

## A INTENSIDADE NORMATIVA E O NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO AO PATRIMÔNIO CULTURAL: CONSIDERAÇÕES EM TEMPOS DE ISOLAMENTO SOCIAL

Carlos Magno de Souza Paiva\*

**Resumo:** O presente estudo busca teorizar a fundamentalidade do direito ao patrimônio cultural, nos dias atuais, considerando a banalização do conceito e dos efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento de um direito como sendo um direito fundamental. Paralelamente, o trabalho apresenta o que é o exercício do direito ao patrimônio cultural e seus respectivos atributos de acesso, fruição e criação, chamando a atenção para o fato de que, na atualidade, o atributo de acesso é priorizado em detrimento dos demais. Por fim, o texto traz algumas reflexões sobre como é possível o exercício desse direito mesmo em tempos de isolamento social e digitalização da vida cotidiana.

**Palavras-chave:** Direito fundamental ao patrimônio cultural. Isolamento social. Digitalização do dia a dia. Direitos fundamentais. Núcleo essencial dos direitos fundamentais.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O núcleo essencial do direito fundamental ao patrimônio cultural. 3. Direito ao patrimônio cultural e isolamento social. 4. Considerações finais. Referências.

### **Normative intensity and essential content of the right to cultural heritage: considerations in times of social isolation**

**Abstract:** The present study seeks to theorize the fundamentality of the right to cultural heritage nowadays considering the trivialization of the concept and the legal effects resulting from the recognition of this right as being a fundamental right. At the same time, the work presents what is the exert of the right to cultural heritage and its respective attributes of access, enjoyment and creation,

---

\* Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto. Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Direito do Patrimônio Cultural – NEPAC/UFOP. *E-mail:* cmdspaiva@gmail.com

calling attention to the fact that currently the access attribute is prioritized in detriment of the others. Finally, the study brings some reflections on how it is possible to exert this right even in times of social isolation and digitalization of daily life.

**Keywords:** Fundamental right to cultural heritage. Social isolation. Digitization of everyday life. Fundamental rights. Essential content of the fundamental rights.

**Summary:** 1. Introduction. 2. The essential content of the fundamental right to cultural heritage. 3. Right to cultural heritage and social isolation. 4. Final considerations. References.

## 1 Introdução

A disseminação de ferramentas digitais e sua relação com a preservação e valorização do patrimônio cultural não surge, necessariamente, do isolamento social imposto pela pandemia da COVID-19. Considerando que a imersão completa da nossa sociedade no mundo digital é uma realidade irreversível, fato é que, para além do uso das novas tecnologias como ferramentas auxiliares de proteção e promoção, o que restou em jogo, especialmente em relação às atuais e futuras gerações, é a própria relação de vivência e apropriação do patrimônio cultural e, principalmente, as possibilidades de acessá-lo e fruir, de agora em diante, em um cenário com tantos protocolos de segurança e restrições envolvendo situações e eventos presenciais.

A virtualização das nossas relações com o mundo,<sup>1</sup> e isso inclui a nossa relação com os bens culturais, tem sido acentuada pelo isolamento social, e, em termos jurídicos, essa situação levanta uma tríplice reflexão sobre:

- a) Qual o conteúdo atual do direito ao patrimônio cultural?
- b) Como se dá o exercício desse direito nos dias de hoje? e
- c) Existem possibilidades para o seu exercício mesmo com as pessoas impossibilitadas de sair de casa?

Essas três questões serão brevemente avaliadas no presente texto apontando, inicialmente, para o conteúdo normativo do direito ao patrimônio cultural na atualidade. Seria este, efetivamente, e não apenas em termos retóricos, um direito fundamental? E o sendo, qual seria o seu núcleo essencial? Tais questionamentos são pertinentes em vista das considerações feitas pelo Professor José Carlos Vieira de Andrade ao constatar que os direitos fundamentais, todos eles, possuem um núcleo essencial e suas respectivas camadas envolventes, que acabam por referen-

---

<sup>1</sup> Amparo Lasén Díaz utiliza a expressão “*digitalización de la vida cotidiana*”. DÍAZ, Amparo Lasén. Lo ordinario digital: digitalización de la vida cotidiana como forma de trabajo. In: *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Disponível em: <<https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/66040>>. Acesso em: 3 ago. 2020.

ciar a intensidade do valor normativo em causa.<sup>2</sup> E diante desta consideração elementar a despeito de qualquer direito fundamental, poderíamos indagar: qual a intensidade normativa e o núcleo essencial do direito ao patrimônio cultural, especialmente nos dias atuais?

