referência –, o Código de 2004 introduziu alguns conceitos e medidas de proteção antes inexistentes. Foram diferenciados, por exemplo, o que é patrimônio cultural, o que são bens culturais e o que são bens paisagísticos. Também foram destrinchados os conceitos do conhecimento, da proteção, da conservação, da valorização e da fruição dos bens culturais, além da disposição de medidas claras a respeito destes e, principalmente, da sua importância para o tema. Foi introduzido o conceito de *res culturale* que facilitou o enquadramento dos bens no âmbito de proteção do Código. O procedimento de *dichiarazione*, análogo ao tombamento brasileiro, também foi disposto de forma clara e a partir de preceitos atualizados, visando evitar a burocracia em demasia.

Normas de conservação como o restauro de bens, o comodato e a custódia coercitiva são alguns dos exemplos de medidas não previstas, em organização lógica, no direito brasileiro, perpassando desde a Lei do Tombamento até o próprio Código Civil, mas que na Itália

encontram-se todas no *Codice dei beni culturali e del paesaggio*. No Brasil também não há exigência normativa expressa para que a restauração de bens tombados seja feita por meio de uma equipe especializada e qualificada. Além disso, o procedimento de escolha dessa equipe sequer está legislado pela Lei do Tombamento, restando a diretrizes da Lei das Licitações, além de englobar atos discricionários do poder público.

Os crimes relativos ao patrimônio cultural no Brasil encontram-se espalhados pelo Código Penal, pela Lei de Crimes Ambientais, pela Lei de Improbidade Administrativa, entre diversos outros, enquanto os principais tipos penais contra os bens culturais da legislação italiana se localizam em um único Código. As limitações de exportação ou saída do país para os bens culturais estão diluídos na Lei do tombamento, na Lei nº 4.945/1965 de versa sobre obras realizadas no período monárquico, na Lei de monumentos arqueológicos e pré-históricos e na Lei nº 5.471/1968 sobre livros antigos e conjuntos bibliográficos. No Código italiano, todas essas normas estão sob o mesmo *capo*.

É possível concluir, nesse contexto, que as principais problemáticas acerca dessa dispersão de normas são a) os fenômenos normativo-constitucionais, a exemplo da possibilidade recepção, revogação e inconstitucionalidade de disposições infraconstitucionais – temas que, podem atingir tamanha complexidade e polêmica ao ponto de atrasar, ou até mesmo impossibilita, a aplicação das normas em questão; b) aplicação de raciocínios dedutivos para preenchimento de lacunas jurídicas por parte dos juízes de maneira equivocada, considerando-se que sequer existiam lacunas, mas sim normas positivadas, porém em Lei, Decreto ou Portaria distinta e, por vezes, antiga; c) a ameaça à manutenção da segurança jurídica, pela razão supracitada; d) o risco concreto de danos a esses bens culturais, tangíveis ou não, diante da não proteção adequada ou da demora desta; e) o não aproveitamento do verdadeiro potencial econômico, diante de incerteza jurídica nacional, a exemplo do âmbito turístico ou da arrecadação por meio de leilões. Nesse sentido, deixam de ser cobrados valores tarifários que ajudariam na própria proteção do patrimônio, além da perda de oportunidade de geração de empregos; f) dificuldade na determinação de quais são os atores que podem e devem atuar na proteção ao Patrimônio Público e Cultural dentro do âmbito público, dentre outros; e g) obstáculo na aplicação plena das normas existentes, diante de sua pluralidade e difícil localização, de modo que a mesma matéria está legislada em instrumentos distintos. Vêm à tona, portanto, as vantagens da unificação de todas – ou de maior parte – das normas brasileiras sobre bens culturais por meio de um Código, seguindo os exemplos dos países europeus. E, diante dos benefícios supracitados das codificações, consiste em uma solução adequada e com grande potencial de efetividade concreta.

Existem estratégias para sanar esse vácuo legislativo. Atualmente, por exemplo, são aplicadas técnicas de interpretação e supressão de lacunas por meio, principalmente, da autointegração e heterointegração. Há, no entanto, outra medida além da aplicação extralegal de normas estrangeiras: o estudo do Direito Comparado permite a realização de transplantes jurídicos entre legislações internacionais, sejam elas de mesma origem ou não. Hoje, é possível a realização de transplantes jurídicos além da clássica esfera privada, tendo em vista que são feitos, com certa frequência, os transplantes constitucionais. Resta, assim, saber se os critérios necessários para um transplante jurídico do exemplo italiano, trazidos pela doutrina de Valderrama, são, de fato, cumpridos.

