

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA - UFSM  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS - CCSH  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
MESTRADO EM DIREITO

Otávio Martins Finger

**O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO  
INSTRUMENTO DE TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO  
BRASIL: UM EXAME SOB A ÓTICA DA DIMENSÃO CULTURAL DA  
SUSTENTABILIDADE**

Santa Maria, RS  
2024

**Otávio Martins Finger**

**O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO  
DE TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL: UM EXAME SOB A  
ÓTICA DA DIMENSÃO CULTURAL DA SUSTENTABILIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora:  
Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Isabel Christine Silva de Gregori

Santa Maria, RS  
2024

Finger, Otávio Martins

O controle difuso de constitucionalidade como instrumento de tutela do patrimônio cultural no Brasil: um exame sob a ótica da dimensão cultural da sustentabilidade / Otávio Martins Finger.- 2024.  
138 p.; 30 cm

Orientadora: Isabel Christine Silva de Gregori  
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Programa de Pós-Graduação em Direito, RS, 2024

1. Controle difuso de constitucionalidade 2.  
Jurisdição constitucional 3. Patrimônio cultural 4.  
Sustentabilidade I. Silva de Gregori, Isabel Christine  
II. Título.

Sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFSM. Dados fornecidos pelo autor(a). Sob supervisão da Direção da Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central. Bibliotecária responsável Paula Schoenfeldt Patta CRB 10/1728.

Declaro, OTÁVIO MARTINS FINGER, para os devidos fins e sob as penas da lei, que a pesquisa constante neste trabalho de conclusão de curso (Dissertação) foi por mim elaborada e que as informações necessárias objeto de consulta em literatura e outras fontes estão devidamente referenciadas. Declaro, ainda, que este trabalho ou parte dele não foi apresentado anteriormente para obtenção de qualquer outro grau acadêmico, estando ciente de que a inveracidade da presente declaração poderá resultar na anulação da titulação pela Universidade, entre outras consequências legais.

**Otávio Martins Finger**

**O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO  
INSTRUMENTO DE TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO  
BRASIL: UM EXAME SOB A ÓTICA DA DIMENSÃO CULTURAL DA  
SUSTENTABILIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, na área de concentração Direitos Emergentes na Sociedade Global, com ênfase na linha de pesquisa Direitos da Sociobiodiversidade, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em 04 de julho de 2024:

---

Isabel Christine Silva de Gregori, Dra. (UFSM)  
(Presidente/Orientadora)

---

Nathalie Kuczura Nedel, Dra. (UFSM)  
(Avaliadora Interna)

---

Letícia Thomasi Jahnke Botton, Dra. (ULBRA)  
(Avaliadora Externa)

Santa Maria, RS  
2024

*Os povos, ele começou a compreender, são ao mesmo tempo os beneficiários e as vítimas de suas próprias culturas.*

*(A Ilha, de Aldous Huxley)*

## RESUMO

### **O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL: UM EXAME SOB A ÓTICA DA DIMENSÃO CULTURAL DA SUSTENTABILIDADE**

AUTOR: Otávio Martins Finger

ORIENTADORA: Isabel Christine Silva de Gregori

Este trabalho buscou demonstrar como o controle difuso de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário pode consistir em instrumento de tutela ao patrimônio cultural no Brasil. A pertinência do estudo encontra-se na ascensão da jurisdição constitucional em território brasileiro recentemente, sobretudo para a defesa direta de direitos fundamentais. Além disso, ganha espaço a temática da sustentabilidade, cujo viés cultural é de necessária consideração, inclusive em decisões judiciais. Por isso, realizou-se uma revisitação conjunta dos temas de controle de constitucionalidade e patrimônio cultural, aquele sendo o principal aspecto da jurisdição constitucional e este, direito fundamental de caráter difuso. Foi desenvolvido, assim, o seguinte problema de pesquisa: analisando-se casos concretos julgados por tribunais brasileiros, como a jurisdição constitucional difusa realizada pelo Poder Judiciário nesse âmbito pode configurar um instrumento efetivo de tutela de bens e manifestações culturais, resguardando-se a dimensão cultural da sustentabilidade? Em termos metodológicos, utilizou-se da abordagem dedutiva, visto que a pesquisa abrangeu um exame amplo das temáticas de fiscalização de constitucionalidade e patrimônio cultural, bem como de suas nuances, potencialidades e problemáticas mais evidentes, como a omissão inconstitucional e a aplicação do regime de propriedade intelectual no âmbito do patrimônio. Derradeiramente, procedeu-se com o tratamento conjunto de tais questões, com a análise de casos concretos julgados por cortes judiciárias. Já quanto ao método de procedimento, optou-se pelo bibliográfico, tendo em conta que a pesquisa foi desenvolvida com base no exame e interpretação de livros, artigos científicos, reportagens jornalísticas, textos normativos e especialmente jurisprudência, incluindo as temáticas de controle de constitucionalidade, viés cultural da sustentabilidade e tutela do patrimônio cultural no Brasil. Quanto às técnicas de pesquisa, adotou-se o sistema de elaboração de fichamentos e resumos expandidos, bem como a pesquisa de decisões judiciais nos sítios eletrônicos oficiais de tribunais. No ponto, foram selecionados 12 casos de sete tribunais brasileiros desde o ano de 2008, provenientes de

cortes superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) e cortes de 2ª instância (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais). O embasamento teórico e jurídico contemplou notadamente conceitos e apontamentos de autores como Luiz Guilherme Marinoni, Ignacy Sachs, Ana Maria Moreira Marchesan e Juliana Santilli. Ao final, considerando decisões proferidas nos casos concretos analisados, bem como as variadas questões levadas à apreciação do Judiciário, pôde-se depreender que o controle difuso de constitucionalidade pode configurar um eficiente instrumento de tutela do patrimônio cultural brasileiro, e também de acesso democrático à justiça com tal finalidade, mediante seleção de litígios estratégicos. Não obstante, percebeu-se a ausência de consideração do viés cultural da sustentabilidade em alguns casos, o que se verifica inclusive pela ainda incipiente quantidade de casos em que o controle é suscitado e realizado. Se observou, ademais, em outros casos, a preferência pela autocontenção judicial, inclusive mediante reforma de decisões benéficas ao patrimônio cultural.

**Palavras-chave:** Controle difuso de constitucionalidade; Jurisdição constitucional; Patrimônio cultural; Sustentabilidade.

## ABSTRACT

### **THE JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION AS AN INSTRUMENT FOR THE PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE IN BRAZIL: AN EXAMINATION FROM THE PERSPECTIVE OF THE CULTURAL DIMENSION OF SUSTAINABILITY**

AUTHOR: Otávio Martins Finger

ADVISOR: Isabel Christine Silva de Gregori

This work aimed to demonstrate how judicial review of legislation can be a way of protecting cultural heritage in Brazil. The relevance of the study lies in the rise of constitutional jurisdiction in Brazilian territory recently, especially for the direct defense of fundamental rights. Furthermore, the theme of sustainability, whose cultural dimension is necessary to consider even in judicial decisions, gains relevance. Therefore, a joint revisitation of the themes of judicial review and cultural heritage was carried out, the first being the main aspect of constitutional jurisdiction and the second, a fundamental right of a diffuse nature. The following research problem was thus developed: analyzing concrete cases decided by Brazilian courts, how the judicial review carried out by the Judiciary in this context can constitute an effective instrument for the protection of cultural assets and manifestations, safeguarding the cultural dimension of sustainability? In methodological terms, the deductive approach was used, as the research covered a broad examination of the themes of judicial review and cultural heritage, as well as its most evident aspects, potentialities and problems, such as unconstitutional omission and the application of the regime of intellectual property within the scope of heritage. Finally, a joint treatment of such issues was carried out, with the analysis of specific cases decided by judicial courts. As for the method of procedure, the bibliographic method was chosen, taking into account that the research was developed based on the examination and interpretation of books, scientific articles, journalistic reports, normative texts and especially case law, including the themes of judicial review, cultural dimension of sustainability and protection of cultural heritage in Brazil. As for research techniques, expanded records and summaries were adopted, as well as searching for judicial decisions on official court websites. In this regard, 12 cases were selected from seven Brazilian courts since 2008, coming from higher courts (Supreme Federal Court and Superior Court of Justice) and lower courts (Courts of Justice and Federal Regional Courts). The theoretical and legal basis notably included concepts and considerations from authors such as



Luiz Guilherme Marinoni, Ignacy Sachs, Ana Maria Moreira Marchesan and Juliana Santilli. In the end, considering decisions given in the specific cases analyzed, as well as the various issues brought to the Judiciary's consideration, it was possible to infer that the judicial review can constitute an efficient instrument for the protection of Brazilian cultural heritage, and also for democratic access to justice for this purpose, through the selection of strategic disputes. However, it was noticed that there was a lack of consideration of the cultural dimension of sustainability in some cases, which is also evident from the still incipient number of cases in which the issue of judicial review is raised and carried out. Furthermore, in other cases, there was a preference for judicial self-restraint, including through the reform of decisions that are beneficial to cultural heritage.

**Keywords:** Constitutional jurisdiction; Cultural heritage; Judicial review of legislation; Sustainability.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>1 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: LIMITES, POSSIBILIDADES E IMPLICAÇÕES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INCIDENTAL</b>	<b>19</b>
1.1 A AMPLITUDE DA FISCALIZAÇÃO INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO A PARTIR DE 1988	20
1.2 IMPLICAÇÕES DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: A FISCALIZAÇÃO DIFUSA EM AÇÕES COLETIVAS E A QUESTÃO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES EM CONTROLE INCIDENTAL	33
<b>2 O ALCANCE DA DIMENSÃO CULTURAL DA SUSTENTABILIDADE POR MEIO DA TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL</b>	<b>49</b>
2.1 A DIMENSÃO CULTURAL DA SUSTENTABILIDADE PROVENIENTE DO ACAUTELAMENTO DO PATRIMÔNIO MATERIAL E IMATERIAL	50
2.2 ÓBICES NA PRESERVAÇÃO DE MANIFESTAÇÕES E BENS CULTURAIS NO BRASIL: ATOS NORMATIVOS CONTRÁRIOS AO PATRIMÔNIO CULTURAL, O REGIME DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL	69
<b>3 O CONTROLE EM CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL</b>	<b>87</b>
3.1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIFUSA E TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL: EXAME DE CASOS CONCRETOS JULGADOS PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	88
3.2 POSSIBILIDADES ADVINDAS DO CONTROLE JUDICIAL DIFUSO PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL: O QUE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL RESERVA PARA A SUSTENTABILIDADE CULTURAL?	110
<b>CONCLUSÕES</b>	<b>119</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>126</b>

## INTRODUÇÃO

O controle difuso de constitucionalidade confere importantes poderes ao braço jurisdicional do Estado, dando-lhe a possibilidade de proteção direta de direitos fundamentais, inclusive direitos difusos, como o patrimônio cultural material e imaterial. Tal controle é um dos aspectos mais relevantes da jurisdição constitucional, sendo essencial para o Estado Democrático de Direito e para a defesa de direitos, ocorrendo mediante aplicação direta de normas constitucionais e possibilitando inclusive a não incidência de atos normativos contrários ao texto constitucional.

Nesse passo, é relevante registrar que a jurisdição constitucional contemporânea desempenha papel nuclear na aplicação da Constituição, e a sua ferramenta principal, o controle de constitucionalidade, viabiliza priorizar direitos fundamentais em casos concretos. Assim, havendo constitucionalização de direitos como a preservação do patrimônio cultural e o desenvolvimento ecologicamente equilibrado, tem o poder jurisdicional o ferramental necessário ao controle de constitucionalidade, buscando a defesa de tais direitos. Proteção ao patrimônio cultural e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, interpretados de modo sistemático, tornam-se, assim, parâmetro de validação de normas infraconstitucionais.

O patrimônio cultural é identificado hoje como o conjunto de bens tangíveis ou não capaz de singularizar um povo e, dado o seu caráter individualizante e ao mesmo tempo coletivo de reconhecimento da sociodiversidade, transmuta-se em importante elemento para a consecução do que se entende por desenvolvimento sustentável. A sustentabilidade, por sua vez, é conceito multidimensional, e cujo alcance ocorre mediante um conjunto de ações da sociedade civil e do Estado (incluindo o Poder Judiciário) destinadas a otimizar um de seus vieses. Uma das dimensões evidentes de tal sustentabilidade é a própria dimensão cultural, nivelada conforme a valorização e o respeito à afirmação e às características identitárias e singulares dos mais diversos grupos locais, regionais ou nacionais, além da proteção a conhecimentos tradicionais mais específicos, por exemplo. Assim, considera-se que, para materializar a sustentabilidade em seu viés cultural, torna-se imprescindível o acautelamento do patrimônio histórico e cultural material e imaterial, sendo, por isso mesmo, relevante tratar das possibilidades de tutela jurídica de tal patrimônio.

No Brasil, apesar da existência de norma constitucional atinente à proteção do patrimônio histórico e cultural desde 1934, de legislação própria desde 1937 (tombamento), e da ampliação da proteção conferida pela Constituição Federal de 1988 - que, por exemplo, fez expressa menção aos bens culturais imateriais e aos mais diferentes grupos formadores da

sociedade brasileira -, vê-se que, ainda, determinadas circunstâncias concretas que impedem a tutela integral desse patrimônio, mediante efetivo acautelamento. Circunstâncias estas que, muitas vezes, ficam evidenciadas com a aplicação da própria legislação infraconstitucional ou com a adoção de certa política pública instituída em ato normativo do Poder Executivo. Pode-se mencionar, como exemplo, o caso do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo TRIPs)<sup>1</sup>, cuja aplicação mostra-se frequentemente prejudicial à tutela da cultura e sociodiversidade. Além da existência de atos normativos potencialmente prejudiciais ao patrimônio e à sustentabilidade, paira também o problema da omissão de natureza inconstitucional nesse âmbito.

Nesse caminho, não obstante haja proteção legal e instrumentos jurídicos e não jurídicos destinados ao acautelamento do patrimônio cultural, obstáculos de caráter local e concreto vêm à tona. A detenção irregular de terras indígenas, a apropriação indevida de conhecimentos tradicionais, a autuação administrativa pela prática de rituais de religiões de origem africana em razão do sacrifício de animais, a deterioração de bens culturais e espaços destinados ao exercício de manifestações culturais, a sobreposição de territórios ligados à sociodiversidade brasileira - inclusive por obras públicas -, dentre outras medidas aparentemente legais, acabam por levar ao Poder Judiciário questões envolvendo a efetivação da tutela da cultura e a defesa do patrimônio cultural. Ou seja, casos concretos em que o desrespeito a bens e manifestações culturais, somente pode ser corrigido a partir da provocação do poder jurisdicional do Estado. O Poder Judiciário, por sua vez, buscando concretizar os referidos direitos, frequentemente lança mão do mecanismo do controle de constitucionalidade, como dito, principal aspecto da jurisdição constitucional.

Em paralelo à toda a problemática mencionada, é conveniente referir que a Reforma do Poder Judiciário perfectibilizada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 alterou substancialmente o regime jurídico de controle de constitucionalidade, notadamente quando exercido pelo Supremo Tribunal Federal em sua vertente difusa. Com a reforma, que implementou a exigência de repercussão geral para recursos extraordinários, o controle incidental do STF aumentou sua extensão, na medida em que se conferiu à Corte a possibilidade de conferir efeitos vinculantes a tais casos, devendo eles ser observados pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública. Essa circunstância deu repercussão jurídica, política, social e midiática inédita a casos como o da validade da demarcação de terras indígenas (e a definição do seu marco temporal), da constitucionalidade

---

<sup>1</sup> O Acordo TRIPs é o acordo internacional assinado pelo Brasil que define as bases da proteção à propriedade intelectual em âmbito transnacional.

de práticas de sacrifício ritualístico de animais em razão de crenças religiosas, além de outros julgamentos envolvendo, direta ou obliquamente, o patrimônio histórico e cultural brasileiro. Além disso, não são incomuns decisões judiciais, proferidas por juízes singulares de primeira instância, que afastam a aplicação de lei ou ato normativo em um caso concreto, dadas as possibilidades existentes na fiscalização incidental.

Esse fato torna-se relevante no presente estudo, considerando que um juiz de primeiro grau de jurisdição pode ser provocado para se manifestar, em uma ação popular ou ação civil pública, por exemplo, sobre a constitucionalidade de lei ou política pública (ou ausência desta) que, em um certo caso, é prejudicial à tutela da cultura ou do patrimônio ligado a ela. Tais ações judiciais, ademais, mostram-se compatíveis com o controle difuso de constitucionalidade, possibilitando o saneamento de problemas concretos inclusive quando relativos a condutas omissivas, sendo que o caráter coletivo dessas ações privilegia o controle eventualmente exercido.

Tendo em vista todo o contexto acima mencionado, é pertinente analisar a jurisprudência de cortes judiciárias brasileiras envolvendo as temáticas de controle difuso de constitucionalidade e de patrimônio cultural, tendo em conta a sustentabilidade multidimensional. Assim se procede, inclusive, para responder o problema principal atinente à presente pesquisa: ao se examinar casos concretos julgados por tribunais brasileiros desde o ano de 2008, envolvendo o patrimônio cultural brasileiro e a jurisdição constitucional difusa realizada pelo Poder Judiciário nesse âmbito, pode tal controle de constitucionalidade configurar um instrumento efetivo de tutela de bens e manifestações culturais, resguardando-se a dimensão cultural da sustentabilidade?

Tendo tal questionamento em mente, o presente estudo busca compreender alguns objetivos, com os quais se busca alicerçar a resposta ao problema proposto. Nesse sentido, como objetivo mais geral, busca-se analisar o controle incidental de constitucionalidade como potencial mecanismo de tutela jurídica do patrimônio cultural brasileiro, à luz da dimensão cultural da sustentabilidade e considerando a fiscalização exercida por meio de decisões de juízes e tribunais, a partir do ano de 2008. De outro giro, como objetivos mais específicos, intenta-se (1) investigar como o mecanismo de controle incidental de constitucionalidade é exercido por juízes e cortes judiciárias no Brasil, quais são os limites e as possibilidades de tal fiscalização, bem como a sua configuração em ações judiciais de cunho coletivo e as hipóteses em que pode ocorrer a abstrativização dos efeitos da decisão em controle difuso; (2) compreender como a dimensão cultural da sustentabilidade, entendida a partir de conceitos desenvolvidos pela teoria de base, pode ser alcançada e efetivada por meio da tutela de

manifestações culturais e bens materiais e imateriais culturalmente relevantes – patrimônio cultural –, à luz do ordenamento constitucional e considerando algumas das problemáticas que dificultam ou mesmo impedem a proteção desse patrimônio no cenário brasileiro; e (3) perquirir, a partir da análise de decisões exaradas pelo Poder Judiciário brasileiro desde 2008, assim como do exame de suas implicações e possibilidades, como o controle difuso de constitucionalidade pode funcionar como mecanismo de tutela do patrimônio histórico e cultural no Brasil, em paralelo às demais formas de acautelamento.

Para o desenvolvimento do estudo, adota-se a abordagem dedutiva, haja vista que a conclusão do estudo terá conteúdo mais preciso. Como ponto de partida, procede-se a uma compreensão geral do mecanismo do controle em concreto de constitucionalidade, como a possibilidade de um juiz ou tribunal afastar a incidência de lei ou ato normativo regulamentar em um determinado caso concreto, de modo a possibilitar a aplicação direta de um dispositivo constitucional, evidentemente de hierarquia superior. Considerando o amplo poder da jurisdição constitucional incidental, estuda-se, igualmente, a sua extensão, os limites materiais e processuais, bem como as possibilidades de uma decisão constitucional no âmbito das ações coletivas.

Em segundo lugar, procura-se compreender a tutela do patrimônio histórico e cultural no Brasil, a partir da dimensão cultural da sustentabilidade. Como viés específico para se alcançar um desenvolvimento sustentável efetivo, assim, identifica-se a proteção de manifestações culturais e bens materiais e imateriais, ou seja, características singulares e identitárias próprias de um grupo social merecedoras de tutela, o que em grande medida não ocorre no cenário brasileiro, seja por razões de ordem social, econômica, cultural ou mesmo, e sobretudo, problemas de ordem legislativa. Nesse último aspecto, são editados atos normativos que, mesmo que constitucionais quando abstratamente considerados, dificulta ou mesmo impede o real acautelamento de um bem cultural, evidenciando-se inconstitucionais em um determinado caso. Assim, torna-se imperiosa a proteção inclusive por meio da judicialização, adentrando aí a possibilidade de um juiz ou corte judiciária rejeitar aplicação da lei quando ela se mostrar contrária à tutela do patrimônio histórico e cultural exigida na Constituição, permitindo-se, ao fim e ao cabo, a proteção de tal patrimônio e o alcance da dimensão cultural da sustentabilidade.

O objeto de estudo torna-se então mais restrito, em comparação aos temas acima mencionados. A partir da compreensão das questões anteriormente postas, procede-se a uma análise específica do controle difuso de constitucionalidade no âmbito da tutela da cultura e do patrimônio histórico e cultural. Vê-se, nesse momento, a forma como a jurisdição

constitucional difusa pode funcionar para proteger manifestações e bens culturais, a partir do exame de decisões proferidas por juízes e cortes judiciárias brasileiras, inclusive o Supremo Tribunal Federal. Depreende-se, também, quais as possíveis implicações e possibilidades do exercício dessa espécie de jurisdição constitucional, na medida em que o uso do mecanismo acaba, por vezes, em interferir na relação do Poder Judiciário com outros poderes de Estado. Com isso, responde-se ao problema anteriormente proposto, a saber, como o mecanismo do controle difuso de constitucionalidade pode configurar instrumento de tutela do patrimônio histórico e cultural no Brasil, ao lado de outras formas de proteção já conhecidas.

Assim, tem-se no trabalho um processo dedutivo, uma vez que a conclusão da pesquisa traz elementos já implicitamente incluídos nas premissas analisadas. Tecem-se considerações sobre o sistema brasileiro de jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade, especialmente na sua espécie difusa, sobre a dimensão cultural da sustentabilidade, na ótica da proteção do patrimônio histórico e cultural e, finalmente, acerca da necessidade de tutela de bens e manifestações culturais para o alcance da sustentabilidade cultural, a partir da provocação do Poder Judiciário para afastar uma lei ou ato normativo, ou reconhecer sua inexistência, em circunstância que contrarie a Constituição. Nesse caminho pode-se determinar como o controle judicial difuso funciona para concretizar o acautelamento do patrimônio, por meio do afastamento da incidência da lei em um caso concreto, em prol da tutela de um bem historicamente relevante ou de uma manifestação cultural, otimizando a concretização do Estado Democrático de Direito.

No que concerne ao procedimento, opta-se pela pesquisa bibliográfica, considerando-se que a pesquisa é desenvolvida com base na análise e interpretação de livros, artigos científicos contidos em periódicos, reportagens de caráter jornalístico, textos normativos e, especialmente, jurisprudência de cortes judiciárias, que abrangem as temáticas de controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional, sustentabilidade (notadamente no seu viés cultural), bem como a tutela do patrimônio histórico e cultural no Brasil. Quanto às técnicas de pesquisa adotadas, utiliza-se do sistema de elaboração de fichamentos e resumos expandidos, bem como da pesquisa de decisões judiciais nos sítios eletrônicos oficiais dos tribunais cujos casos são analisados, fazendo-se, assim, um paralelo entre as ideias dos autores da teoria de base e o conteúdo dos documentos e provimentos jurisdicionais a serem examinados.

Ao todo, são selecionados 12 casos de sete tribunais brasileiros desde o ano de 2008, provenientes de cortes superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) e cortes de 2ª instância (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais), sendo o critério

de busca aplicado no campo de busca de jurisprudência existente nos sítios eletrônicos das cortes os termos “constitucionalidade” e “patrimônio cultural”, excluindo-se do resultado as ações diretas, ou seja, aquelas que dizem respeito ao controle concentrado realizado pelo STF, tendo em vista que a pesquisa se restringe ao controle incidental. Por razões de facilitação e ampliação da pesquisa, retiram-se os termos “controle” e “difuso” do campo de busca, até porque muitos julgados não fazem referência expressa a essa terminologia, na ementa ou mesmo no corpo do acórdão. Nesse ponto, salienta-se que o critério de escolha das decisões judiciais a serem examinadas se dá considerando se houve o exercício da fiscalização de constitucionalidade no caso escolhido, ou se este foi suscitado de alguma forma, bem como se o julgamento está relacionado, direta ou indiretamente, com as temáticas da proteção ao patrimônio cultural brasileiro e da fiscalização em concreto. Em tais casos, analisam-se os fundamentos a partir dos quais se exerceu o controle difuso em prol da proteção ao patrimônio cultural, com vistas a construir uma resposta ao problema proposto. Nesse passo, é pertinente assinalar que é empregada a técnica de leitura do direito positivo e da jurisprudência que convém ao tema.

A teoria de base contempla, em grande medida, as contribuições teórico-científicas de Luiz Guilherme Marinoni nos campos da jurisdição constitucional, do processo constitucional e coletivo e da Teoria da Constituição. O jurista traz relevantes considerações sobre a configuração do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, além de tratar especificadamente dos temas da jurisdição constitucional difusa, dos tipos de decisão constitucional e aspectos envolvendo a repercussão geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Reconhece o autor, ainda, que muito embora essa espécie de fiscalização seja irrestrita no Brasil, devem ser observados nesses casos alguns elementos próprios dos provimentos judiciais de inconstitucionalidade, como o diálogo institucional, sobretudo com o fim de conferir legitimidade à decisão do Poder Judiciário. Além disso, o Professor da Universidade Federal do Paraná tece pertinentes apontamentos sobre o papel do Poder Judiciário na atualidade, notadamente quanto à efetivação de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, além de tratar especificadamente da tutela processual de direitos difusos e coletivos, dentre os quais insere o patrimônio cultural. Tais considerações são utilizadas como base precisamente no que tange ao modelo de jurisdição constitucional incidental utilizado no Brasil e à possibilidade de abstrativização dos efeitos da decisão em controle difuso - notadamente em ações coletivas -, questões objeto de atenção na presente pesquisa (especialmente no primeiro capítulo). Igualmente, serve de sustentáculo quando da



análise de casos envolvendo a tutela de bens e manifestações culturais, por meio da espécie de controle mencionada, aos quais se dá atenção especial no último capítulo.