## **2 O núcleo essencial do direito fundamental ao patrimônio cultural**

Em termos formais, a sistemática constitucional brasileira é muito peculiar quanto ao tratamento dispensado ao patrimônio cultural. A título de exemplo, diferentemente da Constituição portuguesa que estabelece, expressamente, em seu art. 9º, ser tarefa fundamental do Estado “proteger e valorizar o patrimônio cultural do povo português” ou da Constituição da Bolívia que determina que a preservação do patrimônio histórico constitui finalidade e função essencial do Estado, por aqui não há um dever ou direito fundamental taxativamente alocado em nosso Título II: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. O Inciso LXXIII, do art. 5º da nossa Constituição de 1988, até prevê que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”. Todavia, será que é esse “estar junto” da “moralidade administrativa” ou “patrimônio público”, para fins de titularidade na propositura da ação popular, que confere o *status* de “direito fundamental” ao patrimônio cultural?

Poder-se-ia afirmar que o direito ao patrimônio cultural, materialmente considerado, constitui um direito fundamental mormente em razão da abertura dada pelo § 2º, do art. 5º da CR, que estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluam outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Desse modo, para além da postura pouco pretensiosa do legislador constituinte em incluir no Título II algum dispositivo diretamente voltado para o patrimônio, felizmente, é possível aferir, sem qualquer instrumentalismo de conveniência, a condição de fundamentalidade do direito ao patrimônio cultural a partir da compreensão amadurecida, abrangente e plural dos documentos normativos de Direito Internacional, principalmente aqueles que versam sobre Direitos Humanos.

Inclusive, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos traz duas alusões ao papel da cultura na vida do ser humano. Uma para dizer que “todo ser

---

<sup>2</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade” e outra para destacar que “a todo ser humano, como membro da sociedade, é garantido os direitos culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”.<sup>3</sup>

Sob esse prisma, talvez este seja um dos aspectos mais contundentes para assegurar a fundamentalidade jurídica do direito ao patrimônio cultural. Afinal, estamos diante, nada mais nada menos, do principal documento de Direitos Humanos existente, sendo o Brasil um dos primeiros países no mundo a ratificar o seu conteúdo.

A forma como a DUDH ligou as referências culturais à dignidade humana e à construção da personalidade do indivíduo vai além de um mero argumento retórico de enaltecimento da cultura. Estamos frente ao fato de que as referências cu s dizeres de Elimar Szaniawski (2002):

A personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens [...].<sup>4</sup>

Concordamos com Graham, Ashworth e Tunbridge (2016) que afirmam que “o patrimônio cultural provê significado à existência humana, transmitindo valores atemporais e vínculos permanentes que sustentam a identidade”.<sup>5</sup> E insistimos: o direito às referências culturais do indivíduo são direitos de personalidade e, portanto, “absolutos, extra patrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários”.<sup>6</sup> Tais constatações colocam em dúvida, inclusive, o tratamento dispensado à reparação civil por danos ao patrimônio cultural da forma como é trabalhada hoje no Brasil e vista unicamente como uma reparação de dano a direito difuso. Ora, nada é tão individualizável quanto a personalidade do sujeito, e, sendo o direito ao patrimônio cultural parcela do exercício do próprio direito à personalidade, nada mais inadequado que tratar a reparação por dano ao patrimônio cultural apenas sob a ótica da sua natureza difusa partindo de uma suposta “indeterminabilidade” dos sujeitos afetados.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

<sup>4</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 2002.

<sup>5</sup> “[...] heritage provides meaning to human existence by conveying the ideas of timeless values and unbroken lineages that underpin identity”. In: GRAHAN, Brian; ASHWORTH, G. J.; TUNBRIDGE, J. E. *A Geography of Heritage: Power, Culture and Economy*. Nova York: Routledge, 2016.

<sup>6</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Os Direitos da Personalidade e o Novo Código Civil: Questões Suscitadas. In: *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 19, 2002.

<sup>7</sup> Segundo Ana Maria Moreira Marchesan, “não se pode atribuir, por exemplo, um percentual da atmosfera à cada cidadão planetário nem uma parcela “x” da expressão cultural representada por um imóvel de notável valor histórico”, em razão da indeterminabilidade de titulares (o pertencimento do direito recai sobre uma coletividade não individualizável de sujeitos). MARCHESAN, Ana Maria

Seja pela condição de inalienabilidade do direito à personalidade, seja pela teoria da reparação integral do dano, tal reducionismo mostra-se inadmissível.