Não resta dúvidas acerca do cumprimento do critério relativo à autoridade. Afinal, não só a legislação da Itália sobre proteção do patrimônio é referência global nessa temática, como também existem outros exemplos de normas italianas que foram incorporadas no pensar jurídico brasileiro e inspiraram a nossa legislação pátria, a exemplo do Código Civil de 2002, o qual importa numerosos preceitos clássicos italianos. Consiste em uma nação de referência legislativa, sendo comumente utilizada na aplicação jurisprudencial em países estrangeiros, e com teorias que perpassam fronteiras jurídicas e políticas. É por essa mesma razão que os critérios de prestígio e imposição também são, cumpridos. Nesse sentido, obedecido também está o critério de necessidade de incentivo político e econômico internacional – também cumprido diante da existência de um verdadeiro *soft power* jurídico italiano.

A necessidade de mudança também é clara diante da insuficiência legislativa denunciada na realidade brasileira de salvaguarda ao patrimônio cultural. Os exemplos mencionados de bens em descaso, com destruição eminente ou até mesmo já destruídos, são poucos diante do restante de casos concretos. O desenvolvimento de um Código de Bens Culturais com base no italiano é, acima de tudo, uma solução para que esses bens sejam plenamente protegidos e usufruídos pela população. Há, assim, cumprimento também do critério de expectativa de eficácia da norma, diante do exemplo positivo que a codificação teve no contexto italiano. Resta imprescindível ainda, no entanto, que o processo de implementação desse transplante jurídico seja feito de maneira adequada, sob risco de prejudicar toda a aplicação normativa e não cumprir os efeitos desejados de proteção aos bens culturais.

Necessário que seja estudado o procedimento prático para importação do *Codice dei beni culturali e del paesaggio*. Afinal, não deixam de ser realidades distintas de nações com parâmetros econômicos e sociais diversos – mas que seguem sendo igualmente ricos em história e cultura. A legislação atual brasileira ser insuficiente não significa que seja imprópria ou que deva ser descartada por completo para introduzir somente conceitos e medidas estrangeiras.

Propõe-se, na realidade, que o instrumento italiano seja uma base lógica e normativa para a reorganização e atualização das leis pátrias.

Deve-se, por exemplo, determinar um conceito único de patrimônio cultural para o ordenamento brasileiro, reduzindo o número de discussões judiciais sobre o assunto. Além disso, deve-se especificar a função dos entes estatais, constitucionalmente divididas, evitando conflitos de competência. Distinção legal entre valorização, conservação, manutenção e fruição, dentre outros conceitos, também é importante a fim de delimitar as medidas legais para realização de cada um desses, em conjunto com a enumeração de outros instrumentos de tutela e seu procedimento claro e atualizado, visando, sempre, o menor uso possível do aparato burocrático estatal. Importante também que haja clareza nas disposições sobre circulação de patrimônio cultural, seja nacional seja internacionalmente – afinal, consiste em um importante mecanismo para a disseminação do acesso à cultura. A organização dos crimes contra o patrimônio público, tanto no cunho das sanções administrativas quanto no das sanções penais, também é necessária.

Além disso, necessário reforçar também que os principais mecanismos específicos para consolidação da proteção constitucional devem ser elencados de forma clara e no mesmo dispositivo legal, quais sejam, procedimento de inventário, tombamento, registros, vigilâncias, desapropriações e outras formas de intervenção estatal na propriedade privada que vise o exercício da função cultural da propriedade. Viu-se como a dispersão não é benéfica para o cumprimento dessas medidas. Aspectos gerais sobre a proteção de bens específicos, como o patrimônio subaquático, arqueológico, imperial e imaterial, bem como as disposições sobre princípios e funcionamentos dos museus, também devem ser abordados por um código pátrio. Dessa maneira, a aplicação das normas protetivas seria facilitada pois, mesmo que ainda existissem legislações específicas sobre essas temáticas, a remissão a elas não seria complexa como é no contexto atual.