Igualmente, o trabalho irá se utilizar das contribuições de Ignacy Sachs, Ana Maria Moreira Marchesan e Juliana Santilli, especialmente no que concerne à compreensão das dimensões do desenvolvimento sustentável e à importância da tutela da biodiversidade e do patrimônio histórico e cultural no Brasil, sendo pertinente referir que tais teóricos conversam com Marinoni quando tratam do campo dos direitos difusos - dentre os quais, o patrimônio cultural - e de sua tutela processual. Para a finalidade deste trabalho, Sachs desenvolve apropriadas reflexões, notadamente acerca do conceito de desenvolvimento sustentável, que abrange, segundo ele, a dimensão cultural. A Professora Ana Maria Marchesan, por sua vez, trabalha o viés cultural da sustentabilidade, precisamente a partir da tutela do patrimônio cultural e da necessidade de efetivação da valorização desse patrimônio (como ocorre com bens culturais imateriais de populações tradicionais), considerando a dogmática do direito ambiental. Segundo ela, a acepção contemporânea de desenvolvimento, em que se insere a sustentabilidade, tem conotação marcadamente sociocultural, como em um sistema cujos componentes interdependentes são os subsistemas biológico, econômico, político e propriamente cultural. Nesse contexto, o desenvolvimento se opera quando se possibilita e se otimiza o acesso a bens e valores culturais, a um patrimônio com potencial emancipatório (MARCHESAN, 2007, p. 96-97).

Tais conclusões são essenciais no decorrer do presente estudo, uma vez que é a partir delas que se irá tratar da sustentabilidade cultural. A aludida pesquisadora também trata da temática da omissão estatal no campo do patrimônio cultural, e de como o Poder Judiciário pode ser provocado e se manifestar em tais situações, de modo a privilegiar os preceitos constitucionais de proteção do patrimônio e de promoção da sustentabilidade. Dessa forma, busca-se deixar esclarecido, notadamente na segunda parte, como se pode alcançar o viés cultural da sustentabilidade, mediante a tutela jurídica - e propriamente judicial - dos patrimônios culturais brasileiros. Ainda, especificamente à Professora Juliana Santilli, questões de relevância para o estudo são expostas, como a relativa ao modo como alguns diplomas legais (como o Acordo TRIPs e a legislação regente da propriedade intelectual no Brasil) prejudicam a tutela do patrimônio cultural, surgindo, a partir daí a pertinência da jurisdição constitucional, de forma a privilegiar a norma constitucional que impõe a proteção das manifestações culturais.

Com a fixação de tais parâmetros, e tendo em vista a necessidade de se identificar a valorização do patrimônio cultural como meio de alcançar a sustentabilidade na sua dimensão

cultural, destaca-se a fundamentalidade da presente pesquisa, precisamente sob os pontos de vista jurídico e social, uma vez que se busca examinar como o controle difuso de constitucionalidade exercido por diversas cortes judiciárias nos últimos anos funcionou - e funciona - como instrumento de tutela do patrimônio cultural brasileiro. Além disso, a pesquisa possui relevância e atualidade, haja vista a ascensão do papel institucional do Poder Judiciário brasileiro nos últimos anos, notadamente na concretização direta de direitos fundamentais, o que frequentemente ocorre por meio da jurisdição constitucional. É de destaque, também, a escassez de pesquisa acadêmico-científica abrangendo, concomitantemente, as temáticas de Direito e controle de constitucionalidade e cultura e patrimônio cultural, corroborando assim a pertinência do estudo.

Destarte, é oportuno destacar que este tema está em consonância com a linha de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria “*direitos da sociobiodiversidade: desenvolvimento e dimensões da sustentabilidade*”, visto que o tema da tutela do patrimônio cultural insere-se nesse campo de estudo, por estar intrinsecamente ligada à sociobiodiversidade e às formas de desenvolvimento da sustentabilidade. Ainda, tendo em vista que o tema da preservação de bens histórica e culturalmente relevantes possui grande relevância jurídica e social, considera-se importante trazê-lo ao mundo acadêmico, por tratar de direito difuso indispensável à promoção da sustentabilidade, bem como relacioná-lo à jurisdição constitucional incidental. Em tal aspecto, convém destacar que não há sociobiodiversidade, na sua inteireza, sem a devida tutela do patrimônio cultural dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira, inclusive povos tradicionais, sendo pertinente investigar, por isso, como a jurisdição constitucional difusa vem sendo exercida para tutelar bens e manifestações culturais.

## **1 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: LIMITES, POSSIBILIDADES E IMPLICAÇÕES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INCIDENTAL**

Parte da afirmação de que o Poder Judiciário desempenha papel fundamental na vida social e política do Brasil atualmente resulta do fato de que esse poder do Estado avocou a tarefa de decidir conflitos de grande magnitude social, econômica, cultural e política, conforme o Direito posto e de maneira definitiva. Ademais, considerando que o Direito positivo brasileiro é reconhecidamente vasto, dada a necessidade de normatizar e regulamentar cada seara da sociedade, além de que o modelo federal adotado no Brasil permite o exercício do poder legiferante e regulamentar por diversas entidades simultaneamente (não somente União, Estados, Municípios e Distrito Federal, mas também entidades autárquicas, como agências reguladoras), é quase que natural que as próprias normas jurídicas conflitem entre si, incompatibilidades estas que acabam por ser decididas, também, derradeiramente, por aquele que detém o poder jurisdicional.

Exsurge, a partir disso, a problemática do controle de constitucionalidade em concreto, como mecanismo utilizado pelo Poder Judiciário para afastar a aplicação ou mesmo declarar a nulidade de uma lei, quando analisada sob o prisma da Constituição Federal e constatada a sua contrariedade ao texto de superior hierarquia. Tal instrumento é utilizado por juízes e tribunais, de primeira à última instância, como meio de corrigir eventuais ingerências indevidas do poder normativo em campos aos quais a Constituição dedicou espaço especial de proteção. É o caso da cultura e da defesa do patrimônio histórico e cultural que, introduzidos no atual texto constitucional, servem então de vértice interpretativo, além de parâmetro e fundamento para se invalidar uma lei contrária a esses preceitos.

O Brasil adota o sistema misto de controle de constitucionalidade. Significa dizer que coexistem tanto o modelo europeu, abstrato e de competência da Corte Constitucional, como o modelo difuso, de origem norte-americana, no qual qualquer juiz do país é dotado de poder para afastar a incidência de uma determinada lei em um caso concreto, quando a aplicação ensejar violação da Constituição. O presente estudo se restringe, em grande medida, ao exame desse último modelo, sobretudo porque é considerado o mais amplo, permitindo, por exemplo, que o um juiz estadual lotado no interior do Estado do Rio Grande do Sul, mediante provocação, vede ou valide a prática do rodeio tendo em vista fundamentos constitucionais, como de fato já ocorreu com outros casos envolvendo a tutela jurídica da cultura, do patrimônio histórico e cultural e das liberdades de expressão e de manifestação cultural. Além disso, conforme se detalhará mais adiante, o modelo de controle difuso

brasileiro, apesar de ter por base o norte-americano, carece de limites próprios do sistema jurídico de *common law*, como o *stare decisis*, ou seja, a obrigatoriedade no respeito aos precedentes judiciais. Essa constatação permite a conclusão de que o juiz brasileiro, no exercício do controle de constitucionalidade, detém maior liberdade do que o juiz norte-americano, podendo uma decisão dessa natureza, como frequentemente ocorre, afetar substancialmente a vida de uma certa comunidade.

Dito isso, é pertinente que se faça um exame, inicialmente, do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade na modalidade difusa. Isso se faz necessário pois, mais adiante, e à luz de considerações sobre a defesa do patrimônio histórico e cultural sob o viés cultural da sustentabilidade (segundo capítulo), se analisará como o sistema de controle em concreto pode funcionar como modalidade de instrumento jurídico para a tutela desse patrimônio. Nessa linha, neste primeiro capítulo, se fará um exame do modelo de fiscalização incidental no Brasil, qual a sua extensão e eventuais limites, inclusive no que se refere à chamada abstrativização de efeitos, bem como a possibilidade de uso no âmbito das ações coletivas. Destaca-se que a tutela do patrimônio histórico e cultural (e por conseguinte, da cultura) detém, no atual ordenamento jurídico, lugar especial, tendo sido alçados ao texto constitucional e podendo, assim, ser utilizados como parâmetro de constitucionalidade de normas situadas abaixo, em termos de hierarquia.

## 1.1 A AMPLITUDE DA FISCALIZAÇÃO INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO A PARTIR DE 1988

A possibilidade de o Poder Judiciário poder afastar a incidência, em um determinado caso concreto, de um ato normativo regularmente emitido pelo Poder Legislativo e/ou Executivo, técnica que ficou conhecida como *judicial review* ou controle de constitucionalidade, remonta a discussões travadas no âmbito do constitucionalismo moderno, mais propriamente nos Estados Unidos, no final do século XVIII e início do XIX. À época, naquele país, juristas e políticos, tendo por base princípios jurídicos e mesmo preferências ideológicas, defenderam o ideal da supremacia da Constituição sobre as leis infraconstitucionais, possibilitando, por via lógica, a jurisdição constitucional e o controle, pelo menos de forma incidental, de constitucionalidade.

Nessa linha, o princípio da supremacia da Constituição passou a significar não só a superioridade hierárquica do texto constitucional sobre as demais leis, mas também que as normas constitucionais condicionam o sentido de todo o ordenamento jurídico. Esse princípio

foi inserido e acolhido no modelo constitucional contemporâneo, predominando sobre o princípio da supremacia do Parlamento, ainda vigente em alguns países como Reino Unido e Nova Zelândia, onde ainda inexistente controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário. Ademais, esse ideal de superioridade da Constituição, então discutido, não possuía precisamente um conteúdo material, impondo apenas a primazia das normas constitucionais, quaisquer que fossem elas, sobre os demais atos normativos. Esse sistema deu azo, conseqüentemente, ao entendimento de que nenhuma lei ou ato normativo pode ser incompatível com a Constituição, e, por isso mesmo, existe um mecanismo de fiscalização judicial, que se materializa com o controle de constitucionalidade. O que, nos dias atuais, aparenta ser lógico e uma decorrência da própria unidade do ordenamento jurídico, foi discutido com seriedade nos anos iniciais que marcaram a formação dos Estados Unidos e dos papéis dos poderes constituídos naquele país. A propósito, a estrutura de Estado (incluindo a do Poder Judiciário), foi em grande parte reproduzida no Brasil, principalmente a partir da primeira Constituição Republicana, de 1891, considerando o aparente sucesso do modelo federal formulado nas antigas colônias inglesas (BARROSO, 2018, p. 340).

Segundo Abboud (2017, *on-line*), o controle de constitucionalidade (*judicial review of legislation*) tem antecedentes que remontam ao caso Bonham, julgado na Inglaterra no século XVII, no qual se admitiu a invalidade de legislação contrária ao *common law*. Contudo, foi em *Marbury versus Madison*, apreciado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no ano de 1803, que foram expostos argumentos transformadores do direito constitucional e a teoria do direito à época. Se assentou que o texto constitucional, por ser superior aos demais atos normativos, autorizaria o Poder Judiciário, intérprete da lei por excelência, a rever atos do Congresso, constituindo isso mesmo uma garantia e um direito fundamental do cidadão.

Apesar de ter sido teorizado e posto em prática, efetivamente, nos Estados Unidos, a Constituição norte-americana não fez referência expressa à prerrogativa dos juizes de afastar a incidência de um ato normativo, em prol do texto constitucional. Essa possibilidade, como dito, foi discutida amplamente em âmbito político e jurídico-doutrinário, em uma leitura sistemática do texto constitucional, e se concretizou, finalmente, com o caso *Marbury versus Madison*. O caso envolveu a nomeação, já nos últimos dias de mandato do presidente John Adams, de William Marbury para o cargo de juiz de paz. Tendo em vista o término do mandato presidencial, Marbury não recebeu o ato de nomeação, necessário para a investidura no cargo. Com a assunção do novo chefe do Poder Executivo, Thomas Jefferson, foi determinado que a nomeação do juiz não fosse concluída, ordem que foi cumprida pelo

secretário de Justiça de Jefferson, James Madison. Irresignado, Marbury requereu um *writ* à Suprema Corte dos Estados Unidos para ver perfectibilizada a sua nomeação, com a investidura no cargo de juiz. A decisão coube ao Chefe de Justiça (cargo equivalente ao de presidente do Supremo Tribunal Federal, no Brasil) John Marshall, cujo voto expressa o marco inicial do princípio da supremacia da Constituição. Igualmente, introduz, pela via consequencial, a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis por parte do Poder Judiciário (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 166-167).

Nesse caminho, o constitucionalista Lawrence Tribe assevera que, a partir de *Marbury*, a Suprema Corte determinou o seu poder de recusar efeitos à legislação do Congresso, na hipótese dessa legislação ser contrária à interpretação da Constituição dada pela própria Suprema Corte. Apesar do texto constitucional não conferir expressamente esse poder às cortes federais, o juiz Marshall estipulou que a Constituição era a lei fundamental e primordial da nação, não um mero estatuto de uma estrutura política ideal à qual o governo deveria aspirar, ou apenas uma distribuição inicial de direitos e responsabilidades que definiriam o ponto de largada para fins de barganha entre instituições políticas e cidadãos. A partir disso, Marshall também considerou que a Constituição era o tipo de lei que as cortes judiciais podem interpretar e aplicar diretamente, chegando-se ao raciocínio (corolário lógico de tal afirmação), de que se houvesse estatuto legal repugnante à Constituição, deveria ele ser declarado nulo (TRIBE, 1988, p. 23-27).

Dessa forma, ficou clara a possibilidade de o Poder Judiciário invalidar e afastar a incidência (inicialmente, somente de forma incidental em certo caso concreto) de ato normativo proveniente dos outros Poderes. Tendo como guia o princípio da supremacia da Constituição e a atribuição dos juízes e tribunais de zelarem e defenderem a integridade do texto constitucional, introduziu-se (e aceitou-se) nos mais diversos ordenamentos do mundo a ideia de normas infraconstitucionais podem ser rechaçadas, em um caso particular, por qualquer juízo ou tribunal, quando em violação à Constituição. Nesse sentido, ressalta Mendes que o próprio reconhecimento da supremacia do texto constitucional e de sua forma vinculante aos Poderes Públicos acaba por resultar na discussão acerca de meios de defesa da Constituição, dentre os quais situa-se, principalmente, o controle de constitucionalidade (MENDES, 2019, p. 1.794).

Como consequências da decisão proferida por Marshall, Barroso assevera que *Marbury v. Madison* foi o caso que

inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a

ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. Na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e das circunstâncias específicas do caso concreto, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas (BARROSO, 2016, p. 29).

A este propósito, tornou-se famosa a sentença de John Marshall (que se tornou doutrina) em que o juiz afirma o caráter rígido da Constituição norte-americana, questionando que, ou a Constituição prepondera sobre os atos normativos contrários à ela ou o poder legislativo pode mudar o texto constitucional por meio de lei ordinária (o que ocorre em países com a chamada Constituição flexível). Nesse último caso, as Constituições escritas, por serem iguais em condição às leis ordinárias – podendo, assim, ser alteradas ao gosto do poder político instituído –, não são senão outra coisa que não uma tentativa falha de limitar um poder naturalmente ilimitável (CAPPELLETTI, 1984, p. 47-48).

Em termos práticos, a decisão de Marshall aplicou em um determinado caso o que já havia sido discutido quando da formação dos Estados Unidos, na segunda metade do século XVIII. Isso porque, no capítulo 78 de *O Federalista* (1788), Alexander Hamilton ressaltava que a interpretação da lei era atividade própria dos tribunais e que, como a Constituição é a Lei Fundamental, como tal deve ser interpretada pelos juízes. Isso não significava que o Judiciário era superior ao Legislativo, necessariamente, mas que o povo, cuja vontade é expressa diretamente na Constituição, é superior a ambos (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *on-line*). Hamilton, naquela oportunidade, expôs:

*No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid. (...) The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. (...) Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *on-line*)<sup>2</sup>*

<sup>2</sup> Em tradução livre: Nenhum ato legislativo, dessa forma, contrário à Constituição, pode ser válido. Negar isso seria o mesmo que afirmar que um agente é superior ao seu chefe; que o servo está acima do mestre; que os representantes do povo estão acima do próprio povo; que os homens agindo sob certos poderes podem não só fazer o que tais poderes não autorizam, como também podem fazer o que os poderes proíbem. (...) A interpretação das leis é atribuição própria e peculiar das cortes. A constituição é, de fato, e deve ser, resguardada

Daí se inferiu, em certa medida, a competência das cortes judiciárias para realizar o controle difuso de constitucionalidade. Como visto, assim se procedeu, com relação a legislação federal (cortes estaduais já haviam declarado a inconstitucionalidade de leis em face da Constituição estadual), pela primeira vez, em 1803, em *Marbury versus Madison*, cujo voto proferido por John Marshall inaugurou a possibilidade de revisão das leis pelo Judiciário, em caráter nacional.

A fiscalização de constitucionalidade difusa surge, assim, como decorrência lógica da sobreposição do texto constitucional sobre as demais leis de um país. Como assentado por John Marshall, seria contraditório, e mesmo contraproducente, afirmar a supremacia da Constituição e, em paralelo, se admitir a existência de atos normativos que com ela conflitam. Ou a Constituição, por meio do reconhecimento judicial, tem a força de invalidar esses atos, afastando a sua aplicação, ou se consubstancia em apenas mais uma lei ordinária.

Tocqueville (2019, p. 123-124), observando o sistema judiciário norte-americano, já no século XIX destacava o poder político que foi conferido aos tribunais ao lhes permitir aplicar, preferencialmente, a Constituição, e deixar de aplicar leis, em determinado processo. Para o filósofo, isso dizia respeito à própria essência do Poder Judiciário: escolher entre disposições legais aquela que fosse mais estritamente vinculante. Sendo a Constituição, nos Estados Unidos, a primeira das leis, seria justo que os tribunais obedecessem preferencialmente a ela, mas disso decorreria grande influência política.

Nesse sentido, a ampla prerrogativa conferida aos juízes foi afirmada pelo próprio Poder Judiciário, a partir da lógica de hierarquia normativa, muito embora essa possibilidade não tivesse sido considerada ao tempo da criação da Constituição nos Estados Unidos, tendo o Judiciário recebido pouca atenção dos constituintes em comparação aos demais Poderes. Se estabeleceu, por via oblíqua, a interferência do poder jurisdicional no poder legislativo, na medida em que qualquer juiz poderia declarar a invalidade de uma lei ou ato normativo votado e sancionado regularmente no âmbito do processo legislativo, de forma incidental em um caso concreto submetido à sua apreciação (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 166).

Isso ocorreu nos Estados Unidos, repita-se, de forma inédita, sendo resultado do desenvolvimento do constitucionalismo naquele país, modelo que foi replicado em outros

---

pelos juízes, como uma lei fundamental. Compete a eles, assim, acertar o seu significado, assim como o significado de qualquer ato proveniente do órgão legislativo. (...) Disso não se conclui, de qualquer forma, uma superioridade do judiciário sobre o poder legislativo. Apenas supõe que o poder do povo é superior a ambos; e onde a vontade da legislatura, declarada nas leis, ficar em oposição com a vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem ser guiados por esta, em preferência àquela. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, em preferência às leis que não são fundamentais.



ordenamentos jurídicos ao redor do mundo em épocas posteriores, inclusive no Brasil. A propósito, a partir da primeira Constituição republicana brasileira (1891), elaborada sob orientação de Rui Barbosa – entusiasta do modelo constitucional norte-americano –, desenvolveu-se a teoria do controle de constitucionalidade no Brasil, tendo por base os moldes estadunidenses (SOUTO, 2019, p. 97).

Não obstante tenha havido inovação quanto à possibilidade de os juízes controlarem a constitucionalidade das leis, muitos países no continente europeu não chegaram a adotar esse sistema, como ainda não o adotam. A Inglaterra, por exemplo, buscou priorizar as decisões parlamentares, sendo estas, manifestadas por meio da lei, supremas e insuscetíveis de serem afastadas por um outro poder. Acolhe-se, ainda hoje, a Supremacia do Parlamento, ao invés da Supremacia da Constituição, não obstante tenha havido, naquele país, anteriormente à afirmação do poder legislativo, o “germe” do controle de constitucionalidade, mediante declaração de invalidade de leis “contrárias ao *common law*”, notadamente a partir do caso mencionado acima (NEDEL, 2013, p. 20-22).

Na França, por sua vez, o controle de constitucionalidade se dá somente nas formas política e preventiva, ou seja, antes da entrada em vigor da lei objeto de fiscalização, e nunca de forma judicial (o órgão responsável pelo controle preventivo é o Conselho Constitucional). Dessa forma, uma determinada legislação que já tenha passado pelo regular processo legislativo, estando plenamente em vigor, não pode ter sua incidência afastada em um caso concreto pelo Poder Judiciário, que está vinculado à aplicação da lei, mesmo na remota hipótese de ser ela inconstitucional. A exclusão de um controle judicial na França se deve ao maior ceticismo com relação ao papel dos juízes - razão histórica -, herança esta da Revolução Francesa (1789), na qual os revolucionários fizeram questão de restringir o poder de controle desses agentes do Estado, tendo em vista o seu papel proeminente na manutenção do regime absolutista anteriormente ao episódio revolucionário. Além disso, houve um excessivo apego à doutrina de Montesquieu de separação dos poderes – razão ideológica -, interpretada no sentido de ser incompatível com qualquer interferência do poder judiciário sobre as assembleias legislativas, distintamente, portanto, da concepção norte-americana de *checks and balances* (CAPPELLETTI, 1984, p. 96-98).

Curso diferente se deu na outra parte da Europa continental, na qual houve a adoção (e isso somente em meados do século XX), do sistema “austriaco”, ou seja, o controle concentrado de constitucionalidade, por sinal acolhido em parcela significativa dos países de *civil law* (no Brasil, é adotado em conjunto com o sistema difuso). Dando razão ao nome, tal modelo foi instituído na Áustria a partir da Emenda de 1929 à Constituição austríaca de 1920,

a partir de projeto elaborado por Hans Kelsen, a pedido do governo (CAPPELLETTI, 1984, p. 76). Esse sistema ficou caracterizado, resumidamente, pela existência de um órgão específico do Poder Judiciário (geralmente uma corte constitucional, hierarquicamente superior aos demais órgãos) incumbido de declarar a inconstitucionalidade de leis, em muitos casos abstratamente considerada – por isso, controle abstrato –, ou seja, sem relação estrita com um caso subjetivo envolvendo autor e réu. Explica Cappelletti (1984, p. 77-78) que o motivo da criação desse sistema como forma de solucionar a inconstitucionalidade de leis, em países alheios ao *common law*, foi justamente a inexistência, no *civil law*, de mecanismos similares ao *stare decisis*, princípio jurídico anglo-saxão que obriga a observância de precedentes, utilizado como freio ao controle difuso, que pode, como visto, ser utilizado por qualquer juiz ou tribunal. A adoção da fiscalização difusa em países de *civil law*, salienta o mesmo autor, levaria ao potencial inconveniente de uma mesma lei ser considerada inconstitucional por um juiz, mas constitucional por outro, em casos idênticos, não sendo necessário que um deles observasse a decisão anterior, situação de insegurança jurídica prejudicial à própria coletividade. Para isso, se cria um órgão exclusivo do Poder Judiciário competente para a declaração de inconstitucionalidade, a cuja decisão geralmente se confere efeito *erga omnes* e vinculante aos demais juízes e à Administração Pública.

Salienta-se que não é impertinente compreender os inconvenientes acima ressaltados para a criação de um sistema de controle concentrado em países de *civil law*, para os exclusivos fins deste estudo. A propósito, como o Brasil também adota o sistema difuso, ao lado do concentrado, é comum que inconsistências dessa ordem ocorram, sobretudo porque o sistema judiciário brasileiro não se encontra habituado com um princípio como o *stare decisis*, apesar da gradual aderência dos juízes a decisões de órgãos de instância superior, por questão de segurança jurídica, e da introdução, em diplomas como o Código de Processo Civil, dos chamados “precedentes obrigatórios”. Não obstante, ainda é recorrente, em solo brasileiro, que decisões conflitantes, em matéria de constitucionalidade de lei, coexistam. Isso acaba por refletir na sociedade, em âmbito político, social, econômico e cultural, conforme se verá mais adiante.

Em países da América Latina, por seu turno, é possível identificar semelhanças que aproximam os sistemas de controle de constitucionalidade como mecanismos de jurisdição constitucional. Isso porque os fatos históricos relacionados à colonização e ao descobrimento, e assim ao teor exploratório identificado nas relações entre colônia e metrópole aparentaram desde sempre influenciar no surgimento e no modelo de exercício da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade nesses países (STRECK, 2023, p. 82). Assim, muito

embora possam ser salientadas diferenças pontuais, como por exemplo, a adoção de somente um ou outro dos sistemas de controle de constitucionalidade (a Argentina, a título de exemplo, apenas admite controle incidental), o fato é que em geral os países latino-americanos refletiram em seus textos constitucionais o que hoje tende a ser chamado de constitucionalismo latino-americano. Nesse modelo constitucional, diversos aspectos podem ser destacados, como ferramentas de democracia participativa direta, como iniciativa popular de emenda constitucional, autoconvocações de plebiscitos e referendos e a necessidade de manifestação popular direta quando da reforma da Constituição. Além disso, é de se ressaltar a ascensão de espaços dedicados aos povos indígenas, elevados a status sem precedentes em termos de reconhecimento e valorização (STRECK, 2023, p. 82-83).