Ademais, é relevante apontar que na única oportunidade em que a nossa Constituição nomeia um direito, cuja mera “ameaça de lesão” já estaria sujeita às punições da Lei, é para se referir ao Patrimônio Cultural.<sup>8</sup> Certamente, por reconhecer, além da infungibilidade própria aos bens culturais, a sua condição de elemento inerente à construção da personalidade do indivíduo e à identidade de uma comunidade.

Sendo assim, daquilo que foi dito acima, pode-se inferir que o direito ao patrimônio cultural é sim um direito fundamental, materialmente considerado, e, portanto, contemplado pelo Título II da Constituição da República, que estabelece os “Direitos e Garantias Fundamentais”. Ainda que de modo coadjuvante, está amparado pela garantia fundamental da ação popular, mas, especialmente, por decorrer de um elemento basilar na construção da personalidade do sujeito e da identidade coletiva, além de ser um Direito Humano por força da DUDH, também é um direito fundamental.

Contudo, alguém poderia questionar: ora, se o art. 216 da Constituição já contempla o patrimônio cultural de forma expressa, por que tanto esforço para buscar elementos que o caracterizem como um “direito fundamental”? E a resposta a essa pergunta parte do pressuposto de que se vive hoje no Brasil uma completa banalização dos direitos fundamentais, em que, a princípio, todos os direitos são fundamentais, pouco importando o seu conteúdo ou o seu *locus* infralegal ou mesmo constitucional. Segundo George Marmelstein (2014):

Hoje em dia, há direitos fundamentais para todos os gostos. Todo mundo acha que seu direito é sempre fundamental. [...] Há quem considere titular de um direito fundamental andar armado. Há quem diga que existe um direito à embriaguez. Pelo que se observa, há uma verdadeira vulgarização do uso da expressão direito fundamental.<sup>9</sup>

Ser ou não ser um direito fundamental implica em consequências jurídicas sérias que se forem ignoradas, colocam em risco tanto a mediocrização daquilo

---

Moreira. Os Princípios Específicos da Tutela do Meio Ambiente Cultural. In: *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 73, jan./abr., 2013, p. 97-123. Se por um lado este raciocínio é totalmente válido para impedir que alguém possa se apropriar dos bens culturais em detrimento da coletividade, por outro, sendo o “imóvel de notável valor histórico” e seus significados, imprescindíveis para a construção da personalidade de um indivíduo ou comunidade, estruturando o próprio direito à personalidade, como não pensar em uma reparação individual decorrente de eventuais danos a esse bem cultural? Nestes termos é que entendemos que, em caso de dano, existe sim a necessidade de reparação difusa, mas isso não exclui a possibilidade de reparação individual por lesão ao direito à personalidade, nos termos da teoria da reparação integral do dano.

<sup>8</sup> Nos termos do art. 216, § 4º da CR: “Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”.

<sup>9</sup> MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

que é primordial como a exaltação daquilo que deveria ser banal, ainda que juridicamente tutelável. E uma primeira consequência diz respeito ao que o Professor José Joaquim Gomes Canotilho chama de “núcleo essencial”<sup>10</sup> destes direitos e da impossibilidade de leis ordinárias restringirem esse núcleo. Seja em razão do conteúdo crucial desses direitos, seja em razão da hierarquia normativa própria da nossa estrutura jurídico-positiva, uma lei não pode restringir um direito fundamental a ponto de comprometer a realização do seu núcleo essencial. Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva (2010) deixa claro que a “declaração de um conteúdo essencial destina-se ao legislador ordinário, pois é esse que, em sua tarefa de concretizador dos direitos fundamentais, deve atentar àquilo que a Constituição chama de “conteúdo essencial”.<sup>11</sup>

Outra consequência de se reconhecer ou não um direito como fundamental está relacionada à proibição do retrocesso social, ou seja, do dever fundamental do órgão legiferante editar leis que gradativamente incrementam os direitos fundamentais. Ademais, Christiano de Oliveira Taveira e Thaís Boia Marçal acrescentam que esse princípio apresenta intensa relação com a proibição de proteção deficiente e a proibição de excesso uma vez que, pelo conceito daquela, entende-se que o Estado, mediante suas prestações sociais, tem o dever de procurar maximizar o mínimo existencial, enquanto por esta tem-se que é vedado ao Estado utilizar meios de caráter retrocessivo que, embora não atinjam aqueles direitos que já foram concretizados, possam promover uma involução social porque houve uma intervenção na sociedade além do que era necessário.<sup>12</sup>

Pois bem, feitas tais considerações, retornemos à nossa questão central: sendo o direito ao patrimônio cultural um direito fundamental, qual seria, na atualidade, o seu núcleo essencial? E no esteio do que coloca o Professor Vieira de Andrade, quais as camadas normativas que envolveriam esse núcleo?