É objetivo final desse trabalho, desse modo, constatar que a elaboração de um Código de Bens Culturais brasileiro não é somente uma solução possível diante do aparato político e legislativo nacional, como também é, em conclusão, uma medida com vantagens práticas e concretas. Ora, os Códigos ainda são, séculos após seu surgimento, instrumentos eficazes para a organização e sistematização legal, para sanar erros pré-existentes e para propiciar uma aplicação harmônica e constitucional do Direito moderno. Ainda que possuam pontos negativos, sua rigidez é superada pela aplicação teleológica e com base constitucional de seus dispositivos, permitindo que sejam, ainda que rígidas, interpretadas de acordo com os princípios da Constituição Federal.

É nesse sentido que o Código italiano foi tão eficaz em comparação às leis protetivas que existiam previamente. Afinal, apesar de possuir instrumentos protetivos ao patrimônio cultural desde o início do Século XIX, foi apenas com o *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio* que sua legislação se tornou referência internacional nos níveis atuais, com exímia proteção aos bens culturais e consequentes fruição social e aproveitamento econômico. Espera-se, assim, que tal discussão seja levantada no âmbito jurídico e, consequentemente, no legislativo. O patrimônio cultural do Brasil, diante de sua riqueza, extensão e importância global, não pode permanecer em situação de descaso e sem pleno usufruto de seu potencial econômico, histórico, social, acadêmico e cultural.

REFERÊNCIAS

- ALCÂNTARA, Juliana Vasconcelos *et al.* Tombamento: preservação patrimonial de Fortaleza condicionada ao descaso humano. *In:* CUNHA FILHO, Humberto (Org). **A Tutela do Patrimônio Cultural: Identidade e Diversidade**. Fortaleza: IBDCult, p. 297-312, 2019.
- ALTALEX. **Site Altalex**, 2020. Il Decreto Legislativo: limiti costituzionali, procedimento di formazione e rapporti com la Legge di delegazione. Disponível em: <https://www.altalex.com/guide/decreto-legislativo>. Acesso em 13 ago. 2020.
- AMARAL, Beatriz H. R. **As normas que protegem o patrimônio cultural brasileiro**. [S.I.] 2018. Disponível em: conjur.com.br/2018-set-10/mp-debate-normas-legais-protegem-patrimonio-cultural-brasileiro. Acesso em: 13 Out. 2020.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547221720/>. Acesso em: 29 Set. 2020
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 1997.
- BARROS JUNIOR, Carlos S. A codificação do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 18, p. 1-7, 1949.
- BARTOLINI, ANTONIO. Beni culturali. **Enciclopedia del diritto**. Annali, v. 6, p. 110-111, 2013.
- BENHAMOU, Françoise. **Economia do patrimônio cultural**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2016.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região (3ª Turma). **Recurso Criminal 2006.39.00.008274-1**. Relatora: Assusete Dumont Reis Magalhães, Julgamento: 29 Set. 2008. Disponível em: <https://redempambiental.org/BR-Jurisprud-ncia-Criminal-Crimes-Ambientais>. Acesso em 16 Out. 2020.
- CASINI, Lorenzo. “Italian Hours”: The globalization of cultural property law. **International journal of constitutional law**, v. 9, n. 2, p. 369-393, 2011.
- CAVALLARO, Maria Cristina. I beni culturali: tra tutela e valorizzazione economica. **Aedon**, n. 3, 2018.
- COSTA E COSTA, Vanessa; ARAÚJO, Valdete Santos. Inspeção Predição para restauro de imóveis tombados: estudo de caso da capela da Santa Casa de Misericórdia de Manaus/AM. **XIX COBREAP: Congresso Brasileiro de Engenharia de Avaliações e Perícias**. Foz do Iguaçu: COBREAP, 2017. Disponível em <https://ibape-nacional.com.br/biblioteca/wp-content/uploads/2017/08/056.pdf>. Acesso em: 19 out. 2020.
- COSTA, Rodrigo Vieira. A Ideia do Código de Proteção do Patrimônio Cultural enquanto Paradigma de Simplificação dos Direitos Culturais. **IV Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura**. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2008.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Como Brasil/Ceará e Itália/Lombardia salvagam o Patrimônio Cultural Imaterial. *In*: CUNHA FILHO, Francisco Humberto; SCOVAZZI, Tullio (Org). **Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial: uma análise comparativa entre Brasil e Itália**. Salvador: EDUFBA, p. 61-105, 2020.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto; *et al.* O caráter multiforme, ubíquo e multiconcorrencial da vigilância sobre o patrimônio cultural brasileiro. *In*: SOARES, Inês Virgínia Prado *et al* (Org). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, p. 87-106, 2019.