Inobstante os avanços em termos de conteúdo nessas constituições, movimento do qual faz parte o Brasil, é de destaque que o mecanismo do controle difuso de constitucionalidade, mesmo já encontrando acolhimento no ordenamento brasileiro há pelo menos 120 anos (desde a primeira Constituição republicana, como visto), é ainda pouco utilizado por operadores do direito. Nesse sentido, Streck (2023, p. 230-231) ressalta que o que se vê, na verdade, é que grande parte dos profissionais do direito não tem noção ainda da importância dessa espécie de controle de constitucionalidade, sendo que isso se deve, em boa parte, à crise por que perpassa a dogmática jurídica.

Como visto, o controle difuso difere do concentrado, na medida em que qualquer juiz pode dele se utilizar, com a ressalva de que, em se tratando de órgão judiciário colegiado, deve se respeitar a cláusula de plenário contida no artigo 97 da Constituição Federal de 1988. Além disso, o controle incidental é caracterizado pela permanência em vigor da lei tida por inconstitucional em um caso subjetivo. Significa dizer que o ato normativo será inconstitucional nesse caso em específico, sendo o entendimento extensível a outros casos somente se o julgamento se der no âmbito do Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário, com repercussão geral reconhecida. Para os demais casos, contudo, a lei permanece em vigor e, em regra, constitucional, sendo plenamente aplicável a eles.

Não há, como no controle em abstrato exercido nas ações diretas – em que o próprio ato normativo é impugnado –, a retirada da norma declarada inconstitucional do ordenamento jurídico, pois a decisão atinge o plano da eficácia da lei, e não da validade (PIMENTA, 2010, p. 101-102). Isso se opera, também, porque no controle difuso a questão constitucional é, como o próprio nome indica, incidental, ou seja, questão cuja análise é necessária para o julgamento do pedido principal. A inconstitucionalidade não é o objeto principal da lide, como ocorre nas ações do controle concentrado.

Para Tocqueville, esse caráter incidental consistiria em limite ao exercício do *judicial review*, pois possibilitaria ao Judiciário atacar leis apenas com “meios judiciais”, em casos concretos postos à sua apreciação. Dessa forma, o juiz só julga a lei pois precisa julgar um processo (não poderia se negar a fazê-lo), sendo que sua decisão só tem por objetivo atingir um interesse individual, ou seja, o caso em julgamento. Por dizer respeito a um só caso, a lei censurada pelo juiz não seria destruída por completo. Somente com os golpes repetidos da jurisprudência em outros casos é que a lei acabaria, finalmente, por sucumbir (TOCQUEVILLE, 2019, p. 124).

Nesse sentido, Pimenta observa que na fiscalização judicial difusa,

Objetiva-se afastar a aplicação de norma inconstitucional, da qual decorre consequências jurídicas desfavoráveis para a parte autora. Ou seja, neste tipo de situação alguém bate às portas do Poder Judiciário postulando que a norma inconstitucional deixe de atuar na situação descrita na petição inicial, evitando-se a incidência dos efeitos jurídicos oriundos da regra inválida ou reparando-se os danos oriundos da aplicação desta. (...) o pedido formulado pela parte não é o de produção da decisão de inconstitucionalidade. Esta, em verdade, funciona como pressuposto para a certificação do direito da parte. O pedido imediato é outro (declaração de existência de relação, condenação no cumprimento de obrigação de dar, fazer ou de não-fazer, extinção, modificação de situação, ou relação jurídica), contudo, o desfrute do objeto do pedido mediato (bem jurídico que se deseja subordinar ao seu interesse) depende da declaração de inconstitucionalidade de determinada lei (PIMENTA, 2010, p. 118-119).

Por isso, a inconstitucionalidade é tida como uma questão a ser apreciada pelo magistrado no julgamento de uma lide. Considerando a normatividade plena da Constituição Federal, eventual desconformidade de um texto normativo com ela pode resultar em uma obrigação de dar, fazer ou se abster de fazer alguma coisa, ou mesmo na liberdade de praticar algo, sendo imperioso que o juiz analise tal questão (assim como qualquer outra) na ocasião em que julga o caso.

É importante asseverar, até mesmo em razão da forma como surgiu o modelo difuso no sistema norte-americano, que normalmente tal modelo é associado com a ideia de controle incidental propriamente dito. Contudo, deve-se apontar que ambas as terminologias não necessariamente se identificam, havendo sistemas em que o controle se dá de forma incidental em um determinado processo, mas não de modo difuso, ou seja, não é qualquer juiz que pode apreciar a questão (MENDES, 2019, p. 1.795).<sup>3</sup>

Essa espécie de controle de constitucionalidade é mais comum em casos relacionados ao direito tributário. Assim, determinado contribuinte provoca o Poder Judiciário

---

<sup>3</sup> A propósito, no presente trabalho, ambos os termos, “difuso” e “incidental”, são utilizados como sinônimos, em virtude sobretudo da identificação das duas expressões no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

a fim de que declare a inconstitucionalidade de um tributo ou a forma como o mesmo é cobrado. É dever do magistrado, mesmo diante de um caso subjetivo em que a sentença não terá efeitos *erga omnes* e/ou vinculante, analisar a constitucionalidade ou não da exação, da forma como posta pelo autor contribuinte, pois tal decisão influirá, ao fim e ao cabo, na obrigatoriedade ou não de recolhimento do tributo. Não obstante a usual utilização do instituto no âmbito tributário, Streck (2023, p. 231) reconhece que, em outras searas do direito, como a penal, muito embora o processo legislativo seja o mesmo, a quantidade de questionamentos em plano de controle difuso ainda é ínfima se comparada àquela área, valendo o mesmo para o campo dos direitos coletivos.

Como o presente estudo situa-se no campo da proteção do patrimônio histórico e cultural brasileiro, direito coletivo *lato sensu* que encontra guarida no texto constitucional, interessa imaginar como o controle difuso pode se manifestar nesse campo. Imagine-se ato normativo do Estado do Rio Grande do Sul que proíba a prática da chula, dança típica de Portugal mas cuja manifestação tornou-se culturalmente relevante no Sul do Brasil, precisamente em Centros de Tradições Gaúchas (CTGs) e locais de prática da cultura gaúcha. Considerando a inconstitucionalidade da lei, determinado cidadão, integrante de associação relacionada à preservação da cultura gaúcha, ingressa com ação popular pedindo o reconhecimento do direito à prática da chula, por se consubstanciar em patrimônio cultural na região e, assim, ter proteção constitucional, não podendo lei ou qualquer ato normativo do Poder Público vir a proibi-la. O juiz, então, declara incidentalmente a inconstitucionalidade da lei em sentença, permitindo a prática da chula por se tratar de manifestação integrante da cultura e do patrimônio cultural gaúcho. O exemplo mencionado é apenas uma das infinitas possibilidades nas quais a fiscalização judicial em concreto pode ser exercida com vistas a negar validade jurídica (e conseqüentemente, impedir produção de efeitos) a ato normativo prejudicial ao patrimônio cultural, além do próprio direito à livre manifestação nesse campo.

Além de atos normativos inconstitucionais, mister ressaltar que a omissão inconstitucional pode ser sanada pela via do controle difuso de constitucionalidade. A omissão inconstitucional configura uma conduta negativa por parte do Poder Público em tomar determinada medida, quando a Constituição obriga que a medida seja tomada. Ou seja, ao invés de cumprir a conduta positiva imposta pela Constituição, o Estado (tanto nos campos legiferante como administrativo) permanece inerte. Tal omissão pode ser corrigida pela via do controle de constitucionalidade, pretendendo-se, com isso, preencher lacunas para que as normas constitucionais detenham eficácia plena (MORAES, 2020, p. 844-845). Na Constituição Federal de 1988, a propósito, foi criado o mandado de injunção, ação por meio

da qual se busca suprir uma omissão do Poder Público, com vistas a viabilizar o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa prevista na Constituição (MORAES, 2020, p. 198-199). Consoante se verá adiante, o tema da omissão inconstitucional gera discussões relevantes no campo dos direitos coletivos e precisamente na proteção ao patrimônio cultural.

Como se pode perceber, é ampla a possibilidade de exercício do controle difuso por magistrados, sendo esta uma forma de realizar a jurisdição constitucional. Não por acaso, tal característica do Poder Judiciário levou Tocqueville (2019, p. 125) a dizer que o poder dado aos tribunais de pronunciar-se acerca da constitucionalidade das leis consistiria em uma das barreiras mais poderosas contra a tirania das assembleias políticas.

No sistema jurídico de *common law*, como visto, estando o juiz adstrito ao princípio do *stare decisis*, na prática torna-se excepcional a hipótese em que ele declara a inconstitucionalidade de determinada lei quando inexistente precedente judicial no mesmo sentido. A partir disso, é tendência característica daquele sistema jurídico que juízes fundamentem suas decisões com base em princípios estabelecidos em casos anteriores, quando diante de casos que apresentem similitude fática e questões jurídicas semelhantes. A partir da definição de um precedente, torna-se responsabilidade dos julgadores subsequentes a fixação dos limites da utilização desse modelo em casos futuros (FINE, 2011, p. 67-68).

Dessa forma, como já referido, de acordo com Cappelletti (1984, p. 82-83), o princípio de vinculação aos precedentes acabou por determinar os limites do controle de constitucionalidade, precisamente nos Estados Unidos. A partir disso, com aquele princípio funcionando como espécie de “freio” à fiscalização judicial, se evitou ambiente de grave incerteza do direito, da maneira como já explicado anteriormente. A solução encontrada em diversos países de tradição *civil law* (dentre eles, a Espanha, a Itália, a Alemanha e, em parte, também o Brasil) para esse problema foi justamente a criação de um órgão judiciário adequado com função de controle normativo, ou seja, a concentração (daí o sistema de controle concentrado) em um só órgão da função de declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo (CAPPELLETTI, 1984, p. 84). Certos autores, como Streck (2023, p. 67), chamam tais órgãos de tribunais *ad hoc*, dada a sua específica atribuição de julgar a constitucionalidade de determinado ato normativo, direta ou incidentalmente.

No Brasil, apesar de haver um controle misto, inexistente o princípio do *stare decisis*, sobretudo quando se está diante de questão ainda não julgada pelas cortes superiores. Ainda, não é sempre tão evidente a constitucionalidade ou não de determinada legislação, como no exemplo citado acima, sendo comum que, ao apreciar a questão, o juiz se veja diante de situação complexa, na qual dois ou mais direitos constitucionais encontram-se em jogo. Nessa

hipótese, de acordo com Mendes (2019, p. 110-111), costuma-se dizer que a solução é a ponderação entre tais normas, a partir das teorias formuladas por Ronald Dworkin e Robert Alexy, no que concerne ao valor normativo dos princípios. Assim, na oportunidade em que dois ou mais princípios contrapõem-se, deve-se aferir o peso de cada norma no caso em concreto, porque, considerados abstratamente, nenhum dos princípios possuiria primazia. Destaca-se que essa técnica não é livre de críticas, evidentemente, sobretudo do modo como é utilizada por juízes em solo brasileiro, que, conforme indica Streck (2012, p. 17-18), acaba por desvirtuar as próprias teorias de Dworkin e Alexy. Não obstante, o julgamento mediante tal técnica ganha especial relevância quando se fala em controle de constitucionalidade, justamente porque, quando do exercício desse controle, o juiz se vale diretamente do texto constitucional, o qual, por si só, já é impregnado de múltiplos direitos e princípios.

No que tange aos procedimentos judiciais em que a rejeição da lei pode se operar, é pertinente destacar que não há qualquer limitação nesse sentido, podendo o controle difuso de constitucionalidade ser exercido por qualquer juiz em qualquer espécie de ação judicial. Assim, pelo menos em primeiro grau de jurisdição, não há restrição nem mesmo procedimento especial previsto para o exercício da jurisdição constitucional incidental. É suficiente a arguição da questão pelo autor, pelo réu, pelo Ministério Público ou mesmo de ofício pelo juiz, embora esta última hipótese seja de difícil ocorrência na prática. Em caso de órgãos colegiados, exige-se somente o respeito à cláusula de reserva de plenário do artigo 97 da Constituição Federal, dispensável caso se esteja diante de reanálise de decisão de primeiro grau (PIMENTA, 2010. p. 75-76).

Como se viu sucintamente acima, o mecanismo do controle difuso é ferramenta importante no ordenamento jurídico brasileiro de exercício da jurisdição constitucional, que em nosso país pode ser praticada por qualquer juiz, em qualquer grau de jurisdição, diferentemente de outras nações. Inclusive, a jurisdição difusa distingue-se da abstrata a partir da constatação de que cada sujeito é legitimado para questionar, mesmo que em um caso individual, a constitucionalidade de determinada lei, mediante a provocação do Poder de Estado competente para tanto. Em comparação, o controle abstrato é mais limitado, pois apenas os legitimados do artigo 103 da Constituição Federal podem provocá-lo, mediante o manejo das ações diretas perante a Supremo Tribunal Federal. Há restrição, assim, tanto do ponto de vista procedimental, quanto da perspectiva de quem pode acionar o STF. Dessa forma, em termos de realização de democracia e participação popular, o controle difuso se destaca por legitimar e conferir acesso à justiça a todo e qualquer sujeito, de forma indistinta, com o escopo de salvaguardar direitos concretamente violados ou ameaçados (SCALABRIN,

2018, p. 34-39). Daí exsurge, precisamente, a umbilical relação entre a forma difusa de fiscalização constitucional e a manutenção da integridade do Estado Democrático de Direito.

No mesmo caminho alude Maria Lúcia Luz Leiria (2007, p. 119-120), em tese de doutoramento, na qual afirma que

(...) por meio do controle dos textos legais e atos normativos dos poderes públicos, torna-se o Poder Judiciário o detentor deste mecanismo capaz de negar existência a textos, porque contrários ao texto constitucional, com o que se fortalece a própria democracia.

Dito que só há democracia quando há participação do povo na forma e no modo de governo, este povo soberano deve ser capaz de acionar quem detém o poder de controlar a constitucionalidade de textos legais e atos normativos, acessando e provocando o Judiciário sem a necessidade de intermediários ou de legitimados para tanto.

E este acesso se dá por meio do controle difuso de constitucionalidade. Daí a estreita vinculação entre o controle difuso de constitucionalidade e a manutenção do Estado Democrático de Direito.

A jurisdição constitucional nasce, então, da necessidade de respeito à ordem constitucional para proteção, também, dos direitos das minorias. E é na sua feição difusa que tal função demonstra-se hábil e válida para atender aos reclames da sociedade em sua totalidade.

Com esse caráter, a jurisdição difusa se manifesta como instrumento corolário do Estado Democrático de Direito, ao permitir irrestritamente o acesso à justiça de sujeitos, os quais defendem diretamente em juízo seus direitos mediante arguição de inconstitucionalidade.

Streck (2002, p. 361) também destaca tal aspecto do controle difuso, asseverando que as críticas direcionadas a esse sistema

referem-se a sua existência desacompanhada de qualquer mecanismo de extensão dos efeitos das decisões. Convivendo e acoplado a um amplo sistema de controle concentrado, o controle difuso de constitucionalidade pode mostrar-se como um importante instrumento de filtragem constitucional (...). Com efeito, o controle difuso de constitucionalidade, mantido até hoje inclusive em países como Portugal, retira do órgão de cúpula do Poder Judiciário o monopólio do controle de constitucionalidade, servindo de importante mecanismo de acesso à justiça e, conseqüentemente, à jurisdição constitucional. A importância do mecanismo do controle difuso mostra-se absolutamente relevante, uma vez que permite que juízes de primeiro grau e tribunais em suas composições plenárias, mediante incidente de inconstitucionalidade devidamente suscitado, realizem a filtragem constitucional, que vai desde a simples expunção de um texto inconstitucional, até a correção de textos através dos institutos da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Nesse caminho, as decisões que afastam a aplicação de lei ou ato normativo inconstitucional podem beneficiar não somente os próprios autores, mas também outros grupos, diretamente (tratando-se de direito coletivo) ou indiretamente, os quais terão a possibilidade de se valer dos mesmos fundamentos para verem materializados os seus



direitos. Essa constatação, como se verá, é importante em termos de tutela do patrimônio histórico e cultural, na medida em que o titular do direito difuso pode provocar o Poder Judiciário em um processo subjetivo, beneficiando não só a proteção do bem cultural, mas igualmente os demais titulares do mesmo direito.

Sobretudo para os fins deste estudo, interessa saber que, como os casos envolvendo o patrimônio cultural brasileiro em geral possuem efeitos que transcendem os interesses só das partes, justamente por estar em jogo direito difuso pertencente à coletividade, não é incomum que o Supremo Tribunal Federal admita para julgamento recursos extraordinários que possuem tal questão de fundo, como os casos relacionados à definição do marco temporal de terras indígenas e ao sacrifício de animais em rituais religiosos. Algumas das decisões sob essa sistemática serão analisadas no terceiro capítulo do presente trabalho, que se restringe a examinar o controle difuso de constitucionalidade estritamente no âmbito da tutela do patrimônio histórico e cultural brasileiro, a partir de casos como os citados.

Destarte, por ora, cumpre ter em mente algumas das implicações que podem surgir de uma decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental. Além disso, neste momento, é importante para os fins deste trabalho explicitar como pode se operar a fiscalização incidental em sede de ação coletiva, bem como as hipóteses em que ocorre a denominada abstrativização de efeitos de uma decisão que reconhece a inconstitucionalidade de certo ato normativo.

## 1.2 IMPLICAÇÕES DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: A FISCALIZAÇÃO DIFUSA EM AÇÕES COLETIVAS E A QUESTÃO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES EM CONTROLE INCIDENTAL

Considerando a existência de um amplíssimo, e em grande medida irrestrito, sistema de controle incidental de constitucionalidade no Brasil, tal como explanado anteriormente, múltiplas questões daí podem levantar-se. Uma delas atine aos reflexos de uma decisão de invalidação de uma determinada lei, seja no bojo do processo em que é proferida, seja fora dele. Tais efeitos não podem ser ignorados, sobretudo no presente estudo, uma vez que se lida com a tutela do patrimônio histórico e cultural brasileiro e a sustentabilidade mesma, ao mesmo tempo em que se interfere na esfera de competência de outro Poder de Estado e busca-se proteger outros preceitos constitucionais.

Ademais, é inegável que decisões que abrangem manifestações culturais possuem relevantes impactos externos ao processo, na medida em que, como se sabe, sociedade, cultura, economia e política são conceitos indissociáveis. Afetando um desses aspectos, outro

certamente será afetado, seja positivamente, seja negativamente. Nesse sentido, embora o *judicial review of legislation* em nosso ordenamento possa ser visto como uma forma de exercer a democracia e reforçar o Estado Democrático de Direito, impera analisar possíveis reflexos de pronunciamentos judiciais que, no mais das vezes, afetam múltiplos sujeitos.

É comum que se diga que o controle difuso de constitucionalidade opera efeitos *inter partes* ao processo em que é exercido, ou seja, somente as partes envolvidas (autor e réu) podem ser afetadas pelos efeitos decorrentes da decisão judicial. Todavia, dois fenômenos, que serão aqui examinados, fazem com que a máxima dos efeitos *inter partes* no controle difuso seja revisitada, bem como relativizada: a possibilidade de controle em concreto em ações de cunho coletivo (ZAVASCKI, 2017, p. 238-239) e a questão da abstrativização da fiscalização incidental – ou aproximação do controle difuso com o controle abstrato – (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 289-290). Ambas as problemáticas se inserem em um contexto maior, que é o da interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes. Por isso mesmo, uma das principais e quase inevitáveis consequências advindas de decisões judiciais dessa natureza é a própria extensão do poder jurisdicional, um poder não dotado de representação popular direta, em uma função de Estado que goza dessa representação.<sup>4</sup>

Para Hirschl (2004, p. 31-32) esse movimento de predominância não é exclusivo do Brasil. Segundo o autor, durante as últimas décadas, três grandes ondas de consolidação democrática tomaram lugar no mundo: na parte sul da Europa nos anos de 1970 (Espanha e Portugal, precisamente), na América Latina por volta dos anos 1980, com a queda, em muitos países, de ditaduras militares, e na Europa Central e Oriental no começo dos anos 1990, com a unificação da Alemanha e desmantelamento da União Soviética. Todos esses movimentos trouxeram consigo o engrandecimento do poder judicial, precisamente por meio da constitucionalização de direitos e o estabelecimento de poderes judiciários independentes, além de supremas cortes com competência para exercer o controle de constitucionalidade.

Dessa forma, a existência de um Judiciário autônomo aparenta ser a condição necessária para proliferação do regime democrático, pelo menos na segunda metade do Século XX. A expansão judicial está associada, assim, com a liberalização política e econômica em

---

<sup>4</sup> Destaca-se que o presente estudo não busca entrar em detalhes no inesgotável tema da interferência do Poder Judiciário em atos emanados por outros Poderes (bem como temas correlatos, como ativismo judicial e judicialização da política). Da mesma maneira, não é o escopo deste trabalho pormenorizar as correntes de pensamento ditas “substancialistas” e “procedimentalistas”, as quais possuem como cerne de discussão o papel do Poder Judiciário na interpretação e aplicação da Constituição, além dos limites da ingerência do poder jurisdicional nas demais funções de Estado. Restringe-se este estudo, tão somente, a elencar a intervenção do Judiciário como uma das possíveis consequências advindas de decisões em que se exerce o controle (precisamente difuso) de constitucionalidade, com vistas inclusive a demonstrar, mais a frente, como isso se opera no campo da tutela do patrimônio histórico e cultural.

novas democracias, recém reformuladas após regimes autoritários. Contudo, a tese da proliferação democrática possui alguns problemas, não provendo uma explicação coerente para as variações significativas do poder judicial entre as novas democracias. Além disso, falha em explicar os contextos, objetivos e natureza da expansão do Poder Judiciário entre esses países (HIRSCHL, 2004, p. 31-32).

Como se viu anteriormente, o argumento da suposta superioridade do Poder Judiciário é enfrentada pelo menos desde o final do século XVIII, tendo Hamilton afirmado em *O Federalista* que isso se trataria, na verdade, de uma falácia. Foi, também, argumento objeto de observação, no julgamento de *Marbury versus Madison*, sendo dito por Marshall que a possibilidade de anulação de legislação contrária à Constituição era decorrência do status legal desse documento e da necessidade de observância pelos juízes da lei maior. Assim, ao exercer o controle de constitucionalidade, o juiz estaria apenas aplicando diretamente a Constituição, que nada mais é que o documento redigido pelo povo impondo limites ao Estado. Aí a legitimidade (em tese) das decisões em sede de jurisdição constitucional: o juiz estaria aplicando aquilo que o povo deixou sedimentado na Constituição (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *on-line*).

O ponto fulcral de crítica a tais afirmações situa-se no fato de que o Poder Judiciário pode, ao fim e ao cabo, definir o significado da Constituição. Alguns autores, como Robert Dahl (2001, p. 54-55), chegam a questionar a própria possibilidade de o Poder Judiciário deter o poder de controlar a constitucionalidade de leis regularmente aprovadas nos setores mais democráticos do Estado. De acordo com Dahl, essa controversa prerrogativa apenas entrega aos juízes a possibilidade de interpretar a Constituição conforme sua própria ideologia e tem como base os seus vieses e preferências. Pesquisadores do Direito têm se esforçado durante gerações para tentar explicar de forma racional e satisfatória a extensão do poder de controle de constitucionalidade, sobretudo da Suprema Corte. E, ainda assim, a questão permanece: por que imbuir um órgão não eleito (no caso norte-americano, cinco dos nove juízes da Suprema Corte) do poder de realizar decisões políticas que afetam as vidas e o bem-estar de milhões de pessoas? O controle de constitucionalidade pode se justificar em uma ordem dita democrática?

Nesse ponto, é pertinente a colocação de Ely (1998, p. 4-5), quando alude que, quando as cortes invalidam um ato dos setores políticos do Estado, sob fundamentos constitucionais, estão na verdade sobrepondo o seu julgamento ao daqueles setores. Além disso, normalmente o fazem sem que haja mecanismo de correção predeterminado pelo processo legislativo ordinário. Segundo o teórico, também, o cerne do problema do controle

de constitucionalidade está na possibilidade de um órgão que não é eleito ou de outra forma responsável politicamente poder dizer aos representantes eleitos do povo que eles não podem governar da maneira que querem. Sendo desejável ou não, esse fato acaba por tornar vulnerável o controle de constitucionalidade ao argumento de inconsistência com o regime democrático.

Discorre o autor, ainda: décadas atrás se “descobriu” que, na verdade, juízes eram humanos e, portanto, o mais provável é que aplicassem em suas decisões seus valores pessoais, revestindo-os de valores constitucionais. Inclusive, a visão de que o juiz, ao aplicar a Constituição, deveria usar ser próprios valores, suas experiências pessoais e sua ideologia para mensurar o julgamento acerca das decisões dos Poderes Legislativo e Executivo é, muitas vezes, referendada por diversos argumentos (ELY, 1998, p. 44-45). Nessa medida, ainda se defende, mesmo que com argumentos propriamente jurídicos, a discricionariedade completa do magistrado ao decidir sobre a pertinência ou não de determinada legislação, com base na prerrogativa sobre o significado da Constituição.