Entretanto, antes, uma questão de ordem se faz necessária: chamamos a atenção, agora, para a locução “atualidade”. Nesse sentido, não há dúvidas que, ao longo dos anos, especialmente do século XX, o conteúdo normativo do bem jurídico patrimônio cultural foi substancialmente alargado para abranger, já nos dias atuais, demandas relacionadas ao patrimônio popular, patrimônio imaterial, diversidade cultural, paisagem cultural, alteridade cultural, entre outros aspectos. Logo, qualquer que seja a discussão sobre a dimensão de um direito ao patrimônio cultural, na contemporaneidade, todos esses aspectos precisam ser considerados.

<sup>10</sup> In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

<sup>11</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>12</sup> TAVEIRA, Christiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica. *Revista de Direito Administrativo*, v. 264, set./dez., 2013, p. 163-164.

E feita tal ressalva, retomamos: qual o núcleo essencial do direito ao patrimônio cultural? Qual ou quais aspectos, em termos normativos, restam resguardados das eventuais limitações administrativas e legiferantes e, ainda, quais aspectos estão resguardados da proteção deficiente e da intervenção além do necessário?

Trazendo o debate para a sua vertente mais pragmática, valemo-nos da discussão sugerida por Ingo Sarlet e Carolina Zockun<sup>13</sup> ao distinguir os conceitos de mínimo existencial e mínimo necessário, pois ainda que o direito ao patrimônio cultural seja classificado, tipicamente, como direito de terceira dimensão, a sua condição de direito/prestação social é inquestionável. Afinal, por significar um bem jurídico, também de titularidade coletiva, o papel do Estado quanto ao seu poder/dever de proteger e valorizar o patrimônio é potencializado, ainda mais em um país onde o volume de mazelas sociais e o desequilíbrio na formação/instrução social comprometem a adequada compreensão do valor e da importância das artes e da cultura para o desenvolvimento de uma comunidade local ou mesmo nacional.

Proteger o patrimônio cultural não é garantir a sua mera existência, restrita, mais das vezes, ao não perecimento do seu suporte físico. Essa proteção deve garantir (e aqui está o seu núcleo essencial) a subsistência do processo de referencialidade para a construção da identidade individual e coletiva a partir do patrimônio cultural, assegurada as condições para a sua transmissão geracional. E, certamente, que estabelecer uma linha fronteira do mínimo de proteção devida não é algo factível. Todavia, isso não significa que não possa existir um consenso a despeito de situações evidentes onde o núcleo central do direito ao patrimônio cultural, enquanto direito fundamental, tenha sido violado.

Sendo o direito ao patrimônio cultural uma das faces do direito à personalidade e, portanto, base para o processo de construção da identidade individual e coletiva, a sua proteção nuclear deve se voltar justamente para a não interrupção desse processo, o que poderia significar o fim do fator de referencialidade coletiva e, conseqüentemente, a perda do valor cultural objeto da tutela.

Um município que não disponibiliza equipamentos de *data show* nas salas de aula da rede pública municipal de ensino não afeta de morte o núcleo essencial do direito à educação. Entretanto, se esse mesmo município se furta a providenciar transporte escolar para as crianças de baixa renda da zona rural, então, é consenso que o núcleo essencial do direito fundamental à educação foi violado, e isso é inadmissível. Ora, o que se coloca em torno do direito ao patrimônio é

---

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. In: *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, maio/ago., 2016, p. 115-141.

uma reflexão parecida: não realizar o inventário de algum determinado bem cultural material móvel fere de morte o direito fundamental ao patrimônio cultural? Não apoiar determinadas pessoas, detentoras de saberes tradicionais, viola o núcleo essencial do direito ao patrimônio cultural em causa? Impedir, por decreto, durante meses, a aglomeração de pessoas, em razão da pandemia, constitui ato inconstitucional por atingir um direito fundamental em sua essência?

A resposta a cada uma dessas perguntas, entre tantas outras, poderia ser respondida avaliando, como dito, o potencial que cada uma das ações acima teria para interromper o processo de referencialidade para a construção da identidade individual e coletiva, a partir do patrimônio cultural da comunidade (local, regional ou nacional). Importante destacar que aspectos como ressignificação, patrimônio imaterial, patrimônio vivo, diversidade cultural ou patrimônio marginalizado estão totalmente compreendidos na proposta apresentada e devem permear o questionamento e a resposta sobre a possibilidade, ou não, de interrupção do referido processo de referencialidade.