DA SILVA, Bruno Florentino. **Processo legislativo e espécies normativas**. [S.I.]. 2015. Disponível em <https://brunoflorentinosilva.jusbrasil.com.br/artigos/188264150/processo-legislativo-e-especies-normativas>. Acesso em: 16 Jul. 2020.

DE CARVALHO, Laís F. Gonçalves; DE CAMPOS, Yussef D. Salomão. O patrimônio cultural e a função social da propriedade imobiliária urbana sob a ótica constitucional. **Jornal Eletrônico Faculdade Vianna Júnior**, v. 7, n. 2, p. 17-17, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 32ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Federalist Papers: No. 48**. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed48.asp. Acesso em: 20 out. 2020.

FAMIGLIETTI, Gianluca; PIGNATELLI, Nicola. **Codice dei beni culturali e del paesaggio**. Itália: Nel diritto, 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021417/>. Acesso em: 29 Sep. 2020

FERRETTI, Alessandro. **Manuale di diritto dei beni culturali e del paesaggio**, VII-a ed. Itália: Edizioni Giuridiche Simone, 2016.

FIGUEIREDO JUNIOR, Hélio Rodrigues. Bens culturais, função social da propriedade e instrumentos jurídicos para a sua preservação. **Revista de Direito da Cidade**, v. 5, n. 2, p. 28-76, 2013.

FONSECA, Maria Cecília Londres. Para além da Pedra e cal: por uma concepção ampla de patrimônio cultural. *In*: ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (Org.). **Memória e Patrimônio – ensaios contemporâneos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **A cegueira da justiça: diálogo iconográfico entre arte e direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **Como o patrimônio cultural, o turismo e a acessibilidade podem dialogar?** Jota, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-o-patrimonio-cultural-o-turismo-e-a-acessibilidade-podem-dialogar-09012020>. Acesso em: 21 out. 2020.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. O Grafite e a preservação de sua integridade: a pele da cidade e o “droit au respect” no direito brasileiro comparado. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4, p. 1344-1361, 2016.

FRIEDE, Reis. Sobre as lacunas e respectivos mecanismos supletivos. **Cadernos de Direito**, v. 18, n. 34, p. 277-300, 2018.

GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. **Sistemi giuridici comparati**. Utet, 2008.

IPHAN. **Monumentos e Espaços Públicos Tombados – Areia (PB)**. [S.I.], [2020a?]. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/123>. Acesso: em 12 Out. 2020.

IPHAN. **Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI)**. [S.I.], [2020b?]. Disponível em:
<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/761/#:~:text=O%20Programa%20Nacional%20do%20Patrim%C3%B4nio,difusos%20ou%20coletivos%20relativos%20%C3%A0>. Acesso: em 13 Out. 2020.

IRTI, Natalino. L’età della decodificazione. **Revista de Direito Civil, imobiliário, agrário e empresarial**, v. 3, n. 10, p. 15–33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ITÁLIA. **Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n° 42: Codice dei beni culturali e del paesaggio**. 2004. Disponível em:
<https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/testi/04042dl.htm>. Acesso em: 05 nov. 2020.

IZIDORO DA NÓBREGA, Izabel Vicente. **O patrimônio cultural como patrimônio público: o papel do Tribunal de Contas na promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro**. 2020. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito (trad. João Batista Machado)**. 6ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Codificação do Direito Civil no século XXI: de volta para o futuro? (parte 1)**. [S.I.] 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-04/codificacao-direito-civil-seculo-xxi-volta-futuro-parte>. Acesso em: 21 Jul. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, v. 141, p. 99-109, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: volume 1, parte geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229160/>. Acesso em: 29 Set. 2020

MAGGI, Vivian R. de M. **Licitações na Preservação do Patrimônio Cultural Brasileiro: contornando fracassos e desertos**. 2017. 148 f. Dissertação (Mestrado em Preservação do Patrimônio Cultural) – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, Rio de Janeiro, 2017