Contudo, é importante dizer que esse protagonismo judicial (o qual é sempre provocado por parte interessada), decorrência da prerrogativa de controle de constitucionalidade, não é necessariamente de todo o mal, uma vez que é natural em um sistema de *checks and balances* que um Poder lance suas mãos sobre outro, sobretudo quando extrapola-se a própria competência, como legislar além do permitido pela Constituição. Nessa linha é que o Poder Judiciário, muitas vezes, exerce função contramajoritária, na medida em que anula decisões tomadas pelo corpo político majoritário com vistas proteger direitos e garantias fundamentais. Resta saber, na verdade, quando a interferência do Poder Judiciário, cada vez mais recorrente com a constitucionalização de direitos, se faz legítima. Nessa linha, salienta Streck (2002, p. 156) que, atualmente,

concebe-se o Poder Judiciário (*lato sensu*, entendido aqui como justiça constitucional) uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais.

Ainda, interessa dizer que o próprio Robert Dahl busca responder os questionamentos colocados por ele (acima referidos) e justificar a existência de um Poder Judiciário com poder de controlar a constitucionalidade da legislação e de políticas públicas executivas. Segundo ele, notadamente em um sistema federal uma corte judiciária superior, com a prerrogativa de decidir se e quando as autoridades do Estado estão excedendo os seus

limites, se faz necessária. Mas é preciso ressaltar que as cortes detêm o poder de revisar leis e medidas administrativas em casos afetos aos direitos fundamentais que são necessários à própria existência do regime democrático: direito de se expressar livremente, de se associar, de votar, de formar e participar em organizações políticas, dentre outros. Quando o Judiciário age dentro da esfera dos direitos fundamentais democráticos, a sua legitimidade dificilmente pode ser desafiada (DAHL, 2001, p. 153).

Dessa forma, é importante salientar que, ao se deparar com a ofensa a direito fundamental em um determinado caso concreto, decorrente da aplicação de uma norma, o juiz exerce o controle de constitucionalidade difuso para afastar a aplicação da lei e privilegiar o direito fundamental. Isso é de importante valia quando se considera, por exemplo, a própria defesa do patrimônio cultural como direito fundamental difuso (o que não ocorre no contexto norte-americano, mas ocorre no brasileiro), conforme se discorrerá mais a frente neste trabalho.

O que isso significa não é necessariamente a interferência negativa do Poder Judiciário no Executivo ou Legislativo. É precisamente a defesa, pelo poder jurisdicional, do Estado de Direito e, notadamente em constituições dirigentes, daqueles direitos elencados na Constituição. Assim, quando o juiz atua para anular ato inconstitucional em um caso concreto, sobrepondo um direito fundamental, nada mais faz do que exercer a sua função no Estado Democrático de Direito. A propósito, no campo administrativo, é unânime a afirmação no sentido da possibilidade de o Poder Judiciário controlar a legalidade do ato administrativo. Nessa linha, destaca Conrado Hübner Mendes (2008, p. 22):

“Judicialização da política”, para que contenha algo de conceitualmente novo e especial, não poderia significar apenas o controle do poder político pelo Judiciário. Esse fenômeno, ainda que mais ou menos efetivo na prática, é da definição mais primária de Estado de Direito. Não há Estado de Direito sem um Poder Judiciário capaz de domesticar o exercício rotineiro da autoridade. No terreno do direito administrativo, isto recebe o nome de controle judicial do ato administrativo. Com o advento de constituições dirigentes e a imposição de metas sociais ao legislador e ao administrador, esse campo ganha maior complexidade. O Poder Judiciário pode, a título de implementar normas constitucionais, interferir no conteúdo das decisões legislativas e executivas? Se ao juiz for dado escolher como os direitos à saúde e à educação, por exemplo, devem ser entendidos e operacionalizados, o fenômeno ganha uma nova cara. Opções de política pública se “judicializam”, submetem-se ao crivo jurisdicional. Se há alguma novidade conceitual e empírica, ela se encontra nesse plano, não naquele.

Assim, o que se discute é a legitimidade democrática da decisão judicial que anula lei ou ato normativo, e não a própria competência do Judiciário ou a judicialização das mais diversas questões, aspectos estes já sedimentados e acolhidos na teoria constitucional. Na

realidade, o que se defende frequentemente é que, em decisões dessa natureza, haja um procedimento decisório mais rígido, diferente daquele previstos para casos considerados “ordinários” (MENDES, 2008, p. 22-23). Além disso, é crescente tanto no campo do direito constitucional quanto processual civil o desenvolvimento de teses a favor de uma maior participação democrática em tais decisões do Poder Judiciário, além do necessário “diálogo institucional”, que deve ser promovido por esse Poder com os outros, quando se estiver diante de questões complexas, com potencial de afetar milhões de pessoas.

Nesse sentido, em defesa do diálogo institucional entre Poder Judiciário, Legislativo e povo para a tomada de decisões, Marinoni (2022, p. 110-111), baseando-se em Habermas, ressalta que na democracia deliberativa, a população tem um direito inalienável de discutir soluções da Corte, pois não só o Poder Judiciário possui a competência de interpretar a Constituição, mas também a própria população e o Poder Legislativo, em conjunto com aquele (sociedade aberta de intérpretes). Desse modo, não há um desprestígio ao Judiciário ou predominância da democracia majoritária, mas a afirmação de que o próprio regime democrático não pode ser restringido por decisão judicial (por vezes inoportuna e precária) sem os devidos debates e esclarecimentos.

Continua o autor dizendo que, em um sistema que acolha de fato a democracia deliberativa, deve-se dar oportunidade para os envolvidos apresentarem as suas razões para a tomada das decisões. Isso se opera principalmente quando se tem em vista decisões públicas que regulam a convivência em sociedade, que devem ser justificadas considerando as próprias razões ofertadas. Essa sistemática, ao levar em conta a discussão popular e a atuação parlamentar, é relevante para construir o respeito mútuo e a civilidade, além de desenvolver uma solução consensual aos conflitos naturais da vida em sociedade (MARINONI, 2022, p. 110-111).

Além disso, como ressaltado, é importante que a atuação do Poder Judiciário nesse âmbito – de aplicação e exercício do controle difuso de constitucionalidade – se restrinja à esfera da denominada judicialização, a qual é saudável e necessária em um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a judicialização é vista como um processo natural desencadeado pela positivação, cada vez maior, de direitos (sobretudo de caráter social e/ou coletivo *lato sensu*) em Constituições e textos legais. A partir do momento em que tais direitos são inscritos objetivamente em ordenamentos jurídicos, a sua observância e aplicação tornam-se imperativas, de modo que qualquer descumprimento, por ação ou mesmo omissão, pode vir a ser sanada pelo poder jurisdicional, até porque a lei não pode excluir “da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, XXXV, da Constituição

Federal de 1988). Assim, o fenômeno da judicialização torna-se uma consequência lógica do ascendente abarcamento, pela lei, de novos direitos, o que desloca o *locus* de tensão do Poder Executivo para o Judiciário e ocasiona um maior número de demandas. Apresenta-se, dessa forma, como uma questão eminentemente social, de constatação sobre o estado das coisas na contemporaneidade em razão da consagração de direitos (TASSINARI, 2013, p. 18-19).

Conforme se viu acima, as ações de controle concentrado de constitucionalidade já contam com procedimento específico, previsto tanto na Constituição quanto na legislação ordinária. Nessas ações se confere, usualmente, maior participação da sociedade, com audiências públicas e admissão de diversos *amicus curiae*. Ademais, é inegável que o Poder Judiciário realiza diálogo mais efetivo com outras instituições de Estado nesses procedimentos.

Contudo, o maior problema situa-se, ainda, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, que, como visto, pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, em resposta a uma arguição da parte interessada. Embora o Código de Processo Civil preveja a possibilidade de participação de terceiros em arguições de inconstitucionalidade nos tribunais (especialmente no artigo 950, parágrafo 3º), em primeiro e segundo graus, a figura dos *amici curiae* ainda é, de certa forma, negligenciada pelos magistrados (precisamente em virtude de um suposto “tumulto processual”). Todavia, sua admissão pode configurar importante mecanismo de legitimação das decisões em controle difuso de constitucionalidade, pois propicia justamente a participação democrática nos julgamentos do Poder Judiciário e realiza, por vezes, o diálogo institucional. Além disso, o esclarecimento fático que pode ser trazido por um *amicus curiae* melhora em qualidade as decisões a serem proferidas (ALENCAR, 2006, p. 172-173).

Assim, também em processos nos quais o controle incidental de constitucionalidade possa ser realizado, a tese de Häberle, no sentido de que a interpretação constitucional é um processo aberto, que propicia – ou pelo menos deve propiciar – a participação de diversos intérpretes, possui pertinência. Nesse caminho, sustenta o teórico que “a ampliação do círculo de intérpretes aqui sustentada é apenas consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação” (HÄBERLE, 1997, p. 11-12). Como a jurisdição constitucional toma parte também no controle incidental (às vezes, ainda mais que no controle concentrado), nada mais razoável do que permitir a participação e deliberação dos possíveis envolvidos na interpretação da Constituição.

Diante desse cenário, é pertinente discorrer sobre a possibilidade de exercício do controle difuso de constitucionalidade em ações coletivas. Dá-se destaque a esse ponto, pois,

no âmbito da proteção ao patrimônio histórico e cultural, e à sustentabilidade como um todo, as ações coletivas tomam relevante espaço. Em geral, questões relacionadas à proteção de bens e manifestações culturais são objeto de ações populares e ações civis públicas, partes do microsistema de proteção do direito coletivo no Brasil, além de configurarem procedimentos cuja pertinência corresponde à tutela desses direitos. É comum que se veja, por exemplo, ações de tal espécie envolvendo bens tombados ou manifestações culturais de alguma forma reconhecidas como patrimônio. A ação popular, a propósito, é sem ressalvas o instrumento para defesa do patrimônio histórico e cultural por excelência. Essa espécie de procedimento coletivo é uma garantia de controle e participação na vida política, colocada à disposição dos cidadãos, sendo um dos objetivos da ação popular precisamente a proteção ao patrimônio histórico e cultural, a partir da impugnação de atos que sejam a ele prejudiciais (SARAIVA, 2021, p. 219-220). Além disso, a ilegitimidade de associações e pessoas jurídicas para ajuizar ação popular é sanada pela existência da ação civil pública, que, quando bem utilizada, representa o interesse popular em sentido amplo, sendo inegável, por exemplo, a legitimidade do Ministério Público para ser autor de ação civil pública que busca a anulação de ato atentatório ao patrimônio histórico e cultural (FREITAS, 2013, p. 193-194).

Nesse caminho, é bastante discutida a questão acerca da possibilidade de exercício da fiscalização incidental em sede de ação coletiva. Uma vez que os efeitos dos julgamentos nessas ações não estariam restritos somente às partes do caso em julgamento (tendo em vista a natureza dos direitos discutidos), argumenta-se que haveria usurpação da função do Supremo Tribunal Federal quanto ao controle concentrado, cujos julgamentos possuem, genuinamente, efeitos *erga omnes*. A questão é: estaria o magistrado, ao exercer o controle difuso em ação coletiva, praticando na verdade o controle abstrato (ou de lei em tese), pela potencialidade de atingir sujeitos além do processo, em razão do direito discutido? O controle difuso, assim, não se converteria em concentrado, atingindo função própria do Supremo Tribunal Federal?

Tais questionamentos são feitos com relação ao processo coletivo, uma vez que, sendo ele concebido para tratar de conflitos próprios da sociedade de massa, não se mostra possível o tradicional raciocínio do processo civil individual. As ações coletivas, e assim a defesa de direitos transindividuais, levam a repensar, por exemplo, a legitimidade para a causa, fundada correntemente na titularidade do direito postulado. Em se tratando de direitos de caráter coletivo, como a higidez do meio ambiente e a própria defesa do patrimônio cultural, não é correto dizer que uma pessoa determinada é titular do direito. Isso exige, também, outra maneira de ver o instituto da coisa julgada material, considerando que eventual provimento jurisdicional exarado nesses processos beneficiará a coletividade, não mais



ficando limitada às partes litigantes e “titulares” do direito (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 473-474)

Com isso em mente, importa esclarecer que a possibilidade de controle difuso em ação coletiva já foi discutida e devidamente definida na doutrina e jurisprudência, sendo a orientação, atualmente, no sentido da possibilidade de exercício da jurisdição difusa, mesmo em ações de cunho coletivo. Assim, também em ações civis públicas, em ações populares e ações coletivas em geral se admite que a legitimidade de um certo preceito normativo seja questionada e controlada, aferindo-se a possibilidade ou não da norma incidir sobre determinados fatos e para produzir efeitos jurídicos. Tal investigação, que pode ser feita por qualquer juiz em qualquer processo, é, aliás, típica ao controle incidental (ZAVASCKI, 2017, p. 239).

A peculiaridade das ações coletivas, como dito, é que por vezes as sentenças proferidas nessas ações possuem eficácia subjetiva *erga omnes*, ocasionando efeito semelhante ao visualizado nas ações de controle concentrado. Isso se verifica, também, em razão dos termos da demanda coletiva, em que podem figurar como substituídos no processo todos os possíveis destinatários da norma cuja constitucionalidade se questiona. Dessa forma, mesmo que o pedido não seja de declaração da invalidade da norma abstratamente considerada, a decisão que define incidentalmente pela inconstitucionalidade acaba por ter, na prática, a mesma eficácia da decisão em controle abstrato, retirando o potencial de aplicação da norma tida por inconstitucional (ZAVASCKI, 2017, p. 239-240).

É pertinente asseverar que a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), aplicável a todo o microssistema de direito coletivo, prevendo essa hipótese - nada corriqueira -, tornou quase impossível que a eficácia da decisão tenha alcance similar ao de decisões do STF em controle abstrato, fixando os limites territoriais da sentença. Segundo o dispositivo (artigo 16), a sentença fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator, limitando assim o alcance e o número de possíveis destinatários da decisão judicial (BRASIL, 1985).

Além disso, convém ressaltar que há preceitos normativos insuscetíveis de serem questionados pela via da ação direta, o que reafirma a utilidade e possibilidade jurídica de realização do controle difuso em ações coletivas, bem como ausência de usurpação da competência da Corte Constitucional. É o que ocorre nas hipóteses de alegação incidental de inconstitucionalidade de leis municipais em face da Constituição Federal. Tais preceitos, como se sabe, não podem ser atacados por ação direta no Supremo Tribunal Federal, salvo por Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF (que por sua vez, possui

requisitos diversos), mostrando-se viável, contudo, o controle difuso exercido por juiz de primeiro grau em ação coletiva, que, a propósito, estará sujeito a recurso voluntário do interessado - em regra, apelação - ou remessa necessária (ZAVASCKI, 2017, p. 241).

Assim, impera registrar que as ações coletivas, muito embora atinjam frequentemente sujeitos além do processo (dada a proteção de direito difuso ou coletivo que se busca), e gerem efeitos econômicos e sociais que se operam além das partes, não são um óbice, por si só, ao exercício do controle incidental. Notadamente após o julgamento da Reclamação 1.733/SP, o próprio STF decidiu, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, que a ação civil pública se mostra instrumento idôneo para o controle de constitucionalidade difuso, desde que, no processo coletivo, a controvérsia sobre a constitucionalidade seja questão prejudicial, ou seja, não se confunda com o próprio objeto da demanda, como ocorre nas ações de controle abstrato, nas quais se busca a declaração da inconstitucionalidade da lei em tese, sem relação necessária com qualquer caso concreto (STRECK, 2023, p. 209).

O critério usado pela Corte Constitucional é deveras simples, e se consubstancia no exame da existência de relação jurídica determinada em que se baseia a ação, caso no qual se está diante de um litígio concreto, em que é possível o controle difuso. Assim, a alegação de inconstitucionalidade é fundamento da ação, e não o seu objeto principal, pelo que não se configura a usurpação da competência do STF, uma vez que tais demandas não se confundem com o controle abstrato das ações diretas (MENDES, 2008, *on-line*). Além disso, o efeito condenatório permitido por uma ação civil pública – que se distingue da ação direta pela legitimação para agir e quanto aos efeitos da coisa julgada –, por exemplo, a obrigação de reparar o meio ambiente degradado - seria inviável em uma ação de controle concentrado, reforçando o fato de ser possível o exercício do controle incidental (STRECK, 2023, p. 209).

A propósito, a aludida Reclamação nº 1.733, julgada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2000, é utilizada cotidianamente pela Corte e pelo Superior Tribunal de Justiça para legitimar o exercício do controle difuso, por exemplo, em ações civis públicas ajuizadas por certas entidades. No Agravo Regimental na Reclamação nº 27.990, por exemplo, o Relator Ministro Celso de Mello reiterou a jurisprudência no sentido da possibilidade de controle incidental em ações de caráter coletivo, assim destacando:

Cabe reconhecer, por relevante, que, mesmo tratando-se de fiscalização concreta de constitucionalidade, nada impedia a utilização, pelo Estado do Tocantins, no caso ora em exame, da ação civil pública, eis que a controvérsia pertinente à validade jurídico-constitucional dos diplomas legislativos estaduais em referência foi suscitada, “incidenter tantum”, como típica questão prejudicial, necessária ao julgamento da causa principal, cujo objeto identifica-se com o pedido de proibição

da prática “dos atos de pagamento dos reajustes remuneratórios” decorrentes da legislação mencionada.

Não custa rememorar, neste ponto, que, se o ajuizamento da ação civil pública visar não a apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas objetivar, como na espécie, o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, aí, então, tornar-se-á lícito promover, incidentalmente, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público, tal como tem reconhecido a jurisprudência dos Tribunais, notadamente a desta Suprema Corte [...] e enfatiza autorizado magistério doutrinário [...]. (BRASIL, 2018, p. 5-8).

Assim, nenhum óbice material ou processual há no exercício, por qualquer magistrado, da jurisdição constitucional difusa em sede de ação coletiva. No que tange ao presente estudo, portanto, o controle difuso de constitucionalidade pode ser exercido em ações coletivas que busquem a proteção do patrimônio cultural brasileiro, desde que a suscitação da inconstitucionalidade se dê na forma de questão prejudicial, cuja análise é necessária para julgamento do objeto da demanda.

Por fim, é pertinente tratar da tendência de abstrativização do controle difuso, hoje vigente no Direito brasileiro, aspecto que, em certa medida, relaciona-se com o tema do controle difuso em ação coletiva. Essa inclinação, operada sobretudo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, acaba por conferir a um julgamento da Corte Constitucional, em sede de fiscalização incidental, efeitos *erga omnes*, considerando-se uma forma de tornar objetivo um processo inicialmente subjetivo (PADILHA, 2020, p. 215).

Isso passou a ser objeto de discussão principalmente após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu o regime de repercussão geral para julgamento de recursos extraordinários, a partir da introdução do parágrafo 3º no artigo 102 da Constituição Federal. Nesse caminho, se passou a exigir do recorrente a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (BRASIL, 1988). Ainda, com o Código de Processo Civil de 2015, esse elemento, próprio dos recursos extraordinários, foi reforçado, referindo o artigo 1.035, parágrafo 1º que, para efeito de repercussão geral, demanda-se do recorrente a demonstração da “existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, com a repercussão geral e a eficácia vinculante, a decisão incidental de inconstitucionalidade, que antes era aplicável apenas às partes litigantes do recurso extraordinário, passou a ter efeitos *extra partes*. Em outras palavras, a solução sobre a constitucionalidade da lei, nesses recursos, pode configurar razão de decidir, permitindo se pensar em uma decisão constitucional de natureza incidental que possua eficácia vinculante, o

que a aproxima, inegavelmente, da decisão proferida em ação direta (MARINONI, 2022, p. 59-60).

Com essa sistemática, o modelo brasileiro de controle difuso – pelo menos quando exercido pela Suprema Corte – se aproximou ainda mais do que ocorre no cenário estadunidense, no que tange ao respeito às decisões proferidas pelo órgão máximo do Poder Judiciário. Mendes ressalta que, nos Estados Unidos, apesar de o controle difuso ocorrer no contexto de um processo subjetivo, o sistema perde parte dessa característica e acolhe uma modelagem processual que valoriza o interesse público amplamente considerado. Isso porque, por meio da abertura processual lograda pela possibilidade de figurar como terceiro o *amicus curiae*, se amplia consideravelmente a discussão em torno do processo, democratizando a questão a ser julgada. Além disso, a adoção de um procedimento específico para analisar a constitucionalidade da questão, o *writ of certiorari*, como mecanismo para se ter acesso à Suprema Corte daquele país, além do caráter vinculante de suas decisões decorrente do princípio do *stare decisis*, dão ao processo natureza bastante objetiva, aproximando-se do sistema de controle concentrado no que diz respeito à abstrativização da arguição de inconstitucionalidade (MENDES, 2019, p. 1.798).

Nesse ponto, é importante compreender o alcance atual do artigo 52, inciso X da Constituição Federal. Isso porque o dispositivo constitucional elenca como competência privativa do Senado Federal a suspensão de execução de lei reconhecida inconstitucional pelo Suprema Corte em controle difuso (BRASIL, 1988). Tal preceito foi introduzido na Constituição de 1934 com o intuito de atribuir ao controle incidental do STF efeitos *erga omnes*, diante da ausência do princípio do *stare decisis* em nosso sistema de *civil law*, ou seja, a inexistência de necessário efeito vinculante das proclamações da Corte Constitucional em controle difuso. Tal função do Senado foi repetida na Constituição de 1988, precisamente no dispositivo citado (MENDES, 2019, p. 1.981-1.982).

Contudo, a partir da introdução do sistema de controle concentrado no Supremo, e da afirmação de que pode a Suprema Corte, mesmo liminarmente, suspender a eficácia de determinado ato normativo, com efeitos transcendentais no controle abstrato, o dispositivo constitucional que traz a atribuição do Senado Federal perdeu a sua razão de ser. Se o STF pode suspender a eficácia de ato normativo com efeitos para todos no controle concentrado, da mesma forma poderia no controle incidental, pois diz respeito à competência precípua da Corte, estando a competência do Senado assentada em uma concepção de separação de Poderes já superada, tendo ocorrido a chamada mutação constitucional no que tange à atribuição senatorial (MENDES, 2019, p. 1.981-1.983).

Mendes (2019, p. 1.984), nesse ponto, ressalta que

se o STF declara, em caráter incidental, a inconstitucionalidade de norma em dado processo e, ao mesmo tempo, afirma que aquela decisão repercutirá ou será aplicada de determinada forma em outras situações, está a reconhecer a eficácia transcendente de sua decisão independentemente de intervenção do Senado.

É pertinente consignar, aqui, pensamento contrário ao exposto acima, ou seja, de que a função do Senado teria perdido sua razão de existir. O Professor Lenio Streck ressalta que as decisões do controle difuso não possuem autonomia, dependendo do socorro do Poder Legislativo por expressa previsão constitucional, não se podendo ignorar a existência do artigo 52, inciso X ou defender a ocorrência de “mutação constitucional”. Não há na Constituição nada que autorize a Corte Constitucional a agir dessa forma. Na visão do autor, assim, a função do Senado, muito embora relegada pela jurisprudência constitucional atualmente, é muito mais importante do que se imagina. Ela configura a transferência do polo de tensão à esfera pública de controle das decisões, aspecto indissociável do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2023, p. 195-197).

Na realidade, a criação de tal competência para o Senado Federal à época da Constituição de 1934 tinha como objetivo conferir aos julgamentos da Suprema Corte (que na altura só se manifestava de forma incidental) efeitos *extra partes*, os quais não eram automáticos. Isso era decorrência da tradição de *civil law*, que não conhecia o princípio do *stare decisis*, ou seja, a observância obrigatória de precedentes de tribunal hierarquicamente superior pelas cortes a ele vinculadas, princípio este, como visto, próprio do *common law*. Todavia, com o acolhimento do controle abstrato de normas no contexto brasileiro, a função do Senado se tornou um anacronismo, não havendo razão lógica em sua manutenção, uma vez que a decisão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal deve ter os mesmos efeitos e o mesmo alcance, seja em controle concentrado, seja em controle difuso. Atualmente, inclusive, a jurisprudência é firme no sentido de que a função do Senado é puramente discricionária, ou seja, pode ou não ser exercida pela Casa Legislativa, conforme sua própria conveniência e oportunidade (BARROSO, 2016, p. 106-107; NEDEL, 2013, p. 58-59).

Diante disso, apesar de ter sido limitado o acesso ao Supremo Tribunal Federal pela via do controle difuso em recurso extraordinário, julgamentos com essa sistemática passaram a ter repercussões que vão além das partes do processo, na medida em que se exige que questões relevantes estejam em discussão. Nesse trilha, casos julgados em sede de controle incidental pelo STF tornam-se especialmente notórios, justamente porque costumam atingir boa parcela da sociedade, mesmo que no processo figurem apenas duas partes. Conforme

salienta Marinoni (2022, p. 60), o controle incidental de constitucionalidade, quando atrelado à questão dos precedentes, faz com que decisões dessa espécie de controle assemelhem-se àquela exarada em controle concentrado. Assim, os efeitos de tais julgamentos ultrapassam, inegavelmente, as partes do processo, atingindo a coletividade e sujeitos além do processo.

Contudo, não obstante seja necessária a formulação de precedentes em um sistema cujo controle é difuso, para fins de conferir segurança jurídica ao ordenamento, não se pode confundir com a ideia obsoleta de que o sistema deva ser construído de maneira a nunca permitir divergência interpretativa (MARINONI, 2022, p. 19). Nesse caminho, é necessário compreender o verdadeiro significado da repercussão geral e de um precedente constitucional, os quais não podem ser vistos em perspectiva estática. Tal visão, que acaba por igualar a repercussão geral à sistemática de recursos repetitivos, reduz um precedente constitucional à mecanismo destinado à redução de litígios no âmbito da Suprema Corte. Com isso, se ignora a verdadeira função da repercussão geral e do próprio Supremo Tribunal Federal, a saber, servir como instrumento para a solução de questões transcendentais e relevantes socialmente, conferindo sentido à Constituição, dando orientação à sociedade e regulando casos futuros. Com esse significado se possibilita a acomodação de casos diferentes, cujos fundamentos fáticos revelam a necessidade de adequação do precedente previamente proferido, com a extensão ou limitação de seus efeitos (MARINONI, 2022, p. 50-51).