Ademais, essa proposição sobre a definição/consequências de um contorno para o núcleo essencial do direito ao patrimônio cultural possui total relevância para se tratar também questões de ordem financeira como:

- a) O percentual do orçamento que deve (ou deveria) ser destinado à cultura e, especialmente, à proteção e valorização do patrimônio cultural;
- b) O valor das condenações decorrentes de dano ao patrimônio cultural; ou
- c) As medidas de incentivo
  - c.1) A proprietários de imóveis tombados,
  - c.2) Detentores de conhecimentos tradicionais ou
  - c.3) Grupos voltados para preservação de bens culturais imateriais.

O fato dos direitos fundamentais admitirem diferentes graus de satisfação não pode significar a sua proteção deficiente. E se, por um lado, a definição de uma linha contorno do núcleo essencial do direito ao patrimônio cultural pode parecer algo improvável de se estabelecer, isso não significa, como dito acima, que seja impossível constatar situações claras que podem causar a interrupção do processo de referencialidade cultural intra e intergeracional e que podem atingir de morte esse direito fundamental.

### **3 Direito ao patrimônio cultural e isolamento social**

Feitas tais reflexões sobre a fundamentalidade do direito ao patrimônio cultural, torna-se oportuno compreender como se dá o exercício desse direito na atualidade, especialmente em um mundo marcado pela “digitalização da vida co-



tidiana”.<sup>14</sup> E para além dos impactos decorrentes de uma vida predominantemente *online* e pautada por direcionamentos comportamentais moldados por algoritmos,<sup>15</sup> nos importa avaliar aqui se a transformação da tradicional relação “cara a cara” com os bens culturais para uma relação “tela a tela” impactaria ou não no exercício do direito ao patrimônio cultural em sua tríplice dimensão de exercício: acesso, fruição e criação patrimonial.

Conforme nosso entendimento,<sup>16</sup> o direito ao patrimônio cultural, tal como o direito à propriedade, apresenta atributos próprios ao seu exercício. Da mesma forma que o “usar, gozar e dispor” são faculdades garantidas ao proprietário, toda pessoa deve ter assegurada a garantia de “acessar, fruir e criar” os bens culturais. Ocorre que, tradicionalmente, o nosso vínculo com o patrimônio cultural pauta-se em uma relação mediada pela presença e pelo contato físico e, normalmente, falar em direito ao patrimônio implica discorrer acerca de uma experiência materializada pela relação presencial com objetos, pessoas ou manifestações culturais, o que sempre evidenciou o atributo “acesso” em detrimento do “fruir” ou do “criar”.

É possível exercer o direito ao patrimônio cultural sem o acessar fisicamente? Diferentemente do meio ambiente natural, definido como o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”,<sup>17</sup> e que sempre significará a nossa interação com um componente físico, o nosso vínculo com o patrimônio cultural decorre de uma relação intangível em si. Ainda que o bem cultural

---

<sup>14</sup> Segundo Amparo Lasén Díaz, a digitalização do dia a dia – “*ordinario digital*” – “*es la creciente digitalización de nuestra cotidianidad, la ubicuidad y generalización de los usos y prácticas digitales, vinculados en su mayoría a los móviles y redes sociales. Uno de sus aspectos principales es la creciente producción y almacenamiento de inscripciones digitales acerca de nuestras vidas, relaciones, afectos, opiniones y actividades ordinarias, que se convierten en el contenido de las plataformas digitales, motores de búsqueda y apps del móvil, y también en la materia de la que se producen los datos, cuya mercantilización constituye la principal fuente de lucro, o modelo de negocio, de las empresas propietarias de estas plataformas y aplicaciones digitales.*” DÍAZ, Amparo. Lo ordinario digital: digitalización de la vida cotidiana como forma de trabajo. In: *Cuadernos de Relaciones Laborales*, op. cit.

<sup>15</sup> Nos termos desenvolvidos pelo Professor Patrick Crogan que discorre sobre a diferença entre a construção de uma opinião coletiva a partir da imprensa convencional e o uso de fórmulas algorítmicas utilizadas pelas redes sociais cada vez menos preocupadas com o conteúdo da notícia difundida e mais com a fixação de tempo gasto em navegação pelo usuário. In: CROGAN, Patrick. *La automatización y digitalización de la vida cotidiana*. En: Ad Comunica. Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación, nº 12. Castellón: Asociación para el Desarrollo de la Comunicación ad Comunica y Universitat. Jaume I, 127-139. DOI: <http://dx.doi.org/10.6035/2174-0992.2016.12.8>.