MARTINS, Aline. Estudo tenta salvar a Igreja de Bonsucesso, em Lucena. **Portal Correio da Paraíba**. Paraíba, 24 abr. 2019. Disponível em:
<https://correiodaparaiba.com.br/cidades/estudo-socioambiental-tenta-salvar-a-igreja-de-bonsucesso-em-lucena/>. Acesso em: 19 out. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**, 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MIRANDA, Marcos P. de S. **Lei do Tombamento completa 80 anos, mas continua atual**. Conjur: 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-09/ambiente-juridico-lei-tombamento-completa-80-anos-continua-atual>. Acesso em: 13 out. 2020

MIRANDA, Marcos P. de S. **Lei dos Crimes Ambientais auxilia na proteção do patrimônio cultural brasileiro**. Conjur: 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-07/ambiente-juridico-lei-crimes-ambientais-auxilia-protecao-patrimonio-cultural>. Acesso em: 13 out. 2020

MORRIESEN, Cláudia. Proprietários encontram entraves para restaurar patrimônios culturais em Joinville. **NSC Total: A Notícia**. Santa Catarina, 21 fev. 2019. Disponível em: <https://www.nscotal.com.br/noticias/proprietarios-encontram-entraves-para-restaurar-patrimonios-culturais-em-joinville>. Acesso em: 19 out. 2020

NOREMBERG, Alessandra. **A publicização do direito privado e a privatização do direito público**. [S.I.] 2014. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/35120/a-publicizacao-do-direito-privado-e-a-privatizacao-do-direito-publico>. Acesso em: 22 ago. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEJOVIC, Caslav. Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal. **Victoria University of Wellington Law Review**, v. 32, n. 3, p. 817-842, 2001.

PEREIRA, Fabio Queiroz. Consolidação e codificação em direito civil: bases conceituais e experiências sulamericanas. **RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 33, p. 1-20, 2018.

PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, p. 1304-1327, 2012.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais**. Biblioteca Virtual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. 2010, p. 79-95. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/43>. Acesso em: 08 Out. 2020.

PORTES, Paola Alvarenga. Breve história da tutela jurídica do Patrimônio Cultural: da antiguidade à modernidade. In: CUNHA FILHO, Humberto (Org). **A Tutela do Patrimônio Cultural: Identidade e Diversidade**. Fortaleza: IBDCult, p. 198-217, 2019.

PRAGMÁCIO, Mário. A negação do patrimônio cultural imaterial. In: SOARES, Inês Virgínia Prado *et al* (Org). **Tutela jurídica e política de preservação do patrimônio cultural imaterial**. Salvador: Editora JusPodivm, p. 29-46, 2018.

REGIS, Alex. Justiça autoriza demolição do Hotel Reis Magos. **Tribuna do Norte**. Rio Grande do Norte, 01 jun. 2019. Disponível em: <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/justia-a-autoriza-demolia-a-o-de-hotel/449713>. Acesso em: 15 out. 2020.

SCHAUER, Frederick. The politics and incentives of legal transplantation. **CID Working Paper Series**, 2000.

SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito constitucional e as lacunas da lei. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 28, 1994.

TEMPORIM, Isabela Esteves. Do movimento de codificação do direito aos microsistemas jurídicos. **ETIC-Encontro de Iniciação Científica-ISSN 21-76-8498**, v. 14, n. 14, 2018.

UCHOA, Cibele Alexandre *et al.* Reflexões acerca da função social do patrimônio cultural a partir do caso da Casa do Barão de Camocim (Fortaleza-CE) e a Casacor Ceará 2016. *In*: CUNHA FILHO, Humberto (Org). **A Tutela do Patrimônio Cultural: Identidade e Diversidade**. Fortaleza: IBDCult, p. 167-181, 2019.

UNESCO, Comissão Nacional de Portugal. **O que é o patrimônio cultural subaquático?**. Lisboa: Comissão Nacional da UNESCO Portugal, 2016.

UNIVERSIDADE DO TEXAS. **The Constitute Project: the world's constitutions to read, search, and compare**, 2020. Disponível em: <https://www.constituteproject.org/search>. Acesso em: 20 out. 2020.

VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. Legal transplants and comparative law. **International Law Journal**, p. 261-276, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral. vol. 1**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WATSON, Alan. From legal transplants to legal formants. **Am. J. Comp. L.**, v. 43, p. 469, 1995.

ZIMMERMANN, Reinhard *et al.* O Código Civil Alemão e o desenvolvimento do Direito Privado na Alemanha. **Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC (Journal of Contemporary Private Law)**, v. 12, p. 317-358, 2017.