Além disso, importa ressaltar que, ao reconhecer a repercussão geral em um recurso extraordinário, não necessariamente o STF estará editando precedente constitucional. Embora seja remota atualmente, essa possibilidade tem peso e medida ideais para que discussão sobre determinado tema prossiga no bojo da sociedade e de outros Poderes do Estado. Dessa forma, não resta dúvida de que o Supremo Tribunal Federal pode deixar de atribuir eficácia vinculante à sua decisão quando tem em mãos caso importante, tornando cabível, mediante a devida fundamentação, que juízes e tribunais não estejam obrigados a aderir às razões do STF em casos futuros, alegadamente semelhantes. Tal circunstância materializa um diálogo interno do Judiciário e contribui para a construção democrática de precedentes constitucionais (MARINONI, 2022, p. 128-129). Assim, a aproximação do controle difuso ao concentrado, conquanto seja evidente, pode ser trabalhada pela Corte Constitucional.

Como visto, tais aspectos das decisões judiciais que exercem controle de constitucionalidade inserem-se nos múltiplos papéis que o Poder Judiciário desempenha na contemporaneidade. Os efeitos “extrajurídicos” decorrentes de manifestações judiciais são, na verdade, reflexos da nova roupagem da função jurisdicional do Estado na atualidade. Nesse caminho, os tribunais convertem-se em reguladores da atividade pública, ainda que isso

demande a otimização de repartições de competências entre órgãos do Estado, em promotores diretos dos direitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal, não apenas os de caráter individual, mas também aperfeiçoando a materialização dos demais direitos. Além disso, atua o juiz como agente de pacificação e mediação de conflitos políticos e sociais, evitando instabilidades sísmicas sem controle operadas no sistema político. Finalmente, funciona como instrumento de premonição, na medida em que antecede soluções legislativas com jurisprudência criativa, estimulando a própria atividade legislativa (mesmo constituinte), e mecanismo de correção não só da lei, mas também do texto constitucional, mediante reformas constitucionais silenciosas (LEIRIA, 2007, p. 44-45).

Nessa linha, é usual que provimentos jurisdicionais que deixam de aplicar determina lei ou ato normativo, utilizando-se do mecanismo do controle de constitucionalidade, contemplem temas que causem discussão no seio da sociedade e que possuam relação com a própria cultura nela estabelecida. Pode-se ter uma ideia de como o Poder Judiciário atua, em determinados campos, de forma precursora e contramajoritária, na medida em que, mesmo diante de reflexos culturais e econômicos provenientes de suas decisões, opta por privilegiar os dispositivos da Constituição Federal. Se manifesta, assim, precisamente em decisões em sede de jurisdição constitucional, de maneira vanguardista, negando aplicabilidade a leis e atos normativos que, além de conflitarem com a Constituição, refletem uma visão cultural obsoleta, ou mesmo procedendo à uma aplicação plena e direta do texto, independentemente de existir legislação infraconstitucional regulamentando. Além disso, os efeitos transcendentais da decisão em ação coletiva, ou no recurso extraordinário, como visto, dão maior destaque à jurisdição difusa.

No mesmo caminho alude Streck (2003, p. 83), quando assevera que ao Poder Judiciário não é dado ter uma postura passiva perante a sociedade, precisamente em se tratando de proteção a direitos fundamentais. O jurista defende, assim, que a justiça constitucional tenha uma nova inserção nas relações institucionais, indo além das meras funções próprias do *checks and balances* tradicional, assim se operando a partir da compreensão e adoção da perspectiva de precedência dos valores constitucionais, mesmo que isso implique em ir contra legislações produzidas por maiorias eventuais.

Como referido, com isso não há usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal para declaração de inconstitucionalidade, conforme já decidiram reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça e o próprio STF. A questão é incidental ao processo, devendo o magistrado apreciá-la para julgamento da causa. A propósito, depreende-se que a fiscalização difusa de constitucionalidade espalha seus efeitos nos mais diversos âmbitos da sociedade,

tornando possível o acesso à justiça e a incidência direta de direitos fundamentais em um caso concreto. Em sendo exercida de forma válida e legítima, com respeito aos diversos aspectos mencionados, a jurisdição constitucional difusa consubstancia importante mecanismo de afastamento da legislação que, quando aplicada em um determinado caso, acaba por conflitar com a Constituição Federal.

Com isso, a jurisdição difusa exerce papel de complementação ao controle concentrado, além de ser importante instrumento para a defesa de direitos fundamentais, conforme já explanado. Tal constatação decorre, também, do fato de que no controle difuso há possibilidade de arguição de matérias que não podem ser objeto de análise em controle abstrato pelo STF. Dentre as matérias que podem ser examinadas em controle difuso, mas não no concentrado - salvo a ADPF -, estão a interpretação direta de cláusulas constitucionais por qualquer órgão do Poder Judiciário, o direito anterior à Constituição de 1988, a controvérsia constitucional sobre normas já revogadas e, principalmente, a fiscalização constitucional sobre o direito municipal em face da Constituição (PINHO, 2010, *on-line*).

Pode-se compreender, diante do exposto até aqui, o real potencial do controle difuso de constitucionalidade. A partir do entendimento de que a qualquer órgão do Poder Judiciário é dado afastar a incidência de uma determinada lei ou ato normativo para privilegiar o texto constitucional, ou reconhecer uma situação de omissão inconstitucional, a jurisdição constitucional difusa implica em elemento essencial ao Estado Democrático de Direito, permitindo o alcance direto de um direito fundamental por parte de um sujeito ou uma entidade. Igualmente, demonstra ser um mecanismo pertinente no campo da proteção dos direitos difusos e coletivos, constatação esta que é de suma relevância para os fins deste estudo, uma vez que trata especificamente da proteção ao patrimônio histórico e cultural, tema ao qual a Constituição Federal de 1988 reservou espaço único.

Assim, a partir da compreensão da dimensão do controle difuso de constitucionalidade, precisamente na configuração determinada pela ordem constitucional de 1988, bem como dos possíveis efeitos provenientes de decisões desse tipo - notadamente nas ações coletivas e no recurso extraordinário -, passe-se então à segunda parte do presente trabalho. A análise, nesse ponto, se deterá à temática do acautelamento do patrimônio histórico e cultural (material e imaterial), a como a tutela desse patrimônio pode amparar e contribuir para a dimensão cultural da sustentabilidade brasileira. Ademais, tratar-se-á de alguns óbices identificados atualmente para a proteção do patrimônio cultural, que podem ensejar inclusive a judicialização da questão. Com isso, busca-se no último capítulo



demonstrar como o controle difuso se manifesta nesse âmbito do patrimônio histórico e cultural, quando da apreciação e julgamento de casos concretos.

## **2 O ALCANCE DA DIMENSÃO CULTURAL DA SUSTENTABILIDADE POR MEIO DA TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL**

A cultura é inquestionavelmente aquilo que distingue um grupo ou comunidade de outro. No decorrer dos séculos, na medida em a noção de cultura adquiriu esse sentido (perdendo a relação que possuía com a intelecto e a civilidade), a cultura compartilhada por certo conjunto de pessoas em um determinado espaço físico foi utilizada como base inclusive para a instituição da entidade política do Estado, legitimando, por conseguinte, a implementação de regras morais ou mesmo leis, com vistas a reger a sociedade à luz da própria cultura estabelecida. Aos poucos, todavia, a noção de cultura foi se distanciando daquela atrelada à nação ou ao Estado, propriamente ditos, estando mais vinculada, atualmente, às características identitárias próprias de um grupo social. A cultura, então, se manifesta por meio da arte, da tecnologia, da produção intelectual como um todo, além de estar evidente em manifestações culturais, costumes, usos, saberes e modos de fazer, os quais por vezes podem vir a tomar caráter material, mediante a transformação daquilo que se encontra na natureza, conforme seja conveniente àquela própria cultura (CUCHE, 1999, p. 24-30; MARTINS, 2007, p. 43-44).

Nessa linha, um dos reflexos diretos da cultura é a formação de um patrimônio histórico e cultural, tidos como esse conjunto de aspectos que identificam o grupo em questão (do ponto de vista cultural propriamente dito, ou histórico). Dessa forma, o patrimônio cultural é imaterial quando leva em conta as características intangíveis da cultura, enquanto o patrimônio cultural material é aquele de natureza corpórea, atrelada aos bens móveis e imóveis vinculados a uma certa cultura. O patrimônio histórico, por sua vez, é aquele relevante do ponto de vista da história de uma determinada cultura, povo ou Estado. Não obstante, é comum que, devido à própria identificação entre história e cultura, o patrimônio seja, ao mesmo tempo, cultural e historicamente importante.

Tendo em vista a vasta extensão territorial do Brasil e a existência de inumeráveis culturas, resultantes inclusive do processo de colonização, é natural que a identificação do patrimônio histórico e cultural dependa de diversas circunstâncias, sobretudo considerando o seu teor difuso e sociodiverso. O fato é que, muito embora no campo jurídico tenha sido positivado em Constituições o patrimônio histórico e cultural, tendo especial consideração

notadamente nos textos constitucionais latino-americanos, alguns problemas ainda podem ser visualizados nessa seara. Conforme se verá, isso se dá, principalmente, em razão da dificuldade que grupos culturais minoritários possuem de se autodeterminar (e serem assim reconhecidos) em uma sociedade cujos valores e costumes são distintos, e que, por vezes, impõe uma condição de sujeição a esses grupos e suas características culturais. Tal constatação reflete no tema do patrimônio cultural porque, como dito, este é, essencialmente, formado a partir da cultura.

A sustentabilidade entra em cena a partir do instante em que se considera a valorização da cultura e da sociodiversidade como parte necessária ao seu alcance, sentido no qual discorre o presente estudo e este capítulo. Assim, a sustentabilidade é compreendida, atualmente, em uma acepção ampla, abrangendo diversos aspectos. Com a devida tutela do patrimônio cultural material e imaterial, notadamente de grupos minoritários historicamente relegados em face do que se entende por “cultura hegemônica”, pode-se perfectibilizar uma das dimensões da sustentabilidade. Ademais, dada a inclusão desse patrimônio ligado à sociodiversidade brasileira na Constituição Federal de 1988, torna-se possível a sua utilização como fundamento para o exercício da jurisdição constitucional por parte do Poder Judiciário, daí advindo a conclusão de que o controle de constitucionalidade pode desempenhar um papel na proteção do patrimônio histórico e cultural e, por conseguinte, da sustentabilidade.

## 2.1 A DIMENSÃO CULTURAL DA SUSTENTABILIDADE PROVENIENTE DO ACAUTELAMENTO DO PATRIMÔNIO MATERIAL E IMATERIAL

Pessoas pertencentes a culturas distintas costumam ter, também, significados diferentes para as coisas. Como bem exemplificou Laraia (2001, p. 36-37), a visão que um antropólogo usualmente tem da Floresta Amazônica é que esta é simplesmente um conglomerado de árvores. O índio Tupi, todavia, tem uma perspectiva muito mais complexa. Para esse povo indígena, cada um dos vegetais existentes na floresta possui sentido qualitativo e um aspecto espacial. Assim como as pessoas se localizam nas cidades a partir da sede de certos prédios ou pontos de referência, o tupi encontra nas árvores esse parâmetro de referência. Nessa linha, a floresta perde o significado de um mero amontoado de vegetações, sendo vista como um conjunto de formas vegetais bem definidas e ordenadas.

A cultura, dessa forma, condiciona a visão de mundo do ser humano, sendo que a herança cultural ocidental nos levou a reagir de forma pejorativa relativamente ao comportamento diverso daqueles já padronizados e hegemônicos, acolhidos pela maioria da

comunidade. Nesse sentido, tendemos a discriminar o agir diferente, como até pouco tempo atrás (e, em certa medida, ainda hoje) era feito com relação a homossexuais, não obstante a homossexualidade seja vista, em determinadas culturas, como algo natural ou até mesmo mágico, como ocorre em determinadas tribos norte-americanas (LARAIA, p. 36-37).

Quanto a esse ponto, Estevão Martins destaca que o ser humano não seria assim entendido se lhe faltasse cultura. De modo semelhante ao que se compreende sobre a dignidade da pessoa humana, a qual é comum a todos os seres humanos, o modo cultural constitui a denominada “hominidade” e a humanidade. Assim, mostra-se como elemento que demonstra o caráter distintivo da humanidade como coletividade. É, dessa forma, condição necessária para materializar a identificação do atributo humano de certos seres, seja individualmente, seja coletivamente. Assim, apesar do termo “cultura” se dar no singular, a característica substancial é a pluralidade (MARTINS, 2007, p. 42-43).

É importante ressaltar que essa noção – contemporânea – de cultura contrapõe-se, em certa medida, aos ideais universalizantes vigentes à época do Iluminismo europeu, o qual pregava a aplicação de princípios abstratos, como liberdade e igualdade, de forma indistinta aos seres humanos, desconsiderando-se as nuances locais, como aquelas contidas na própria Europa. No contexto Iluminista, portanto, a ampla gama de diferenças entre os seres humanos, ditadas por crenças e valores, costumes e mesmo instituições, tanto em termos temporais quanto espaciais, era relegada a um segundo plano, sendo meras adições ou distinções atinentes ao contexto social, que sobrepujam a verdadeira natureza humana, de caráter geral e universal. Aliás, segundo Geertz, foi precisamente o fato de se levar em conta esses elementos que surgiu o conceito moderno de cultura, em detrimento da perspectiva uniforme do ser humano. Assim, se existe um consenso antropológico próprio da modernidade, é o de que não há, de fato, seres humanos que não sejam modificados pelos costumes do seu grupo, circunstância que torna difícil a tarefa de determinar o que, ao fim e ao cabo, é universal, natural e inerente ao homem, e o que é produto da convenção social, do local e do cotidiano de uma sociedade específica (GEERTZ, 2015, p. 57-60).

Dessa forma, muito embora tenha caráter universal a afirmação de que a cultura é indissociável do ser humano, os elementos que integram a cultura, o produto dessa cultura, varia de grupo social para grupo social, de etnia para etnia, de sociedade para sociedade. Como também definiu Geertz,

O homem não pode ser definido nem apenas por suas habilidades inatas, como fazia o iluminismo, nem apenas por seu comportamento real, como o faz grande parte da ciência social contemporânea, mas sim pelo elo entre eles, pela forma em que o primeiro é transformado no segundo, suas potencialidades genéricas focalizadas em

suas atuações específicas. É na carreira do homem, em seu curso característico, que podemos discernir, embora difusamente, sua natureza, e apesar de a cultura ser apenas um elemento na determinação desse curso, ela não é o menos importante. Assim como a cultura nos modelou como espécie única — e sem dúvida ainda nos está modelando — assim também ela nos modela como indivíduos separados. É isso o que temos realmente em comum — nem um ser subcultural imutável, nem um consenso de cruzamento cultural estabelecido. (GEERTZ, 2015, p. 84-85).

A propósito, também se entende que a cultura desenvolve-se por meio de um diálogo entre o que é natural e o que é artificial, aquilo que é produzido a partir da influência do ser humano no mundo e a partir da influência do mundo no ser humano. Essa compreensão pressupõe a existência da natureza ou de uma matéria-prima, mas que seja sujeita ao artifício do ser humano, que lhe atribui significado. O caráter dialético da cultura, dessa forma, busca não somente desconstruir uma pretensa oposição entre cultura e natureza (entre o que é artificial e o que é natural), mas também reconhecer que a cultura é, precisamente, esse processo de desconstrução (EAGLETON, 2000, p. 12-13).

É a partir de tal acepção que se pode falar em um dos produtos corolários do exercício da cultura e das manifestações culturais, que é o patrimônio cultural, assim como da necessidade de sua proteção jurídica para vislumbrar um desenvolvimento sustentável de fato. Tal recorte é essencial para os fins deste trabalho, uma vez que a expressão cultura é demasiado ampla, além do fato de que nem toda obra do ser humano pode ser abrangida pelo conceito de patrimônio cultural. Em um conceito mais estrito do que a cultura propriamente dita, o patrimônio cultural abrange, sim, aqueles bens destacados que possuam certa significação referencial (MARCHESAN, 2007, p. 28-29).

Considerando-se a noção de interdependência entre cultura e natureza pode-se compreender a necessidade de proteção de ambas de forma indissociável. Afirma Marchesan que, do mesmo modo que o ambiente sadio e sustentável é necessário à saúde física e mental, o desenvolvimento da pessoa como cidadão é condicionado a um ambiente culturalmente harmônico. Assim, esse desenvolvimento só poderá ser plenamente alcançado se lhe for oportunizado o acesso a bens e valores atrelados à cultura, pelo que se conclui que a dimensão cultural é indispensável ao que se entende contemporaneamente como ecodesenvolvimento (MARCHESAN, 2007, p. 96).

Para isso, conforme leciona Sachs com relação ao patrimônio da humanidade, é imperativo retirar desses bens o valor puramente econômico com os quais usualmente são vistos, visão à qual, a propósito, o atual sistema internacional de propriedade intelectual presta grande auxílio. Além disso, com o fito de proteger esse patrimônio, deve-se abranger outras perspectivas epistemológicas, incluindo blocos de conhecimento diversos, que atinjam de

maneira mais eficiente o escopo de *res communis*, que é como o referido autor classifica tais bens (SACHS, 2002, p. 57).

No ponto, Sachs, citando Kothari, revela que a responsabilidade pelo cuidado e a conservação da diversidade contorna o desenvolvimento sustentável, como um ideal de caráter ético. Assim, tendo em vista a ética do respeito aos diversos fluxos da natureza, exsurge o respeito à diversidade de culturas e de formas de sustentação da vida, as quais, por sua vez, são alicerces da sustentabilidade (SACHS, 2002, p. 67). Em outro trecho, o teórico defende que o estudo da biodiversidade não deveria se restringir a, por exemplo, catalogação e classificação de espécies e genes, explicando que a acepção de biodiversidade abrange, muito além de ecossistemas e paisagens, a diversidade cultural. Ademais, ressalta que a diversidade cultural está imbricada historicamente com a biodiversidade em um processo de coevolução, não se admitindo, por isso mesmo, que sejam questões tratadas distintamente. Exsurge, com isso, a necessidade da denominada abordagem holística da sustentabilidade, de maneira interdisciplinar, englobando o conhecimento agregado de cientistas naturais e sociais (SACHS, 2002, p. 31-32).

Nesse caminho, o autor propõe a sustentabilidade composta não apenas pelo elemento ambiental, mas contemplando também a dimensão cultural, indissociável à proteção da ecologia. Sachs sugere, pertinentemente, que isso deve considerar a conscientização e participação da comunidade local quanto à necessidade de proteção de determinado bem. Assim, as próprias comunidades favorecidas, bem como autoridades e associações com tais fins têm um papel essencial na proteção do patrimônio, e conseqüentemente na promoção da sustentabilidade. Base do reconhecimento do papel das comunidades está a afirmação dos seus direitos legítimos, possibilitando a interação entre o conhecimento tradicional por elas detido e a ciência moderna, que, com o viés industrial, é por vezes prejudicial ao desenvolvimento sustentável (SACHS, 2002, p. 71-73).

A formação do patrimônio cultural independe do seu reconhecimento jurídico como tal. Na verdade, o que congrega estes bens materiais e imateriais, na forma de patrimônio, é o seu reconhecimento como dotados de determinada cultura que, por sua vez, é integrante da cultura nacional (no caso brasileiro, por exemplo, as culturas indígenas, afro-brasileiras ou de origem europeia). Independentemente da técnica jurídica e do reconhecimento jurídico, o conjunto dos bens que salvaguardam certa cultura ou que a manifestam, são parte do patrimônio desta cultura. Se o direito lhe empresta normas protetoras, impondo ao Estado e à coletividade a sua tutela, é questão diversa (SOUZA FILHO, 1997, p. 39). Não obstante, é importante saber que é a partir desse valor social - ou propriamente cultural -, que o

reconhecimento jurídico pode ocorrer. Em outras palavras, é somente tendo em conta o patrimônio cultural como sendo o conjunto de bens, práticas sociais, criações, saberes e fazeres relevantes para certa comunidade e referência às gerações presentes e futuras, que o direito lhes confere proteção jurídica (MARCHESAN, 2007, p. 49-50).

No que tange à temática de proteção de tal patrimônio no campo estritamente jurídico, é pertinente considerar alguns aspectos históricos. O Estado Liberal, já no século XX, perdeu a sua predominância para o Estado Social, que, instituindo uma estrutura de Estado voltada à prestação de serviços à população, provocou um alargamento dos textos constitucionais, cujo expoente foi a Constituição mexicana de 1917 (SILVA, 2016, p. 287). Essa ampliação consistiu na inclusão, na Constituição, de diversos direitos de caráter social, coletivo ou difuso, como saúde, educação, condições dignas de trabalho, previdência e assistência social, e até mesmo a defesa do patrimônio histórico e cultural, embora essa defesa tenha se restringido, em um primeiro momento, à defesa de bens imóveis, como monumentos e prédios cuja memória devesse ser resguardada. Assim, o ideário de preservação do patrimônio histórico, artístico, ambiental e cultural surgiu na virada do século XIX para o século XX, quando da emergência do Estado Social de Direito. Já nos anos 1920 a temática passou a ser discutida em âmbito acadêmico e legislativo, vindo a ser inserida na Constituição brasileira de 1934 em razão da intensa pressão política levada a cabo por intelectuais (ZANDONADE, 2012, p. 31-33).

Em âmbito internacional, surgem diversos documentos – não necessariamente vinculantes –, visando a tutela do patrimônio histórico e cultural da humanidade, e não apenas do ponto de vista arquitetônico e de importância histórica, mas também abarcando os conhecimentos de povos tradicionais. Ao contrário, a partir dos anos 1960, povos indígenas e tribos passam a procurar tal proteção, demonstrando a relevância de suas origens étnicas e culturais e a necessidade do reconhecimento de serem diferentes. Em 1986, torna-se obsoleta a Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), até então considerada marco da proteção de povos indígenas, culminando na sua revisão e aprovação, em 1989, da Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais, primeiro instrumento a tratar do tema especificadamente. O documento observa a necessidade de reconhecimento de tais povos, a partir da constatação de que, em diversas partes do mundo, não têm eles pleno gozo de seus direitos humanos, com a erosão de seus próprios costumes e perspectivas (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011, p. 6-10).

É pertinente mencionar, ainda, que no ano de 1993 é aprovada a Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB, estabelecendo princípios para conservação da diversidade

biológica, inclusive a associada aos conhecimentos tradicionais, documento este introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 1994. O documento estabelece diretrizes sobre o uso sustentável dos recursos, além da repartição justa de benefícios decorrentes da utilização de recursos genéticos. A temática acaba por interferir com o patrimônio cultural, a partir da consideração sobre a possibilidade de acesso e utilização de recursos, técnicas e conhecimentos originários de comunidades tradicionais (BRASIL, 2000, p. 7-8).

Em 2003, é aprovada a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). O documento busca garantir a preservação do patrimônio cultural imaterial, que inclui práticas, representações, conhecimentos e habilidades transmitidos por gerações. Ademais, considera a interdependência dessa espécie de patrimônio cultural com o patrimônio material cultural, bem como com o patrimônio natural. Além disso, reconhece que o processo de globalização, apesar de facilitar o diálogo entre comunidades, acaba por gerar, igualmente, o fenômeno da intolerância, assim como riscos de deterioração, desaparecimento e destruição do patrimônio cultural imaterial. Saliencia que as comunidades tradicionais, em especial as indígenas, desempenham papel significativo na produção e no enriquecimento da diversidade cultural e da criatividade humana, sendo assim signos de especial salvaguarda (BRASIL, 2006, p. 3-5).

Ainda, em 2007 é aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. A declaração, que, muito embora não seja um tratado internacional, mostra-se como fundamental ao registrar a importância dos povos indígenas e de seus conhecimentos tradicionais, além da necessidade de consentimento prévio, livre e informado, para fins de uso de suas terras e recursos. O documento ainda reconhece que o respeito a tais conhecimentos e culturas constitui fator mister para o desenvolvimento sustentável e equitativo, bem como para a gestão adequada do meio ambiente (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2008, p. 3-4).

Também tendo em vista a necessidade de acautelamento do patrimônio cultural e especialmente dos bens imateriais elencados como conhecimentos tradicionais, com o escopo de promoção da sustentabilidade, é que foi editado pela ONU o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 11, no ano de 2015. Esse ODS dispõe sobre a imperiosidade de se tornar as cidades e comunidades inclusivas, seguras e sustentáveis, e, para isso, o referido objetivo elenca alguns pontos, dentre eles se situando o fortalecimento de esforços coletivos para a salvaguardar o patrimônio cultural. Nesse sentido, como uma condição para o

desenvolvimento de cidades sustentáveis e, ao fim e ao cabo, da sustentabilidade, se indica a preservação do patrimônio cultural, que pode ter natureza material ou imaterial, ficando incluídos, neste último campo, os conhecimentos produzidos por povos e comunidades tradicionais. Vale ressaltar que os ODS, editados pela ONU e acompanhados por 197 países, trataram das mais diversas facetas do desenvolvimento sustentável, instituindo ações e políticas a serem implementadas pelos signatários com o fito de alcançar o ideal maior de sustentabilidade (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015).

No contexto interno brasileiro, com a sedimentação da preservação do patrimônio nacional como um direito a ser protegido juridicamente a partir dos anos 1930, como mencionado, surgiram diversos documentos legais e institutos jurídicos com esse fim, sendo o tombamento o principal. Em uma primeira ocasião, contudo, o tombamento e o Decreto-lei que lhe deu origem não surgiram somente como um instrumento de proteção do patrimônio histórico e cultural, mas como a própria essência do sistema estatal de tutela do patrimônio cultural, voltado à proteção de bens imóveis, situação esta que somente se alterou com o advento da Constituição de 1988 (ZANDONADE, 2012, p. 40).