<sup>16</sup> Proposta detalhadamente exposta em nosso “Direito do Patrimônio Cultural: Autonomia e Efetividade” (2015).

<sup>17</sup> A Lei Federal 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Política Nacional de Meio Ambiente), em seu art. 3º, Inciso, I, estabelece que para os fins previstos nesta Lei, entende-se por meio ambiente o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

possua um suporte físico, a sua compreensão e experiência coletiva pauta-se muito mais em um sentimento que em uma sensação tátil. Daí que tão ou mais importante que a coisa ou a manifestação cultural fisicamente experimentada é o significado expresso pelos bens culturais. Esse, por sinal, deveria ser o foco de toda política preservacionista, ou seja, o estudo, a experiência e a partilha dos significados contidos nas expressões mais relevantes da cultura.

Dito isso, “acessar, fruir ou criar” o patrimônio vai muito além do contato com o suporte físico (objetos, pessoas ou manifestações) dos bens culturais. Mesmo no caso do atributo “acesso” não é difícil compreender que, ainda que uma pessoa nunca tenha ido ao Museu do Ipiranga ou ao Pelourinho, seja possível o acesso de outras formas como em livros, fotografias, filmagens e até mesmo visitas virtuais. Não que o contato presencial seja irrelevante ou dispensável, especialmente em razão da oportunidade única da experimentação patrimonial,<sup>18</sup> no entanto, limitar o acesso aos bens culturais à sua dimensão física é subestimar aquilo os torna tão especiais na forma como devem ser tutelados juridicamente, ou seja, priorizando mais os valores por eles representados que os suportes materiais que os comportam.

Por outro lado, o “fruir e criar” o patrimônio cultural são atributos subdimensionados nas ações voltadas para a preservação patrimonial nos dias atuais. Assim, esses aspectos são justamente os que merecem destaque ao respondermos a terceira questão proposta no início desse estudo: “Existem possibilidades para o exercício do direito ao patrimônio cultural mesmo com as pessoas impossibilitadas de sair de casa?”.

Em razão da pandemia da COVID-19, várias medidas pautadas no isolamento social têm sido adotadas. Logo, a nossa preocupação nesse momento é sobre os possíveis impactos dessas ações sobre o direito de acesso, fruição e criação do patrimônio cultural que, como dito, é um direito fundamental. Nesse contexto, não é preciso muito esforço para perceber que o fechamento de locais públicos e a proibição de aglomerações pode comprometer aquilo que é uma das principais finalidades do patrimônio: a experimentação individual e coletiva de pertencimento cultural a uma comunidade. Por outro lado, essas mesmas medidas de isolamento são importantes e necessárias para se resguardar a incolumidade pública. Dito isso, poder-se-ia indagar: O direito ao patrimônio cultural, ainda que fundamental, é subsidiário face às demandas de ordem sanitária rela-

---

<sup>18</sup> “A experimentação patrimonial pode nos colocar numa possibilidade de percepção de diferentes temporalidades, para além do tempo maquínico que parece absorver e dominar as sensibilidades contemporâneas, podendo nos por em contato com outras espessuras e rugosidades temporais que enriqueçam nossas capacidades de perceptibilidade e, porque não, nosso senso crítico.” PESSOA, Ângelo Emílio da Silva. Educação Patrimonial, Ensino de História e Cultura Histórica: Algumas Experiências e Considerações. In: *SAECULUM – Revista de História*, João Pessoa, n. 35., jul./dez., 2016, p. 151.

cionadas à COVID-19? Admite-se aqui uma hierarquia de direitos fundamentais ainda que isso signifique uma restrição ao núcleo essencial do direito ao patrimônio?

Por mais que a polarização de ideias tenha tomado conta do debate político no país, estabelecendo como única (ou principal) forma de discutir a estipulação de um dilema insuperável entre o “bem e o mal” – e com chances, inclusive, disso recair sobre a continuidade, ou não, das manifestações culturais que envolvam aglomerações públicas em tempos de pandemia – não se pode esquecer que uma característica central distintiva dos direitos fundamentais é, justamente, a possibilidade de otimização de suas normas distintivas. Isso quer dizer que em se tratando de um aparente conflito entre direitos fundamentais, há que se pensar, conforme o caso concreto, como tais direitos poderiam ser otimizados de modo a preservar o seu núcleo essencial.