Não obstante a previsão em documentos legais prévios, o reconhecimento de caráter verdadeiramente normativo desse âmbito de proteção somente se efetivou no Brasil, de forma ampla e direcionada às mais diversas comunidades, com a Constituição Federal de 1988, que traz como direitos fundamentais coletivos e difusos o direito à sociodiversidade, no art. 215, inciso I, o direito ao patrimônio cultural, no art. 216, os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à biodiversidade, no art. 225, bem como os direitos dos povos originários, no art. 231. Assim, a atual Carta Constitucional ampliou consideravelmente o conteúdo do conceito “patrimônio histórico e cultural” quando fez trazer ao direito positivo todo o arcabouço legal referido, sendo que o tombamento se transformou em apenas uma das formas de tutela, ao lado do registro, do inventário e de outros mecanismos eventualmente criados por legislação infraconstitucional (BRASIL, 1988).

A propósito, tendo por base a Constituição, buscou-se o aprimoramento da legislação situada abaixo dela, bem como a formulação de políticas públicas, por meio de atos normativos regulamentares, com o fito de concretizar o preceito constitucional de proteção ao patrimônio cultural de populações tradicionais e materializar a sustentabilidade. É de destaque o Decreto Federal nº 6.040/2007, que criou a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais – PNPCT. O regulamento em si procura conceituar juridicamente as expressões “povos e comunidades tradicionais” e “desenvolvimento sustentável”, da seguinte maneira:



Art. 3º (...)

I - Povos e comunidades tradicionais: “grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição”

(...)

III - Desenvolvimento Sustentável: o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras. (BRASIL, 2007)

Além disso, o Decreto, que concretiza política pública no setor, tem por escopo dar visibilidade às comunidades tradicionais e promover o reconhecimento de sua existência e identidade, bem como o seu direito de se expressar e exercer livremente a cidadania de sua maneira. Tem como diretriz, ainda, a preservação dos direitos culturais desses povos, o pleno exercício de suas práticas comunitárias, sua memória cultural e as respectivas identidades étnica e racial (BRASIL, 2007). O documento legal é importante exemplo de instituição de política pública que traz concretude aos já citados dispositivos constitucionais, sendo aplicável, contudo, somente no âmbito da União.

No que concerne especificamente ao implemento de políticas públicas, é pertinente ressaltar que o setor de cultura sofreu um salto na gestão do Ministério da Cultura entre os anos de 2003 e 2008. Nesse período, a propósito, é que foram estabelecidos novos paradigmas no que diz respeito a políticas de preservação cultural, adequando-se o Executivo à amplitude dos preceitos constitucionais. Passou-se a considerar, precisamente, a cultura dita “popular” e imaterial, atentando-se à cultura desenvolvida no cotidiano social, o saber popular, variados modos de fazer e as próprias relações comunitárias. Com essas políticas potencializou-se o acesso livre às mais diversas formas de cultura formadoras da sociedade brasileira. O próprio Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI), instituído por decreto ainda no ano de 2000, resultou em mudanças na maneira de atuação no âmbito da política cultural, considerando a cultura popular e o caráter imaterial do patrimônio. Integrando a agenda política, a imaterialidade e o dinamismo da cultura ganharam relevo, passando a se compreender os bens culturais como “vivos ou vividos”, ou seja, desenvolvidos no próprio cotidiano. Reconhece-se, assim, a transformação das práticas culturais, a possibilidade de incorporação de novos elementos (bem como o esquecimento de outros), como circunstâncias naturais do processo cultural e de construção de identidades (CORÁ, 2014, *on-line*).

A nível de lei federal formal, ou seja, regulamentação aplicável a todos os entes federativos, a Lei nº 13.123/15, também denominada Lei da Biodiversidade, dispôs sobre o acesso ao patrimônio genético de comunidades tradicionais, bem como a apropriação de

conhecimentos tradicionais associados a tal patrimônio, sobretudo para fins econômicos. A lei busca, em verdade, regulamentar em âmbito interno a já mencionada Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB, tendo como norte que o acesso ao patrimônio e aos conhecimentos tradicionais se dará sem prejuízo dos direitos de propriedade material e imaterial sobre o patrimônio genético ou conhecimento tradicional, detidos pelas populações assim classificadas. Trata também, assim como a CDB, da “repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, para conservação e uso sustentável da biodiversidade” (BRASIL, 2015). A referida lei consubstancia importante marco na proteção de comunidades tradicionais, bem como na regulamentação do acesso, com finalidade econômica, ao patrimônio material e imaterial oriundo desses povos.

Contudo, é pertinente referir que a existência de tais atos normativos, bem como de políticas direcionadas ao setor de patrimônio cultural e conhecimentos tradicionais, muitas vezes não são suficientes, por si só, para dar efetividade aos preceitos constitucionais. Ademais, a legislação em si não impede a ocorrência de situações concretas de ilegalidade e inconstitucionalidade, e nem obsta a aplicação de outras leis que possam se mostrar danosas - como a atinente à propriedade intelectual -, o que acaba por possibilitar a judicialização de questões e o envolvimento do Poder Judiciário, inclusive para fins de controle de constitucionalidade, que é o núcleo do presente estudo. Também é de se registrar que, notadamente em âmbito regional e local (onde é mais necessária), não se evidencia com o mesmo afincamento a formulação de atos normativos e políticas nesse campo, o que pode acarretar uma situação de omissão inconstitucional, também sujeita à correção pelo Judiciário, como já inteirado. Tais problemáticas, precisamente no que concerne à tutela do patrimônio cultural, serão aprofundadas no próximo tópico.

Em tal conjuntura constitucional, o patrimônio cultural imaterial tomou especial relevância, sobretudo como maneira de proteção da sustentabilidade e da sociodiversidade brasileira, consoante já mencionado. A propósito, Ignacy Sachs destaca como um critério de aferição de sustentabilidade o elemento cultural, dimensionado pelo equilíbrio entre respeito à tradição e inovação, pela capacidade de autonomia para elaboração de um projeto nacional voltado para as características do país (não simples cópias de estruturas estrangeiras), além da autodeterminação em paralelo com a abertura para o globo, entendimento que se alinha às disposições constitucionais mencionadas (SACHS, 2002, p. 85-86). O referido autor elenca tal viés da sustentabilidade a partir da construção de um conceito de desenvolvimento

sustentável que pressupõe a compreensão de diversas dimensões ou vieses. São elas a dimensão social, ecológica, ambiental, cultural, territorial, econômica e política (SACHS, 2008, p. 71-72). É de salientar que o presente estudo situa-se, nomeadamente, no bojo da dimensão cultural, contudo não desconsidera os demais vieses, até porque são evidentemente indissociáveis, considerando-se a própria proposta de Sachs: a de uma abordagem multidisciplinar do tema do desenvolvimento sustentável.

A noção de desenvolvimento, em si, transmuta-se na atual conjuntura da modernidade para abarcar aspectos variados, como o cultural. Na visão de Reyes (2001, p. 20), o desenvolvimento hoje tem em conta pelo menos três condições, sendo elas a social, relacionada ao acesso geral e irrestrito à educação, moradia, serviços de saúde, alimentação, o manejo adequado e sustentável de recursos e o próprio respeito à cultura e às tradições de um entorno social. Também se tem em vista o aspecto estritamente econômico, contudo no sentido de oportunidades de emprego, renda, e distribuição de riqueza, além do aspecto político, relativamente à legitimidade não apenas de ordem jurídica, mas igualmente em termos de conferir os benefícios sociais à maior parte da população. Nessa linha, supera-se a já obsoleta noção de desenvolvimento considerando-se tão só a condição econômica, com o intuito de abranger, também, a sociocultural.

Nessa linha, a ordem jurídica trazida pela Constituição de 1988 traz à tona a necessidade de se considerar e preservar o patrimônio cultural dos diversos povos tradicionais que formaram e formam o Brasil. Na verdade, tendo em vista a ausência de previsão específica para bens culturais imateriais - como o são os conhecimentos tradicionais -, o constituinte fez questão de fazer referência a esses bens, cujo reconhecimento é tão importante quanto aquele conferido ao patrimônio material. Com isso, os conhecimentos tradicionais são alçados a direito constitucional, mais precisamente a direito fundamental difuso das coletividades (ZANDONADE, 2012, p. 41). No mesmo sentido discorre Chagas, inspirando-se na aceção constitucional, ao afirmar que o patrimônio não deve mais ser entendido tão somente em seu caráter material – ou de materialidade monumental –, ou seja, bens móveis e imóveis, mas igualmente, e principalmente, na imaterialidade singular do incontável conjunto de mitos, ritos, tradições e costumes, fazeres e comportamento que integram a sociedade brasileira (CHAGAS, 2004, p. 19). Tais aspectos se tornam particularmente importantes quando se consideram os conhecimentos tradicionais, cuja imaterialidade é traço essencial.

A própria autarquia federal responsável pela preservação do patrimônio cultural em âmbito nacional, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, elenca os

conhecimentos tradicionais – sobretudo aqueles associados ao patrimônio genético do Brasil – como parte integrante do patrimônio cultural brasileiro. Tais conhecimentos estão ligados à própria natureza e ao cotidiano de comunidades tradicionais, como povos indígenas, as quais utilizam do território e dos recursos para fins de reprodução de sua cultura e para organização social, religiosa e econômica, por meio de técnicas, práticas e inovações transmitidas por gerações (INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, *on-line*).

Assim, de acordo com Juliana Santilli (2009, p. 382-383), a “Constituição brasileira representou um grande avanço na proteção dos bens culturais, tendo consagrado uma nova e moderna concepção de patrimônio cultural, mais abrangente e democrática”, além de reconhecer sua dupla natureza: material e imaterial. Assim, as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações artísticas e tecnológicas dos mais variados povos tradicionais, estão incluídos no preceito constitucional que estipula a sua proteção.

Para a autora,

A concepção adotada pela Constituição foi a de que não é possível compreender os bens culturais sem considerar os valores neles investidos e o que representam – a sua dimensão imaterial – e, da mesma forma, não se pode entender a dinâmica do patrimônio imaterial sem o conhecimento da cultura material que lhe dá suporte. A definição constitucional abrange as manifestações culturais de caráter processual e dinâmico, e valoriza a cultura “viva”, enraizada no cotidiano das sociedades. (SANTILLI, 2009, p. 383)

Desse modo, os conhecimentos tradicionais, no que concerne à biodiversidade, abrangem desde técnicas de manejo de recursos naturais, métodos de caça e pesca, conhecimentos variados sobre distintos ecossistemas, conhecimentos sobre fauna e flora e suas propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas. Incluem também a própria categorização e classificação de tais espécies, quando realizadas pelas populações entendidas como tradicionais (SANTILLI, 2004, p. 342).

Nesse norte, destaca Santilli (2004, p. 344-345) que essas populações e seus conhecimentos dependem estritamente de sua vinculação com o meio ambiente natural, e a continuidade da produção desses conhecimentos impescinde da existência de condições que garantam a sobrevivência física e cultural dos povos que os produzem e reproduzem. Além de possuírem fins de uso cotidiano, os conhecimentos tradicionais têm, para os seus detentores, valores simbólicos e mesmo espirituais, transcendendo as dimensões econômicas ou utilitárias e atingindo o campo de representações identitárias.

A defesa dessa específica categoria de patrimônio cultural é imposta normativamente, como se viu, pela Constituição. Dessa forma, mesmo inexistindo norma que regule a matéria especialmente, e inclusive na vigência de ato normativo que pode com ela conflitar (como é o caso do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio – Acordo TRIPs –, consoante se discorrerá), torna-se imperativo ao Poder Judiciário zelar pelo conteúdo material do texto constitucional, mesmo que para tanto deva fazer mão do controle de constitucionalidade em um certo caso concreto, afastando a incidência de norma conflituosa com o fim de tutelar o sobredito patrimônio cultural.

Dá-se, por isso, especial foco aos dispositivos da Constituição de 1988 que tutelam o patrimônio cultural, a sustentabilidade e o meio ambiente, pois, como tais, detêm força normativa mais significativa do que qualquer outro documento jurídico. Conforme leciona Barroso (2018, p. 300-301), foi somente a partir da promulgação da Constituição de 1988 que de fato se passou a reconhecer, doutrinária e jurisprudencialmente, no Brasil, a força realmente normativa dos dispositivos constitucionais e seu caráter vinculativo aos Poderes Públicos, de modo que eventual descumprimento deflagra os mecanismos de coação e cumprimento forçado. Esse fenômeno refletiu o ocorrido na Europa a partir da Segunda Guerra Mundial, período a partir do qual se conferiu às cartas constitucionais status verdadeiramente normativo, em detrimento de como eram identificados estes documentos no passado, ou seja, como documentos genuinamente políticos.

Nessa linha, reconhece-se que os dispositivos atinentes à tutela do patrimônio cultural (e seus corolários) devem ser visualizados como preceitos dignos de força normativa, o que enseja o controle judicial. Somente a partir de tal perspectiva pode-se pensar nos referidos dispositivos como aptos a auxiliar no alcance da denominada sustentabilidade multidimensional, na qual está inserida a sustentabilidade cultural. Tal perspectiva pluridimensional, aliás, consoante esclarece Tybusch (2011, p. 298-299), tem o potencial de despertar a consciência coletiva no que concerne ao desenvolvimento de culturas sustentáveis, por meio de uma recriação de tradições jurídico-políticas e econômicas, as quais, especificamente no Sul do globo, ainda se encontram pautadas pela lógica colonial de poder.

Nessa linha, de acordo com o referido Professor, é mister considerar o olhar pós-colonial, no qual

a cultura é observada como estratégia de sobrevivência tanto transnacional como tradutória. Tradução no sentido de que as histórias espaciais de deslocamento (acompanhadas das disputas territoriais e tecnologias globais e midiáticas) priorizam como a cultura significa e é significada. Assim, os discursos naturalizados como “unificadores” de povos e nações não podem ter referências imediatas. Tal

perspectiva desperta consciência acerca da construção da cultura e da invenção da tradição.

É importante, portanto, buscar a percepção do lugar híbrido atribuído aos valores culturais em que a metáfora da “linguagem” traz à tona a questão da diferença e incomensurabilidade culturais. Tal compreensão possibilita o (re)questionar das noções etnocêntricas e consensuais da existência pluralista da diversidade cultural. (TYBUSCH, 2011, p. 301)

A relação entre a necessidade de tutela efetiva do patrimônio cultural para se alcançar a sustentabilidade – multidimensional – situa-se no fato de que a sociobiodiversidade de um país representa, além do patrimônio atrelado aos recursos puramente naturais, os significados culturais da evolução de um povo no decorrer da História. Logicamente, assim, o patrimônio cultural singular de tal país não pode ser identificado tão somente a partir da lógica econômica, etnocêntrica por excelência. Nesse aspecto é que deve ser estabelecido o que pode ou não ser negociado sob esse ponto de vista, o que pode ser utilizado como moeda de troca e o que pode ser, afinal, objeto de compensação econômica. Em tal campo da sustentabilidade, qual seja, o da ecologia política, incorpora-se à diversidade natural a diversidade social, bem como o reconhecimento desta como espaço amplo de exercício da cidadania (TYBUSCH, 2011, p. 309-310).

Ademais, é mister considerar que, no bojo de sociedades complexas, nas quais a heterogeneidade étnica, social e cultural é um dos atributos principais, deve-se ter uma abordagem distinta com relação aos conhecimentos desenvolvidos. Nessa busca, imperioso se faz pensar os caminhos sociais percorridos pelos povos, as redes de conhecimentos e tratamentos criadas por eles com a natureza, para que se tenha uma noção do real teor do seu patrimônio cultural. Uma perspectiva da sociobiodiversidade, de tal modo, permite identificar a preservação da natureza como forma de sobrevivência e uso sustentável para comunidades tradicionais, bem como possibilita a manutenção dos conhecimentos produzidos por essas comunidades, como mecanismo de preservação cultural. A ordem jurídica, nesse contexto, deve permitir o desenvolvimento de estruturas que contemplem os conhecimentos tradicionais, seus saberes e tradições. No que tange ao presente trabalho, pertinente considerar que a decisão de (in)constitucionalidade deve acoplar ao seu procedimento a avaliação das variadas dimensões da sustentabilidade, sobretudo a dimensão cultural, como salientado, tendo como fundamento a Constituição (TYBUSCH, 2011, 311-317).

Nessa linha, conforme já asseverado, o tema da sustentabilidade não abrange tão somente questões relacionadas à mudanças climáticas ou eventos naturais. Uma acepção verdadeiramente multi-enviesada de sustentabilidade destaca como necessária a abordagem holística do tema, como um princípio – inclusive jurídico – apto a criar obrigações

pluridimensionais, de maneira a estabelecer que indivíduos, sociedades, Estados, empresas e qualquer tipo de associação humana têm um papel a desempenhar para o alcance da sustentabilidade. Com o escopo de vislumbrar o problema de tornar o mundo um lugar habitável não só para a geração presente, mas também para as futuras, não são menos importantes questões como o antropocentrismo excludente e a notória dificuldade de lidar com medidas prioritárias. Assim, esses desafios, além daqueles mais comuns ligados ao meio ambiente e à biodiversidade propriamente ditos, também devem ser enfrentados, sem o que o desenvolvimento sustentável não pode se materializar (FREITAS, 2019, p. 26-27). Acrescenta-se a isso a onipresente questão de tutela do patrimônio cultural, da preservação dos conhecimentos produzidos por comunidades tradicionais e na efetiva vedação à sua indevida apropriação – precisamente econômica –, como elementos indispensáveis ao desenvolvimento sustentável e à própria abordagem multidisciplinar já referida.

Ademais, com o fito de sedimentar a importância desse patrimônio como relevante ao desenvolvimento sustentável intergeracional, mister registrar que

o patrimônio é construção social e, assim sendo, torna-se necessário considerá-lo no contexto das práticas sociais que o geram e lhe conferem sentido. A preservação, como toda prática, consiste em ações simbólicas, desenvolvidas em arenas ou situações sociais por sujeitos (indivíduos e instituições) estruturalmente posicionados a partir de motivações e estratégias referidas a sistemas de forças sociais (ARANTES, 2009, p. 426)

Tais ações simbólicas por vezes convertem-se mesmo em reivindicações por reconhecimento do valor intrínseco do patrimônio cultural, especialmente imaterial e de caráter identitário. O reconhecimento mútuo, a propósito, é essencial no campo do patrimônio cultural e precisamente no contexto de sociedades complexas, como referido, sendo parte desse processo de reconhecimento recíproco o reconhecimento estritamente jurídico, seja ele de caráter abstrato, seja de caráter concreto.

Nesse sentido, de acordo com Honneth (2003, p. 197-198; 210-211), o papel do Direito é intermediário mas indispensável no que se denomina luta por reconhecimento. Intermediário porque se situa entre o amor e a solidariedade na estrutura das formas de reconhecimento, e essencial porque, sem ele, as outras formas não podem se materializar. É necessário, assim, um reconhecimento jurídico, no qual o sistema de normas nos imponha deveres necessários ao reconhecimento do outro como também detentor de direitos. Assim, envolve a consideração da posição do outro de forma generalizada, somente com a qual pode ocorrer o reconhecimento. A capacidade de reconhecer o valor cultural do outro, portanto, perpassa a identificação, pelo Direito, desse mesmo valor, sendo que é a partir dessa

identificação, de caráter universalizante (como no caso dos direitos humanos ou direitos fundamentais), que se pode falar em reconhecimento recíproco, ou seja, reconhecimento na sua completude.

Mas é pertinente ressaltar que o papel dos direitos humanos, como o é o direito à cultura e seu corolário, o patrimônio cultural, não se consubstancia somente na confirmação ou reforço de traços de personalidade universais ou generalizantes. Em outras palavras, o reconhecimento dado pelos direitos humanos não se estende tão só a objetos externos, como a propriedade ou as prerrogativas de um sujeito perante outro (como em um contrato), mas abrange o cerne da própria existência do ser, com a apreciação do Outro e sua autoestima para além do mero respeito, tocando a base de sua identidade. Esse caráter concreto do reconhecimento, por sua vez, não pode estar fundado em características universalizantes, peculiares aos direitos humanos, mas em reivindicação constante do Outro pelo seu concreto reconhecimento, ou seja, em situações singulares (direitos adequados a uma sociedade em particular), que direitos universais não podem prever ou contemplar (DOUZINAS, 2009, p. 293). Contudo, conforme esclarece Douzinas, muito embora o reconhecimento jurídico geral só tenha validade quando adequado ao contexto cultural e à sociedade em que está inserido, esse direito “local” só pode ser objeto de crítica e redirecionado levando-se em consideração uma perspectiva universal não concretizada. O caráter abstrato e transcendental do Direito (e especialmente dos direitos humanos e dos direitos fundamentais), assim, se complementa à necessidade de adequação dessa generalização ao contexto particular e local, reconhecendo-se as singularidades próprias de cada sociedade, mas sem perder de vista o universal (DOUZINAS, 2009, p. 176).

Nessa linha, convém asseverar que o ordenamento jurídico brasileiro contempla diversos instrumentos com vistas à proteção do direito – humano e fundamental – ao patrimônio cultural, à luz inclusive dos mecanismos elencados no art. 216, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988, e precisamente na expressão “outras formas de acautelamento”, utilizada no mesmo dispositivo, que possibilita a criação de uma infinidade de mecanismos, adequando-se a proteção jurídica à própria dinâmica da cultura. É de se destacar, como já se viu, que esses instrumentos englobam não apenas ações normativas (voltadas ao fomento, turismo ou revitalização de centros históricos, por exemplo), mas também de gestão e educação e de ação social, com relação ao patrimônio cultural. Esse último aspecto é crucial, pois sem uma sociedade educada e envolvida com os bens culturais, não há instrumento legal acautelatório que possa ser efetivo (FILHO; STUART, 2017, p. 380-384).



No âmbito do direito público, o instituto do tombamento possui destaque notório, tendo sido criado ainda sob a égide do Estado Novo (1937), mediante edição do Decreto-lei nº 25/1937, e recepcionado na ordem constitucional democrática seguinte, bem como por todas as constituições posteriores, inclusive a atual, de 1988 (COSTA, 2011, p. 148). O tombamento em si nada mais é do que “a declaração pelo Poder Público do valor histórico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados”. Tombar um bem significa, destarte, proteger juridicamente a memória constante em bens e manifestações culturais, sendo o instituto determinante para a preservação da sociobiodiversidade brasileira (MEIRELLES, 2015, p. 684-685). O tombamento, como modalidade de intervenção do Estado na propriedade, restringe significativamente o uso e gozo que o particular tem sobre o bem, que passa a ser considerado “bem de interesse público”, instituindo-se, com ele, limitações à deterioração e reforma do bem tombado (DI PIETRO, 2019, p. 360).

Além de tratar exclusivamente de bens imóveis e estar atrelado a um conceito de patrimônio cultural já superado, a Lei de Tombamento possui alguns aspectos que se dissociam das disposições erigidas pela Constituição de 1988. Cumpre ressaltar que, à época de sua criação, Getúlio Vargas erigiu-se como chefe supremo da nação, concentrando as funções legislativa e executiva, tendo ampla liberdade para expedição de decretos-leis, sob a permissão do texto constitucional (FERREIRA, 2019, p. 103-104). Nessa mesma linha explica Maria Coeli Simões Pires, destacando o período histórico em que foi editada a legislação, resultado da pressão exercida por uma elite de intelectuais:

Esse decreto-lei, conquanto tenha sido fruto e instrumento da Ditadura de Vargas, do autoritarismo estatal, inegavelmente, resultou de aprofundados estudos, da sensibilidade de alguns políticos da época e das pressões dos intelectuais na busca da revalorização da cultura nacional e constitui-se em documento-chave da matéria. É ele verdadeiro somatório das experiências e contribuições das elites, assimiladas ao longo de uma luta em favor da institucionalização da proteção ao patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico, além de ter introduzido a prática da limitação dos direitos patrimoniais em função de interesses sociais sem a consequência necessária de indenizar. (PIRES, 1994, p. 37)

É de se salientar, também, que o Decreto-lei nº 25/1937, criador do tombamento, até então não passou por uma revisão legislativa minuciosa. As divergências doutrinárias decorrentes da norma são inúmeras, e envolvem tanto a natureza e a finalidade do instituto quanto a necessidade de alteração do conteúdo e do processo que permeiam o tombamento. As obrigações impostas com o decreto de tombamento muitas vezes não são cumpridas, e a fiscalização por parte do Estado é precária, podendo resultar em situações de ilegalidade, a

partir de ações ou omissões tanto de particulares quanto do Poder Público (CORDIDO, 2014, p. 299).

Outros mecanismos jurídicos existem com o objetivo de tutelar do patrimônio cultural, como é o caso do registro e do inventário, previstos no texto constitucional. O registro, instituído pelo Decreto nº 3.551/2000, é dedicado à tutela de bens culturais imateriais, aproximando-se, nesse sentido, da amplitude da expressão patrimônio cultural a que faz alusão a Constituição. Referido ato normativo, a propósito, cria os Livros de Registro dos Saberes, de Registro das Celebrações, de Registro das Formas de Expressão e de Registro dos Lugares, nos quais são registrados os respectivos bens de natureza imaterial. São suscetíveis de serem protegidos por registro, assim, conhecimentos e modos de fazer enraizados em comunidades, rituais e festas singulares à vivência coletiva do trabalho e da religiosidade, manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas, bem como mercados, feiras, santuários e praças onde são reproduzidas, tradicionalmente, práticas culturais (FIORILLO, 2018, p. 94-95).

Não obstante a existência desses institutos, é importante salientar, como se aludiu acima com relação aos atos normativos de proteção, que situações concretas de ilegalidade e omissão administrativa ainda podem ocorrer. Aliás, um dos problemas que permeiam tais institutos legais e a tutela do patrimônio cultural como um todo é, ainda, a submissão quase exclusiva ao regime de Direito Administrativo e à discricionariedade administrativa, em detrimento do tratamento constitucional da matéria (MARCHESAN, 2007, p. 254-255). Tal problemática será aprofundada quando se adentrar no tópico seguinte, concernente justamente a algumas das dificuldades vivenciadas no cenário brasileiro para a efetiva tutela do patrimônio cultural.