Ora, museus fechados podem fazer exposições virtuais; ritos religiosos podem ser transmitidos em tempo real; a aprovação de projetos arquitetônicos de intervenção podem acontecer remotamente; processos judiciais de apuração de danos podem transcorrer eletronicamente; obras literárias podem ser digitais; capacitações podem ser ministradas em plataformas educacionais “on-line” e até mesmo os encontros e reuniões podem se dar por videoconferência. Sendo assim, será mesmo que o isolamento social anula a possibilidade de acesso, fruição e criação do Patrimônio Cultural? Ou será que há espaço para otimizar o exercício desse direito com o direito à saúde e a incolumidade sanitária?

O atributo da fruição do patrimônio cultural diz respeito às possibilidades de incorporar informações e sentimentos que contribuam para construção da personalidade cultural do indivíduo e da coletividade. É a consequência lógica (ou pelo menos deveria ser) decorrente do acesso aos bens culturais, que é seguido de uma assimilação dos valores vivenciados e sua difusão discursiva com a coletividade. O patrimônio não serve apenas para entretenimento e lazer. O acesso é fundamental, porém, políticas públicas que o garantam, sem assegurar a sua fruição, são ações empobrecidas e que, novamente, se atentam tão somente ao suporte material em causa. Sendo assim, pautar a construção de identidades individuais e coletivas, reconhecer e compartilhar os diferentes tipos de saber, compreender e se abrir para culturas externas, difundir e valorizar os próprios costumes e tradições são possibilidades de “fruir” os bens culturais. Todo esse processo é muito mais complexo, envolve uma formação prévia da comunidade e demanda muito mais tempo que a garantia do mero acesso. No entanto, quando bem conduzido, gera resultados muito mais consistentes e fecundos na construção do sentimento de afetividade e pertencimento cultural ao mesmo tempo que expande os olhares e as possibilidades de um diálogo de alteridade entre as diferentes culturas.

Por fim, consideremos o terceiro atributo do exercício do direito ao patrimônio cultural, que é o da criação patrimonial, e que, tal como o atributo da fruição, também é negligenciado pelas políticas preservacionistas do país. Afinal, quantas vezes temos a impressão que o patrimônio cultural é algo eminentemente ligado ao passado, como se tratasse apenas de uma herança que nos foi legada e sem possibilidades de ser acrescida, ressignificada ou inovada? A perspectiva de criação patrimonial decorre do pressuposto que os significados patrimoniais são dinâmicos e mutáveis e que dependem de ser permanentemente questionados para que tenham condições de sobrevivência na transposição de uma geração a outra.<sup>19</sup>

A Convenção de Faro,<sup>20</sup> que trata do patrimônio cultural comum da Europa, estabelece, em seu art. 4º, que “cada pessoa, individual ou colectivamente, tem o direito de beneficiar do patrimônio cultural e de contribuir para o seu enriquecimento.” Esse é justamente o ponto que se pretende evidenciar quando falamos no atributo “criação do patrimônio”, ou seja, garantir um espaço para que as atuais e futuras gerações deixem suas contribuições para o conjunto do patrimônio (local, regional, nacional ou global). Independente do quadro de pandemia que vivemos, há uma(s) geração inteira de “pós millennials”,<sup>21</sup> que se difere bastante das gerações anteriores no que se refere ao modo como vivem e experimentam o mundo, e que precisam sentir que há espaço para a sua própria contribuição ao patrimônio cultural, sob o risco de se criar um ambiente de antipatização e esquecimento deliberado das nossas heranças culturais, por mais que o atributo “acesso” seja promovido.

O patrimônio cultural, e seus diferentes elementos constitutivos, é intergeracional em relação ao passado, mas também o deve ser em relação ao futuro. Os atuais instrumentos de tutela atendem uma expectativa em relação a como nós (geração atual) entendemos e queremos que seja preservado o patrimônio cultural, enfatizando, com as ressalvas apontadas, o acesso físico em detrimento à fruição e criação cultural. Porém, será que tais instrumentos ainda se sustentam em uma realidade de multidimensionalidade cultural, digitalização do cotidiano e isolamento social? A considerar a integridade do núcleo essencial do direito fundamental ao patrimônio cultural, talvez seja hora de se reavaliar o papel da fruição e cria-

<sup>19</sup> Cfr. HOBBSAWM, Eric. Introdução: A Invenção das Tradições. In: HOBBSAWM, Eric; RANGER, Terence. *A Invenção das Tradições*. Tradução de Celina Cardim Cavalcante. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

<sup>20</sup> UNIÃO EUROPÉIA. Convenção-Quadro do Conselho da Europa relativa ao valor do patrimônio cultural para a sociedade, de 27 de outubro de 2005.

<sup>21</sup> Ver: A geração que desbanca os millennials. In: *El País*. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/19/internacional/1534683555\\_936952.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/19/internacional/1534683555_936952.html)>. Acesso em: 1º nov. 2020.