Conforme já destacado, a ordem constitucional atual conferiu proteção reconhecidamente superior ao patrimônio cultural “dos diferentes povos formadores da sociedade brasileira”, quando comparado às Constituições anteriores, o que ocasiona a necessidade de releitura de institutos legais anteriores à 1988. Nessa linha aduz Zandonade, para quem o fenômeno da recepção se traduz na afirmação de que “não é a mesma norma que permanece válida no sistema, mas outra norma, embora extraída do texto legal anterior, o qual, sem sofrer alterações em sua redação, é admitido e, portanto, recriado pela Constituição, à medida que ela lhe confere novo fundamento” (ZANDONADE, 2012, p. 42). Assim, as normas infraconstitucionais que regulam a tutela do patrimônio cultural, diretamente (como o caso do tombamento) ou mesmo indiretamente, que sejam anteriores à atual ordem constitucional, apesar de poderem ser por ela recepcionadas, devem ser lidas e interpretadas

com o fim de otimizar o sentido e o comando que lhe deu a nova Constituição, sob pena de, evidentemente, padecerem de inconstitucionalidade.

Nesse aspecto, além do patrimônio cultural, também o princípio jurídico da sustentabilidade (artigos 170, inciso VI e 225 da Constituição Federal de 1988), dotado de plena carga eficaz e vinculativo às autoridades públicas, incide em todas as esferas do sistema jurídico, desencadeando a mudança paradigmática acima proposta e permeando o desenvolvimento cultural sustentável (FREITAS, 2013, p. 132-133). Nesse raciocínio, todas as comunidades que integram o Brasil, desde as mais tradicionais e ancestrais, como as indígenas e afro-brasileiras, até outras, que “na turbulenta dinâmica da colonização (miscigenação e organização espacial), inserem-se como participantes/formadores do território nacional” (ARAUJO; DE GREGORI, 2016, p. 138), assim como seus respectivos bens, costumes e manifestações artísticas, podem ser objeto de tutela jurídica do patrimônio cultural. Dessa forma, o regime constitucional favorece a perspectiva multidimensional da sustentabilidade e o meio ambiente cultural, ao admitir – e impor – o reconhecimento jurídico dos diversos povos integrantes da sociedade brasileira, reprodutores da cultura popular, indígena, afro-brasileira, europeia, etc., possibilitando o acoplamento dessa perspectiva no procedimental decisório, inclusive do Poder Judiciário (FIORILLO, 2018, p. 133-134).

Ocorre que o problema ambiental, no qual se insere a questão da tutela do patrimônio cultural, tem como plano de fundo um problema epistemológico, como visto. Conforme leciona Leff (2003, p. 16), tem-se em consideração de que a única forma de conhecer válida na modernidade é aquela ocidentalizada, circunstância que acaba por ofuscar a validade de outras culturas não-ocidentais. Com esse processo, potencializado pela colonização – ou seja, submissão da cultura colonizada à colonizadora –, perde-se modos de saber e fazer (ou possibilita-se a apropriação indevida destes), ao privilegiar-se somente uma forma de conhecer. Assim, ter em vista e reconhecer a complexa questão ambiental – e cultural – enseja em uma trajetória de constante desconstrução e reconstrução do próprio pensamento, de ressurgimento de conhecimentos perdidos e incentivo à preservação dos mesmos.

Discorre Leff que a identidade é desenvolvida por meio do saber e da própria forma de conhecer, de modo que a solução para a problemática ambiental não poderá ocorrer somente pela gestão racional de recursos (naturais e artificiais), mas também pela mudança do projeto epistemológico já arraigado socialmente. A ocidentalização do conhecimento traz prejuízo às comunidades e seus conhecimentos tradicionais, muitas vezes resultando no seu apagamento, o que só pode ser sanado com o processo de reconstrução de pensamento e de

desenvolvimento de um modelo verdadeiramente sustentável, alheio às racionalidades econômica e jurídica existentes (LEFF, 2003, p. 20-23).

Nesse sentido, é necessário que haja “uma reapropriação e um reconhecimento do valor da biodiversidade e da diversidade cultural” (TYBUSCH, 2016, p. 42). Não obstante tanto a biodiversidade como a diversidade cultural possam ser (e muitas o são) objeto de proteção jurídica por meio de institutos como o do tombamento, esses instrumentos, muitas vezes pertencentes a uma ordem constitucional já superada, mostram-se obsoletos quando o assunto é a preservação da memória cultural e da sociobiodiversidade brasileira, tal como pretendida pela atual Constituição e da forma como propõe a sustentabilidade cultural. Tal circunstância demanda ação direta não só da Administração Pública e da legislatura, mas também do Poder Judiciário, responsável pela guarda e efetivação do texto constitucional, que inclui a proteção especial do patrimônio imaterial e de conhecimentos tradicionais, bem como da sustentabilidade como um todo, sob a ótica dos preceitos constitucionais. Nesse sentido destaca Juarez Freitas (2013, p. 128-129), para quem os atos que estiverem em desconformidade em tais dispositivos são controláveis, inclusive judicialmente, a fim de se estimular comportamentos e um ambiente favorável ao desenvolvimento sustentável, com equidade para gerações presentes e vindouras.

Nesse ponto, e tendo em vista a imbricada relação entre cultura e meio ambiente, a proteção do patrimônio cultural, sob o ponto de vista jurídico, perpassa a sua própria releitura, de modo a ser compreendida em consentâneo à sustentabilidade e preservação do meio ambiente. A propósito, esclarece Marchesan que a mescla entre direitos culturais, meio ambiente, ciência e tecnologia, tal como colocada no texto constitucional, possui sentido na medida em que

insinua a preocupação do legislador constituinte em envolver num mesmo capítulo da Constituição aspectos essenciais da vida humana, daí por que, com a devida vênia, as normas que tutelam o meio ambiente são também elas integrantes da ordem social, já que a sociedade, para se estruturar harmonicamente, impescinde de um patamar mínimo de qualidade ambiental; assim como as normas relativas à cultura propiciam ao indivíduo o seu desenvolvimento enquanto pessoa integrante de um corpo social. Coordenadas básicas de nossa existência, como o espaço e o tempo, estão incorporadas nas dimensões ambiental e cultural e encarnam o contexto de vida presente, a herança cultural e as perspectivas das gerações ainda não nascidas. (MARCHESAN, 2007, p. 94)

Nesse norte, pode-se depreender precisamente a necessidade de se considerar as dimensões ambiental e cultural de modo conjunto, o que se coaduna com a busca da sustentabilidade em seu caráter multifacetado. Os direitos fundamentais à cultura e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado inserem-se no mesmo título da Constituição, a saber, o

da Ordem Social. Isso não ocorre sem motivo, pois a interação do homem com o meio ambiente se dá por meio de sua herança cultural, aquilo que ele traz consigo, precisando em razão disso de um equilíbrio entre as dimensões que integram a acepção de meio ambiente e sustentabilidade, de maneira a atingir a qualidade de vida ideal. Ao se distorcer algum dos elementos essenciais que integram a sustentabilidade, dentre eles a sustentabilidade cultural manifestada por meio do patrimônio cultural, estará rompido o equilíbrio ambiental e a possibilidade de se obter a qualidade de vida buscada para esta e para as futuras gerações (MARCHESAN, 2007, p. 73).

Destarte, tendo sido esclarecido como o acautelamento (inclusive judicial) do patrimônio cultural material e imaterial mostra-se imprescindível para o atingimento da sustentabilidade no seu viés cultural, bem como para materializar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, passa-se a tratar de alguns dos óbices identificados no cenário brasileiro à efetiva proteção do patrimônio cultural. Quanto a este ponto, se dará destaque à existência de atos normativos contrários à tutela da sustentabilidade cultural, e precisamente ao sistema de propriedade intelectual existente no ordenamento jurídico pátrio, a partir do já referenciado Acordo TRIPs. Ainda, se adentrará na tortuosa problemática da omissão inconstitucional, frequentemente verificada nessa seara específica. Tais aspectos serão objeto de análise uma vez que podem ensejar o controle de constitucionalidade a partir de provocação do Poder Judiciário, para que este realize concretamente os ideais – constitucionais – de tutela do patrimônio cultural e de sustentabilidade.

## 2.2 ÓBICES NA PRESERVAÇÃO DE MANIFESTAÇÕES E BENS CULTURAIS NO BRASIL: ATOS NORMATIVOS CONTRÁRIOS AO PATRIMÔNIO CULTURAL, O REGIME DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E A QUESTÃO DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

O presente tópico busca tratar de alguns dos problemas identificados na proteção do patrimônio cultural no Brasil atualmente. Com esse norte, se dará especial destaque a determinadas questões cruciais para se entender como o controle de constitucionalidade, especialmente o em concreto, pode atuar para corrigir tais falhas. As dificuldades em foco são as seguintes: a existência de atos normativos violadores do valor constitucional de tutela do patrimônio cultural e incompatíveis com o viés cultural da sustentabilidade, como é o caso do próprio regime jurídico da propriedade intelectual vigente, bem como a divergente questão da omissão de caráter inconstitucional na seara do patrimônio.

É importante ressaltar, de início, que fatores diversos podem configurar um óbice à

devida tutela do patrimônio cultural. Por óbvio, muitas dessas questões atrelam-se a aspectos não jurídicos, consistindo muito mais em problemas de ordem social, econômica, política e propriamente educacional. A propósito, é digno de nota o papel superior que pode ser exercido pela educação ambiental e cultural no escopo de zelo pelos bens culturais, afinal é “a comunidade a melhor guardiã de seu patrimônio” (MARCHESAN, 2007, p. 190-192). O presente trabalho não ignora a onipresença de tais problemas, admitindo-se inclusive que a judicialização deva ser o último passo para a sua correção. Contudo, restringe-se aqui a alguns dos problemas que podem vir a ser reparados (ou pelo menos minorados) mediante o exercício da jurisdição constitucional difusa.

Além disso, é de se ter em mente que fatores diversos como a confusão legislativa no campo da tutela do patrimônio cultural podem comprometer o preceito maior de proteção da cultura, dificultando ações governamentais e de entidades que promovam essa temática. Impõe-se a correção de tais problemas a partir de interpretação à luz da Constituição, que trata de maneira otimizada acerca dos direitos culturais e da proteção ao patrimônio histórico, artístico e sociocultural (PIRES, 1994, p. 289). Nessa toada, se a aplicação da lei no caso concreto se mostrar contrária à Constituição, qualquer cidadão pode se utilizar dos mecanismos que a Constituição lhe disponibiliza para a provocação do Poder Judiciário. Como visto, no caso da tutela do patrimônio cultural, o exemplo principal é a ação popular, mediante a qual o juiz competente, no julgamento da lide, pode inclusive se utilizar do mecanismo do controle de constitucionalidade pela via incidental, dando prioridade à norma constitucional, como já analisado.

Importa ressaltar, assim, que os problemas aqui tratados, por consubstanciarem violações concretas ao patrimônio cultural, destoam do viés cultural da sustentabilidade anteriormente tratado. É que, ao menos no Brasil, o patrimônio, em termos jurídicos, é realidade instituída pelo Estado, diferentemente do que ocorre com fatos relativos à memória, os quais são elaborados, retroalimentados e transmitidos, costumeiramente, por meio das redes de relações sociais. Ao contrário disso, a identificação de bens culturais e sua preservação se realiza a partir da definição constitucional de patrimônio, documento jurídico que impõe a responsabilidade por tal preservação de forma concorrente entre os entes federativos. Resulta, assim, em regra, de práticas desenvolvidas em conjunto entre órgãos governamentais e segmentos da sociedade e, por isso mesmo, a implementação de procedimentos que visem a preservação de bens culturais consistem em processos de negociação de caráter eminentemente complexos, geralmente conflituosos. Nesses processos estão envolvidos políticos, burocratas, agentes de políticas públicas, agentes especializados e

também empresariais, cujos interesses não são, *prima facie*, convergentes, naturalmente. É a partir da conciliação das motivações desses grupos que se realiza a identificação dos bens culturais e a instituição de algum dos instrumentos de proteção aludidos no subcapítulo anterior (tombamento para bens materiais, registro para bens imateriais, etc.), os quais passam a conferir valor jurídico a esses bens, proclamando-os como pertencentes à “cultura pública oficial” (ARANTES, 2009, p. 426-427).

É frequente, contudo, que se dê maior ênfase às práticas, critérios, concepções e valores defendidos pelos agentes técnicos, a saber, arquitetos, urbanistas, historiadores, arqueólogos, antropólogos e geógrafos, em detrimento de certos aspectos da cultura comum, cotidiana e tradicional. Dessa forma, é comum que as decisões das instituições estejam em desacordo com os valores socioculturais vigentes localmente (ARANTES, 2009, p. 427). Nesse contexto, conforme salienta Arantes, mostra-se importante balancear os interesses:

O desafio que se apresenta ao sistema como um todo é encontrar o ponto de equilíbrio entre essas forças, ou seja, construir a sustentabilidade econômica e socioambiental da preservação.

A noção de sustentabilidade foi incorporada ao discurso e à prática dos ambientalistas, pelo menos desde 1987, com o relatório de Brundland que o derivou de um princípio ético claro e simples: desenvolvimento sustentável é aquele "que satisfaz necessidades básicas humanas contemporâneas, sem causar prejuízo para as gerações futuras" A exigência de sustentabilidade implica a responsabilidade social dos agentes (indivíduos e instituições) da preservação, e deve, com urgência, ser convidada à mesa de discussão sobre o patrimônio cultural (ARANTES, 2009, p. 432).

Em tal cenário que se situa, inclusive, o primeiro dos problemas aqui tratados: a frequente situação na qual atos normativos (resultantes da prevalência de interesses de determinado agente, seja ele técnico, político ou econômico) conflitam com os valores constitucionais do patrimônio cultural e da sustentabilidade, chamando à referida “mesa de discussão” também o Poder Judiciário, como ator mediador nesses casos. Como se sabe, qualquer cidadão pode pleitear perante o poder jurisdicional do Estado a anulação de ato lesivo ao patrimônio histórico, artístico e cultural, ou, mesmo antes de consumada a lesão, pode-se provocar a tutela jurisdicional. Vale ressaltar que, muitas vezes, o ato normativo lesivo – formalmente legislativo ou administrativo – consiste em ato de efeitos concretos, cuja incidência, diante do caso particular, pode ser afastada pela jurisdição (MACHADO, 2002, p. 903).

O controle de constitucionalidade, nessa conjuntura, exerce importante papel com o fim de reanalisar a validade constitucional de determinados atos editados pelos Poderes Legislativo e Executivo que se mostrem violadores ou potencialmente contrários à

sustentabilidade na sua perspectiva cultural, por descumprimento do ideal de proteção do patrimônio cultural. Por meio sobretudo de ações judiciais como a ação popular e a ação civil pública, o Poder Judiciário, enquanto poder estatal, pode corrigir atos comissivos e suplementar as eventuais omissões dos demais poderes do Estado, na execução da norma constitucional programática que determina a preservação estatal do patrimônio cultural (LINO, 2010, p. 88).

Uma das situações mais notórias em que tal problemática é verificada é quando se analisa o regime jurídico da propriedade intelectual atualmente vigente. Tal regime é consubstanciado por diversas normas com vistas à proteção dessa espécie de propriedade, sendo regido por institutos e princípios próprios de direito privado (propriedade privada, contrato, autonomia da vontade, etc.), a partir de parâmetros ditados por acordos internacionais, notadamente o já mencionado Acordo sobre Aspectos Comerciais Relativos aos Direitos de Propriedade Intelectual - Acordo TRIPS (*trade related aspects of intellectual property rights*). Esse âmbito do direito, tal como atualmente estruturado, tem o potencial de influenciar de forma direta ou por via oblíqua a tutela do patrimônio cultural imaterial, especialmente aquele entendido como conhecimento tradicional (SANTOS, 2005, p. 147).

O sistema de propriedade intelectual se estabelece no Brasil a partir da Constituição Federal, especialmente tendo em conta os direitos fundamentais de propriedade e de proteção às obras autorais e inventos industriais, previstos no artigo 5º. Com vistas a regulamentar esses dispositivos da Constituição, bem como dar uniformidade ao tratamento do tema em escala internacional, o país se tornou signatário do Acordo TRIPS em 1994, o qual foi introduzido na ordem jurídica por intermédio do Decreto nº 1.355/1994. Na linha do que destaca Silva (2018, p. 141-142), o acordo configura, na verdade, o anexo 1-C do conhecido Acordo de Marraqueche, tratado que instituiu a própria Organização Mundial do Comércio – OMC e que decorreu da Rodada Uruguai. Conforme já referido, o TRIPS, vigente desde janeiro de 1995 no Brasil, tem por escopo principal a fixação de princípios básicos nos países signatários no que concerne ao regime jurídico da propriedade intelectual.

Segundo ressalta Ramos (2020, p. 172-174), pelas disposições do Acordo (o mais amplo acerca da temática desde as Convenções de Berna e de Paris), o grau de proteção exigido dos países elevou-se significativamente, tornando-se obrigatório um padrão mínimo de tutela dos mais diversos tipos de propriedade intelectual, como direitos autorais, patentes, marcas, desenhos industriais, indicações geográficas, proteção de circuitos integrados e segredos de negócio. O TRIPS ainda tratou de temas relativamente polêmicos à época (e ainda hoje), como a possibilidade de patenteamento de produtos farmacêuticos - dos quais se



destacam, aqui, aqueles produzidos com recursos da biodiversidade e com base em conhecimentos tradicionais –, e patenteamento de organismos vivos. Nos anos subsequentes ao Acordo original, os chamados TRIPS-*plus* foram acoplados ao primeiro documento, a partir de acordos bilaterais firmados entre os Estados Unidos da América e países como México e Chile, e tiveram por fito o recrudescimento ainda maior das normas de proteção à propriedade intelectual.

Como ocorre naturalmente com um tratado internacional do qual o Brasil é signatário, o TRIPS foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro em nível de lei ordinária, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, de São Paulo (BRASIL, 2008). Ademais, para que sua aplicação seja concretizada, demanda-se a existência de lei interna do país signatário, uma vez que apenas define princípios e bases para a proteção da propriedade intelectual (D'OLIVEIRA; SOBRINHO, 2014, p. 120-121).

Em solo brasileiro, a legislação infraconstitucional cuida desse regime, à luz das diretrizes contidas no TRIPS, precisamente com as Leis nº 9.279/1996, que “regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial” e nº 9.610/1998, que, por seu turno, “altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências” (BRASIL, 1996; 1998). A propósito, tais atos normativos não se preocupam em diferenciar o tipo de atividade, conhecimento ou tecnologia de que tratam. Assim, por exemplo, podem contemplar tanto a propriedade industrial própria da indústria farmacêutica, como fórmulas para medicamentos e certos tipos de tratamento, quanto os mais diversos conhecimentos, incluídos aí os conhecimentos produzidos conforme técnicas singulares de populações tradicionais (MASCARENHAS, 2004, p. 404- 405).

Nesse sentido, uma das normas do TRIPS que mais causam celeuma é o artigo 27.3, que exclui do sistema de propriedade intelectual do TRIPS a possibilidade de se patentear plantas e animais, contudo excetua “microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas e animais”. Tendo em vista esse dispositivo, destaca Gilberto Mascarenhas (2004, p. 404-405) que os maiores problemas que circundam o Acordo TRIPS são a possibilidade de se patentear microorganismos e a desconsideração da proteção de direitos sobre conhecimentos tradicionais.

Quanto a esse ponto, é necessário destacar que, por ocasião da formulação do Acordo TRIPS, foram desconsideradas algumas questões de importância ímpar, assim como se ignorou algumas questões éticas, ecológicas e econômicas decorrentes do regime de propriedade intelectual ali instituído. Países em desenvolvimento e subdesenvolvidos se viram

obrigados a incorporarem o modelo ali ditado. Determinados grupos, defensores da análise pormenorizada dessas questões, evidenciaram que o sistema criado com o TRIPS foi eficaz na formação de monopólios empresariais transnacionais, mas carente no que se refere à proteção dos povos tradicionais (SHIVA, 2005, p. 334). Por isso mesmo, o Acordo TRIPS passou a ser criticado constantemente, sobretudo a partir do aparente conflito de suas disposições com a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), o que inclusive já resultou em provocação da OMC contra o regramento do TRIPS, uma vez que países signatários, sob vigilância e pressão de detentores do poderio econômico, se viram no dilema de aplicar um ou outro acordo. (SHIVA, 2005, 326).

Ainda, com a estrutura moldada pelo TRIPS, o regime jurídico da propriedade intelectual passou a afetar notadamente países detentores de especial biodiversidade e cultura tradicional, como os que se situam na América Latina. Isso porque, mesmo com as negociações levadas a cabo por tais países, na busca por proteção de seu ecossistema, dos saberes e práticas intergeracionais reproduzidos pelas culturas tradicionais do seu território, corporações de biotecnologias demonstram ter poder de barganha, na medida em que tais elementos a elas interessam, por possuírem um potencial lucrativo tremendo e sobre o qual avança o processo de apropriação, a partir do padrão mínimo estabelecido pelo TRIPS e pela legislação criada à sua luz (VIEIRA, 2012, p. 93).

Assim, assevera Vinícius Garcia Vieira que

A ordem jurídica do Trips, inicialmente pensada para uma sociedade uniforme, urbana, industrial e composta apenas por um modo existencial dominado pela percepção econômica, deve ser transformada para amparar a pluralidade da existência humana, incluindo as comunidades tradicionais, constituídas por valores, cultos, tradições, formas de conhecimento e noções de propriedade, elementos esses distintos daquela sociedade uniforme idealizada (VIEIRA, 2012, 156)

Nessa lógica, o regime de propriedade intelectual (como o direito privado como um todo), acaba por privilegiar o caráter econômico desses direitos, ao salvaguardar a titularidade exclusiva ao seu detentor, o que por sinal destoa do que muitas das comunidades tradicionais entendem por conhecimento – aqui, uma vez mais, emerge o problema epistemológico já citado –. Destarte, tendo em conta que os Estados não se encontram em condições de igualdade no que diz respeito à produção biotecnológica, a lógica mercantilista do atual sistema acarreta na divisão entre países desenvolvidos, os quais detêm a propriedade intelectual e são, assim, considerados os inventores, e países em desenvolvimento, que carecem de capacidade tecnológica mas possuem a maior parte dos recursos naturais do planeta, inclusive técnicas e conhecimentos próprios de comunidades tradicionais. Toda essa

sociobiodiversidade é utilizada como matéria-prima pelas corporações provenientes dos países desenvolvidos, criando uma evidente relação de dependência entre o Norte e o Sul do globo (VIEIRA, 2012, p. 93-95).

Acerca de tal problemática, também esclarece Roberto Luiz Silva que

longe de atuar como mecanismo de promoção do desenvolvimento econômico e inovativo dos diversos Estados-membros da OMC, em consonância com o interesse público subjacente à proteção da propriedade intelectual e na esteira do objetivo último em seu bojo enunciado, o Acordo TRIPS, em verdade, vem servindo de meio de perpetuação do hiato tecnológico existente entre Estados-membros desenvolvidos e em desenvolvimento, inviabilizando a concretização do *catching-up*. (SILVA, 2018, p. 154).

Tal racionalidade foi verificada em estudo empírico publicado na Revista Direito GV, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), no ano de 2022, no qual Feres (2022) identificou a apropriação de conhecimento tradicional em onze patentes registradas no Hemisfério Norte (mais especificamente nos Estados Unidos, Canadá, Japão, França e Rússia), que tinham por base a coleta e utilização de amostras de recursos genéticos provenientes da Floresta Amazônica, mais precisamente de secreção retirada da rã Kampô (*Phyllomedusa bicolor*), típica da região. O veneno do anfíbio é utilizado por povos indígenas em razão de suas propriedades curativas e medicinais, inclusive em rituais que perpassam gerações nessas comunidades. No estudo, realizado mediante pesquisa no banco de patentes da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), Feres indica que as regulações internacionais do direito de patentes e biodiversidade podem estar contribuindo para o processo de apropriação indevida de conhecimentos tradicionais e recursos genéticos relacionados à biodiversidade brasileira. A partir do caso da rã Kampô, especificamente, foi possível se extrair que a dominação (ou mesmo colonização) de países ditos desenvolvidos para com aqueles “em desenvolvimento” ainda vige, considerando a possibilidade de transferência de conhecimento tradicional para fins comerciais. O autor questiona, ao final do estudo, tendo em vista a informação coletada, se o sistema de propriedade intelectual não estaria organizado de modo a excluir outras formas de vida, cultura e conhecimento, ou pelo menos tornar periférico o conhecimento tradicional existente em paralelo a tal sistema (FERES, 2022, p. 15-17).

Na realidade, à luz desse cenário, pode-se inferir que o Acordo TRIPS serviu de base para a apropriação de certos conhecimentos por parte de empresas multinacionais, assim como para o controle, por parte de nações desenvolvidas, de mercados e sistemas econômicos. Nesse caminho, o Acordo TRIPS internacionalizou os regimes jurídicos de direitos da propriedade intelectual tal como editados pelo Ocidente industrializado, com o patenteamento

de sementes, plantas, e microorganismos, o que, a propósito, vem sendo denominado “patenteamento da vida” e considerado uma legitimação da biopirataria (SHIVA, 2005, p. 321-324).