ção patrimonial e os instrumentos legais que os asseguram como forma de se preservar a subsistência do processo de referencialidade para a construção da identidade individual e coletiva.

#### **4 Considerações finais**

Duas realidades se conjugam para evidenciar que o tratamento jurídico dispensado ao patrimônio cultural precisa ser reavaliado: o isolamento social imposto pelas pandemias, atuais e futuras, e a digitalização da vida cotidiana. Isso não quer dizer que o patrimônio cultural tenha perdido ou reduzido sua capacidade de ser um espaço no qual as pessoas podem se identificar e promover um diálogo de reconhecimento mútuo e solidário. Todavia, esse potencial transformador resta comprometido quando o direito em causa não é efetivamente tratado com o *status* que lhe é devido enquanto direito fundamental ou quando apenas o atributo acesso é priorizado em detrimento dos atributos fruição e criação, próprios ao exercício do direito ao patrimônio cultural.

Por fim, gostaríamos de deixar uma provocação: será que as circunstâncias atuais não seriam até mais favoráveis para refletirmos, atribuímos valor e sentirmos o nosso Patrimônio Cultural em vez de simplesmente visitá-lo? Várias ações, algumas inovadoras, estão surgindo como propostas decorrentes dos limites impostos pela pandemia: reformas de diferentes espaços por não estarem abertos à visitação; catalogação e digitalização de acervos; encontros e reuniões *online*; maior divulgação e alcance das ações e editais temáticos; maior facilidade e oferta de capacitação de agentes e atores envolvidos com o tema patrimonial; difusão de *tours* virtuais por museus, galerias e espaços de cultura, maior democratização das informações e tomadas de decisão em questões pertinentes. Considerando que “as políticas de patrimônio, que são políticas de reconhecimento, celebram identidades e, simultaneamente, resistências, já que os atos políticos do Estado são verticais, dissimulando identidades locais e as reivindicações das bases comunitárias”,<sup>22</sup> quem sabe a possibilidade de um ambiente mais horizontalizado na difusão do patrimônio, propiciada pelo meio digital (e suas causas atuais), não seja o início de um caminho para reavaliarmos os instrumentos jurídicos clássicos de proteção ao patrimônio e sua adequação aos dias atuais e futuros, de modo a garantir, além do acesso, uma maior fruição e criação do patrimônio?

---

<sup>22</sup> Cfr. CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. *Percepção do Intangível – Entre Genealogias e Apropriações do Patrimônio Cultural Imaterial*. 2. ed. Goiânia: Arraes Editores, 2017. p. 15.

## Referências

- AMPARO Lasén Díaz fala em “digitalización de la vida cotidiana”. DÍAZ, Amparo Lasén. Lo ordinario digital: digitalización de la vida cotidiana como forma de trabajo. In: *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Disponível em: <<https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/66040>>. Acesso em: 3 ago. 2020.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- ASHWORTH, G. J.; TUNBRIDGE, J. E. *A Geography of Heritage: Power, Culture and Economy*. Nova York: Routledge, 2016.
- CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. *Percepção do Intangível – Entre Genealogias e Apropriações do Patrimônio Cultural Imaterial*. 2. ed. Goiânia: Arraes Editores, 2017. p. 15.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. edição. Coimbra: Almedina, 2007.
- CROGAN, Patrick. La automatización y digitalización de la vida cotidiana. En: adComunica. *Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, n. 12. Castellón: Asociación para el Desarrollo de la Comunicación ad Comunica y Universitat. Jaume I, 127-139. DOI: <<http://dx.doi.org/10.6035/2174-0992.2016.12.8>>.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Os Direitos da Personalidade e o Novo Código Civil: Questões Suscitadas. In: *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 19, 2002.
- HOBSBAWM, Eric. Introdução: A Invenção das Tradições. In: HOBSBAWM, Eric; RANGER, Terence. *A Invenção das Tradições*. Tradução de Celina Cardim Cavalcante. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Os Princípios Específicos da Tutela do Meio Ambiente Cultural. In: *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 73, jan./abr., 2013, p. 97-123.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 12 nov. 2020.
- PESSOA, Ângelo Emílio da Silva. Educação Patrimonial, Ensino de História e Cultura Histórica: Algumas Experiências e Considerações. In: *SAECULUM – Revista de História*, João Pessoa, n. 35, jul./dez., 2016, p. 151.
- SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. In: *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, maio/ago., 2016, p. 115-141.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 2002.
- TAVEIRA, Christiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica. *Revista de Direito Administrativo*, v. 264, set./dez., 2013, p. 163-164.