Diante disso, não é demais afirmar que o atual regime jurídico da propriedade intelectual, o qual foi instituído a partir do Acordo TRIPS – introduzido no Brasil com status de lei ordinária – e regulamentado pela legislação infraconstitucional já aludida, pode constituir verdadeiro óbice à efetiva proteção do patrimônio cultural, especialmente o de caráter imaterial. Isso ocorre pois se possibilita a apropriação indevida de conhecimentos tradicionais, de saberes, fazeres e elementos próprios da biodiversidade, sob a proteção jurídica desse mesmo regime de propriedade intelectual. Dito em outras palavras, é de tal forma que o regime de direitos sobre a propriedade intelectual perpetua juridicamente a apropriação sobre a biodiversidade de países em desenvolvimento do Sul. Essa apropriação retira o elemento social de conhecimentos tradicionais, colocando-os à mercê da racionalidade econômica (VIEIRA, 2012, p. 93-95). Nesse aspecto, quando analisado concretamente, esse sistema erigido pelo TRIPS e pelas demais leis atinentes à propriedade intelectual pode conflitar com as disposições constitucionais relativas à sustentabilidade e ao patrimônio cultural, este uma parte integrante e necessária àquela.

Assim, em face da potencial relação predatória que se constrói comumente entre tecnociência e os conhecimentos tradicionais, a proteção advinda do ordenamento jurídico (e, por via de consequência, do Poder Judiciário) deve excluir a possibilidade de tal patrimônio imaterial ser apropriado de forma exclusiva. A devida tutela, ainda, tendo em conta os ditames da sustentabilidade e da proteção às mais diversas formas de cultura, deve abranger uma redefinição do que se entende por inovação, a fim de tornar possível a compreensão da especificidade das produções atreladas aos conhecimentos tradicionais (SANTOS, 2005, p. 147).

A pertinência de tal temática vem à cabo quando se considera o controle difuso de constitucionalidade como um dos instrumentos que o ordenamento jurídico dispõe para correção de situações concretas de inconstitucionalidade, mediante a provocação do Poder Judiciário. Nesse processo, em detrimento de uma visão estritamente exclusivista existente nos direitos da propriedade intelectual, deve-se privilegiar a difusão do conhecimento acerca da necessidade de preservação da cultura, em sentido não apenas econômico, uma vez que este é somente um dos aspectos verificados nos bens culturais, e geralmente não o primário (BAHIA; MEDEIROS, 2016, p. 149). É a partir de tal difusão, inclusive por meio da função

jurisdicional repressiva do Poder Judiciário, que se tornará possível o contínuo desenvolvimento do patrimônio cultural brasileiro.

Outra particularidade a ser examinada como um impedimento em potencial à efetiva tutela do patrimônio cultural (e assim, da sustentabilidade), e que pode ensejar o exercício da jurisdição constitucional concreta, diz respeito à chamada omissão inconstitucional, precisamente quando identificada no âmbito da cultura e do patrimônio cultural, focos do presente estudo. De forma sucinta, tal omissão é verificada a partir do instante em que se tem um dever de agir por parte do Estado, como preceitua a Constituição quanto ao acautelamento do patrimônio cultural, e, concomitantemente, uma condição de inércia estatal (Poder Público *lato sensu*) nesse sentido, ou seja, o próprio descumprimento do comando constitucional previamente estabelecido. Em regra, a abstenção do Estado em regular determinada matéria insere-se no seu âmbito de atuação discricionária e puramente política, só sendo ilegítima quando visualizada em seara que a Constituição impõe a atuação regulamentadora (BARROSO, 2018, p. 261). Além disso, no que diz respeito aos direitos fundamentais especificamente, entende-se que há o dever do Estado em tutelá-los normativamente, independentemente de comando constitucional nesse sentido (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 77-78). Quanto à tutela do meio ambiente cultural brasileiro, existe não só a previsão como direito fundamental, mas o dever constitucional de agir do Estado nesse campo, contidos primariamente nos artigos 216, parágrafo 1º e 225 da Constituição Federal de 1988, preceitos a partir dos quais se depreende que não há discricionariedade do Poder Público que permita a inércia quanto à proteção da cultura e do patrimônio cultural (BRASIL, 1988).

No caso do Brasil, costuma-se elencar o mandado de injunção como ação adequada para sanar, pela via do controle difuso de constitucionalidade, eventual omissão regulamentar que enseje na impossibilidade de exercício de direitos e liberdades constitucionais ou de prerrogativas inerentes à cidadania, nacionalidade ou soberania. Contudo, é necessário ressaltar que o mandado de injunção é ação específica com finalidade específica, que é aquela referida pelo texto constitucional. O fenômeno da omissão inconstitucional em si é mais amplo, tanto é assim que se diz que o reconhecimento de tal situação, pela via do controle incidental de constitucionalidade, pode se dar em qualquer procedimento judicial, mormente em ações civis públicas e ações populares quando se está diante de infringência a direito difuso ou coletivo, consoante já referido ao longo desta pesquisa (NEME; CIONE, 2018, p. 931-932).

No cenário pátrio, boa parte das situações de violação ao patrimônio cultural decorrem de uma hipótese de omissão do legislador ou do administrador. Sobretudo na esfera municipal, existe resistência considerável em implementar instrumentos de proteção, como o tombamento, em imóveis muitas vezes pertencentes a particulares. E ainda em tais situações, quando finalmente se determina o valor histórico ou cultural do bem e o mesmo é tombado, após a finalização do processo administrativo as obrigações de conservação e zelo pelo imóvel esvaem-se, advindo então o estado de abandono e deterioração, sem qualquer providência tomada pelo particular ou mesmo pelo ente público responsável. Tal circunstância acarreta a omissão no que tange ao acautelamento dos bens integrantes do patrimônio cultural no Brasil. De acordo com Álvaro Mirra, nada impede que esses casos sejam levados ao Poder Judiciário para afastar a recusa do Poder Público em tomar as medidas cabíveis para proteger o patrimônio, o que, aliás, é a própria finalidade visada com a disciplina constitucional dada à matéria (MIRRA, 2002, p. 367-368).

Não se desconhece que a possibilidade de o Poder Judiciário vir a impor medidas aos demais Poderes encontra resistência em parte da doutrina, que se baseia na teoria clássica de tripartição dos Poderes de Montesquieu (MONTESQUIEU, 1992). Segundo essa orientação, inclusive, não seria possível a um juiz impor o reconhecimento do valor cultural de um bem material ou imaterial, pois, ao assim fazê-lo, estaria se substituindo ao legislador, que pode reconhecer tal valor por meio de lei (precisamente lei de efeitos concretos), ou ao administrador, que reconhece o patrimônio cultural ao editar ato administrativo com esse objetivo (tombamento, registro, etc). Ferreira (2005, p. 517) elenca de forma sucinta os argumentos em que se baseia esse entendimento: a) a indispensabilidade do respeito à estrutura de separação de Poderes imposta pela Constituição Federal; b) invasão indevida do mérito – discricionário – do ato administrativo; e c) a limitação das políticas públicas às predefinições orçamentárias. Em que pese reconheça a validade desse posicionamento, a autora assevera que os motivos que o fundamentam não podem servir de lastro para a negação ou a violação de direitos assegurados na Constituição, devendo ser superados para possibilitar o controle pelo Judiciário, sob pena de se violar a ordem constitucional vigente (FERREIRA, 2005, p. 517).

Na mesma linha, deve-se compreender que no atual estágio democrático, não se pode deixar de considerar que o poder jurisdicional, como poder estatal, está estritamente vinculado aos ditames estabelecidos pelo texto constitucional. Dito isso, tal esfera de Poder do Estado pode vir a controlar a constitucionalidade, inclusive em razão da omissão dos demais Poderes, bem como impor as medidas consentâneas com os deveres expressos na Constituição.

Nesse sentido discorre Mirra (2002, p. 378), afirmando que

Ao se admitir a determinação aos governos, por intermédio das ações judiciais, da adoção de determinadas medidas destinadas à supressão da omissão danosa ao meio ambiente, como a implantação de sistema de tratamento de esgotos ou de resíduos sólidos urbanos, a implantação definitiva e real de um certo espaço territorial protegido já instituído ou a preservação de um bem de valor cultural, não se está atribuindo ao Judiciário o poder de criar políticas ambientais, mas tão-só o de impor a execução daquelas já estabelecidas na Constituição, nas leis ou adotadas pelo próprio governo, como já referido.

Desse modo, não mais subsiste a concepção obsoleta de tripartição dos poderes segundo a qual seria impossível ao Poder Judiciário intervir na ação ou omissão dos poderes legislativo e executivo, quando tais condutas se mostrarem opostas ao determinado no texto constitucional. Entender de tal forma seria negar a tal poder do Estado a própria prerrogativa de exercício da jurisdição constitucional, desenvolvida, como visto no primeiro capítulo, desde meados do século XIX, primeiramente nos Estados Unidos. Nessa linha, se há na Constituição brasileira determinação expressa para que o Poder Público como um todo construa medidas no sentido de proteger o patrimônio cultural e promover o desenvolvimento sustentável no país, no caso de tais medidas não serem tomadas, o Estado-juiz, mediante provocação, pode intervir para corrigir a situação.

O fato é que não cabe ao Poder Judiciário criar tais medidas (legislativas ou executivas), mas sim determinar a sua criação por parte de outro Poder. Assevera Gavião Filho (2005, p. 193-194) que a legitimidade da atuação do Judiciário, em tais casos, é indiscutível por tratar-se da proteção a um direito fundamental, precisamente em circunstâncias concretas de violação. Assim refere o aludido autor, quanto à proteção do meio ambiente:

Desse modo, se as circunstâncias de determinado caso concreto determinarem a precedência da satisfação do direito fundamental ao ambiente em relação aos princípios da divisão de poderes ou da disponibilidade financeira, então estará configurada uma posição fundamental jurídica a prestações em sentido estrito, não se podendo cogitar de discricionariedade administrativa, pois "existindo o dever de atuar, não há margem para qualquer consideração de ordem técnica e política". (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 193-194).

Em tal contexto, não se pode configurar como indevida a ingerência do Poder Judiciário nas situações de omissão que acarretem malferimento ao patrimônio cultural, sobretudo quando visualizado este a partir da perspectiva da sustentabilidade, conforme exposto acima. É pertinente ressaltar que tal ingerência se dá no âmbito das atribuições

precípua do respectivo poder, ou seja, na função natural do poder jurisdicional de apreciação e correção de lesões e ameaças a determinado direito.

Quanto a esse aspecto, convém referir que, quando o Poder Judiciário acolhe pedido formulado pelo Ministério Público em ação civil pública, ou por um cidadão, em ação popular, com vistas a sanar a omissão do Poder Público no que tange à tutela do patrimônio cultural, não é, evidentemente, do Judiciário a iniciativa nesse sentido. Muito menos pode se dizer que é esse poder que suprime a ação dos demais. Isso ocorre por meio da atuação legítima da sociedade organizada, tanto pela possibilidade (e prerrogativa) do exercício direto no exercício do poder, previsto no artigo 1º, parágrafo único da Constituição, quanto pela legitimação específica atribuída pelo artigo 216, parágrafo 1º à comunidade, no que tange à colaboração para preservação do patrimônio cultural (MARCHESAN, 2007, p. 257).

Veja-se que autores como Cappelletti (1993, p. 94) aderem à tal orientação, notadamente quando se manifestam favoráveis a um conceito de democracia participativa que contemple o amplo acesso à justiça (jurisdição), inclusive para sanar omissões dos poderes legislativo e administrativo. Nesse ponto, mostra-se apropriada a seguinte colocação do autor:

O democrático sentimento de participação do povo, muito embora pareça ocorrer tão-somente através do sistema de governo, constitui característica substancial da jurisdição, que se desenvolve com as partes interessadas - as quais podem não só iniciar o processo jurisdicional como também determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o direito de ser ouvidas -, sem que haja aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis como acontece com os demais processos da atividade pública. (CAPPELLETTI, 1993, p. 94)

Destarte, mostra-se imperativa uma postura proativa por parte do Poder Judiciário na salvaguarda de direitos fundamentais, inclusive de caráter difuso, tal como ressaltado oportunamente no capítulo 1 deste trabalho. Somente mediante a possibilidade de sanar a omissão das outras esferas de Poder, às quais a Constituição impõe determinada ação, em posicionamento intransigente com relação aos direitos fundamentais do patrimônio cultural e da sustentabilidade, é que se pode falar em jurisdição constitucional efetiva.

Nesse exato sentido alude o Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Marcos Paulo Miranda, quando refere que a ausência de atuação do Poder Público na seara da proteção ao patrimônio cultural merece justificação, uma vez que a regra imposta pelo ordenamento jurídico é a de “governabilidade afirmativa”. Essa necessidade de ação estatal é reconhecida inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, com base na doutrina alemã dos imperativos de tutela ou impossibilidade de proteção deficiente – *Untermassverbote* – no que tange aos direitos fundamentais. Não obstante reconheça que a temática da preservação do



patrimônio cultural não deva ser banalizada, com a seleção indiscriminada de bens culturais ou o ajuizamento de ações de modo temerário com esse fim, o comentado autor afirma que tal preservação é um dever do Poder Público, de modo que omissões lesivas devem ser levadas a Juízo para correção, sem que se possa falar em intromissão indevida do Poder Judiciário em campo particular aos demais Poderes (MIRANDA, 2023, *on-line*).

Especificamente no que concerne à proteção do patrimônio histórico-cultural brasileiro, é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser possível a intervenção judicial para corrigir a omissão legislativa ou administrativa, à luz dos mandamentos constitucionais da proteção à cultura, à sustentabilidade e ao patrimônio cultural nos seus mais diversos aspectos. Veja-se, por exemplo, o voto proferido pela Ministra Relatora Cármen Lúcia por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.408.531, proveniente do Estado do Rio de Janeiro, julgado em 07 de fevereiro de 2023. Nele, a referida Ministra reafirma a validade de julgamento proferido por tribunal de instância inferior, no sentido da possibilidade de o Poder Judiciário determinar a tomada de medidas (no caso, práticas específicas) por parte de determinado Município, com o fim de salvaguardar o patrimônio histórico-cultural. Refere que tal entendimento é uníssono no âmbito da Corte Constitucional, citando, nesse ponto, jurisprudência que data do ano de 2010. Destacou, ainda, que a alegação de insuficiência orçamentária, levantada no caso pelo Município do Rio de Janeiro, não pode servir de azo ao descumprimento da norma constitucional ou justificar a ausência de política pública protetiva, também com fundamento em precedentes da Corte (BRASIL, 2023, p. 1-5).

Referendando a atuação da Suprema Corte em prol do patrimônio cultural, sobretudo em casos de omissão inconstitucional, ressalta Miranda que

mostra-se como de fundamental importância para o efetivo respeito aos postulados estabelecidos sobre o tema pela Constituição, a atuação vigilante do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião de nossa lei maior, pois a ordem constitucional relativa ao patrimônio cultural reclama uma reflexão pragmática, que deve incorporar teoria e prática, análise dogmática e eficácia concreta, direito exposto e direito em ação, exigindo o indispensável matiz implementador, sobretudo porque é a fonte fundamental e superior de todo o nosso ordenamento jurídico. (MIRANDA, 2023, *on-line*)

Dessa forma, tem-se como possível e até mesmo recomendável o acionamento do Poder Judiciário para a tutela efetiva do patrimônio cultural, na hipótese de inércia do Estado em proteger os bens culturais, sejam eles materiais ou imateriais. Nessa perspectiva, mostra-se necessária a releitura dos dispositivos da Constituição à luz da sustentabilidade em seu viés cultural, como já referido, de modo que, ao exercer o controle difuso em determinado caso

concreto, diante da omissão estatal, o magistrado tenha em mãos o aparato jurídico para realizar o acautelamento de um bem cultural. Nesse seguimento, é necessária a aplicação de mecanismos pelo Estado para fins de tutela de tal patrimônio, mesmo que pela via repressiva. O Poder Judiciário, assim, possui função jurisdicional ligada à proteção do patrimônio cultural, podendo, no caso concreto, pela via do controle de constitucionalidade, conferir maior – e melhor - tutela a esse patrimônio constitucionalmente protegido.

O constitucionalista José Afonso da Silva (2001, p. 206-207) ressalta que, no que diz respeito à ordenação constitucional da cultura, existe a exigência de uma ação positiva do Estado, no sentido de desenvolver a política cultural oficial. O renomado autor alude que a política cultural tem como fundamento o texto constitucional, ao mesmo tempo em que este é a finalidade da política cultural levada a cabo pelos Poderes Públicos, tendo em conta que é por meio de tal política que se torna efetivo o direito. Por isso, diz-se que há um dever inafastável dos entes estatais (em parceria ou não com a sociedade civil e demais entes privados) em proporcionar condições e instrumentos para que o exercício dos bens culturais seja ideal. Somente com o desenvolvimento da política cultural, a partir de uma ação afirmativa, é que se pode potencializar a proteção de manifestações de culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, além dos próprios conhecimentos tradicionais.

Isso não significa, contudo, que deve haver uma cultura imposta pelo Estado, o que é próprio de regimes ditatoriais e totalitários, conforme a História demonstra. A noção de democracia cultural abrange a concepção de que cabe ao ente estatal promover as mais diversas formas de cultura existentes, tanto pelo deixar fazer quanto pelo criar e favorecer a cultura e o patrimônio dela decorrente. Assim, devem os Poderes Públicos incentivar a livre procura das manifestações culturais, desenvolver condições que ensejem o acesso popular aos meios culturais, além de conferir instrumentos para que a difusão das culturas esteja fundada em critérios de igualdade. Nesse contexto, a ação afirmativa cultural pública serve de pressuposta à democratização da cultura como um todo, a qual está em paralelo à democratização social e econômica (SILVA, 2001, p. 209-210).

No ponto, são pertinentes as colocações de Edwin R. Harvey sobre uma democracia cultural:

La ciudadanía cultural; el derecho individual a la cultura; el derecho de las comunidades a su identificación nacional; la igualdad de las culturas ante el Derecho; el respeto a las minorías culturales nacionales; el derecho de las culturas tradicionales a sobrevivir frente a una transformación radical del mundo moderno; el derecho a la protección de los bienes culturales de la Humanidad; el derecho de las culturas nacionales a defenderse de la influencia preponderante de las culturas mundiales dominantes; el derecho cultural internacional; los derechos y los deberes

de la creación artística; el derecho a la información - constituyen, entre otros tantos enfoques normativos nuevos, expresiones actuales de la democracia cultural moderna, fundada en el reconocimiento de los derechos culturales (HARVEY, 1980, p. 37)

São nessas condições democráticas, a propósito, que pode florescer a sustentabilidade cultural, em harmonia com o ordenamento constitucional relacionado à cultura e à ecologia. É dizer, somente em um ambiente de democracia cultural, fulcrada no reconhecimento dos direitos culturais (dentre eles, o direito à preservação dos bens culturais), é que pode sobreviver a sustentabilidade em seu viés pluridimensional e multidisciplinar, tal como compreendida contemporaneamente.

Nesse cenário de sustentabilidade cultural, Meneses destaca o papel da coletividade e do Estado, referindo que o

patrimônio cultural deve ser considerado um fenômeno social complexo, e não um conjunto histórico e estático; o conceito de monumento deve ser substituído pelo de patrimônio cultural urbano ou rural de forma sistemática. A cidade seria, assim, considerada bem cultural; em última análise, está em causa a qualidade de vida, uma das dimensões da cidadania é o objeto da gestão urbana-territorial e de suas intercorrências - infraestrutura, habitação, reciclagem, planos de desenvolvimento. O correto agenciamento desses problemas é que conduzirá com eficácia as ações sobre o patrimônio cultural; ao aceitar hábitos ditos culturais, os projetos de valorização do patrimônio cultural deverão ter como ponto de partida o universo cotidiano e de trabalho. (MENESES, 1989, p. 15)

Assim, a noção de patrimônio cultural e meio ambiente, tal como introduzida no texto constitucional (direitos fundamentais) é o produto das experiências e da realidade jurídica, social e econômica da sociedade brasileira. Ao se reconhecer a interligação e fundamentalidade de tais direitos, por sinal, é que se pode aceitar e vislumbrar como saudável a intervenção do Poder Judiciário, sobretudo via controle de constitucionalidade, em situações de omissão estatal que prejudiquem os bens culturais.

Nessa perspectiva, devem ficar submetidos aos cuidados de Estados e comunidades locais a tutela final das manifestações culturais e a preservação *in situ* do patrimônio cultural. Daí a pertinência de um controle em concreto de constitucionalidade, realizado caso a caso pelo Judiciário, a partir da compreensão de que é nesse âmbito local que a sociedade e o Estado possuem a capacidade de entender e gerir os bens culturais da forma que entender mais efetiva para a sua proteção, de acordo com as prioridades de desenvolvimento social, econômico e cultural. Todavia, é preciso compreender que os bens de notável referência a determinado povo, dignos de proteção, não se restringem tão só àqueles de valor econômico e artístico, ou a monumentos arquitetonicamente considerados. Consoante já referido, além da

História tida como oficial e assim protegida pelo Estado, existe a incumbência de acautelar e preservar os bens culturais que são objeto de uso e contemplação para comunidades tradicionais, conforme os seus valores e observando-se o processo democrático de escolhas e definição (FIDELIS, 2021, p. 49).

Com essas considerações, Rafaela Fidelis analisou decisões envolvendo o patrimônio cultural provenientes dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, de Minas Gerais e de Santa Catarina. No estudo, a autora constatou certa tendência na jurisprudência das referidas cortes, no sentido de permitir a intrusão judicial, sobretudo em face do Poder Executivo, com vistas a implementar medidas (ou mesmo, políticas públicas) de proteção ao patrimônio cultural. Os limites de tais exigências se encontram, conforme a análise realizada, justamente em determinar a criação de medidas cuja obrigação já se encontra instituída em lei, a saber, a impositiva tutela do patrimônio cultural. Assim, realizando um balanço dos julgamentos examinados, Fidelis refere haver uma corrente nesses tribunais que se mostra favorável à possibilidade de ordenar aos demais Poderes a efetiva proteção do patrimônio cultural, mediante a aplicação de uma “(...) doutrina mais moderna de atendimento das necessidades da coletividade com caráter de primordialidade e aspectos de direito fundamental constitucional para questões de defesa do patrimônio cultural (...)” (FIDELIS, 2021, p. 97).

Conforme constatado pela autora, contudo, isso não significa que o Poder Judiciário possa se substituir em decisões que são próprias dos outros Poderes, como no caso do tombamento, que foi a hipótese tratada no aludido estudo. A propósito, a partir da jurisprudência objeto do estudo, a autora inferiu que o juiz não pode realizar o tombamento, mas pode ordenar que o mesmo seja realizado, ou anulá-lo em hipóteses de ilegalidade. Ou seja, segundo a tese vencedora, o ato administrativo de proteção do patrimônio cultural não é completamente discricionário, mas sim pertence ao campo da vinculação administrativa (FIDELIS, 2021, p. 98). De acordo com a autora,

Os dados coletados confirmam que o que leva o julgador a não reconhecer, em alguns casos, a necessidade do provimento de certos bens de valor cultural se dá em razão da falta de comprovação da real necessidade de proteção do bem cultural. Dessa maneira, percebe-se que o intuito do tombamento judicial carrega a intenção de efetivamente proteger um bem cultural que necessita dessa atuação em razão da omissão dos órgãos públicos em promovê-lo, retirando-os da inércia que compromete a preservação do bem. Portanto, verifica-se que, de fato, por envolver situação de conflito de direitos, o tombamento merece ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário, tendo em vista a aplicação do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da CRFB/88. (FIDELIS, 2021, p. 98-99).

Assim, percebe-se que, tanto no âmbito das cortes superiores como nas cortes estaduais, notadamente nas examinadas no estudo acima referido, admite-se majoritariamente a possibilidade de provocação e ingerência do Poder Judiciário em hipóteses de omissão relacionada à proteção do patrimônio cultural. Privilegia-se, assim, os preceitos constitucionais que ordenam tal tutela, assim como impõem a implementação de medidas consonantes com a sustentabilidade, cuja condição *sine qua non*, no Brasil, é a salvaguarda dos conhecimentos e da identidade de povos tradicionais e originários, a partir da proteção do seu peculiar patrimônio.

Em tal conjectura, impera destacar, finalmente, a importância do patrimônio cultural para a formação da identidade subjetiva, precisamente na atual quadra histórica e sobretudo com relação à grupos sociais historicamente marginalizados, o que justifica ainda mais a necessidade de postura ativa do Poder Judiciário ao vislumbrar a violação ao patrimônio por inércia da seara legislativa e administrativa do Estado. Nesse quesito, destaca Marchesan que reconhecer o que se chama de “direito ao passado” vai muito além de reconhecer e preservar o passado dos vencedores, para os quais foram construídos e desenvolvidos monumentos e arquiteturas ou produzido documental significativo. Esse direito consiste também, e sobretudo, em fazer emergir narrativas muitas vezes objeto de supressão e silenciamento, ou seja, aqueles de caráter não hegemônico. O “supermercado cultural”, marcado pela herança cultural das gerações predecessoras e pelos fragmentos de jaez cultural mais expressivos que sobrevivem à finitude das vidas humanas, é elemento essencial para formação da identidade do sujeito contemporâneo. Suprimido ou mesmo omitido tal legado, subsistirá somente uma lacuna de efeitos prejudiciais imensuráveis para o desenvolvimento da pessoa e de sua existência no mundo, uma negação de que o patrimônio é a prova evidente dos vínculos com o passado e com uma determinada tradição (MARCHESAN, 2007, p. 70-72).

Afinal, consoante elucida Morin (2000, p. 77), “todo ser humano, toda coletividade deve irrigar sua vida pela circulação incessante entre o passado, no qual reafirma a identidade ao restabelecer o elo com os ascendentes, o presente, quando afirma suas necessidades, e o futuro, no qual projeta aspirações e esforços”. Isso posto, pode-se inferir que tanto o regime jurídico de propriedade intelectual atual, sobretudo no que concerne ao regime de patentes, baseado no Acordo TRIPS e na legislação infraconstitucional nele lastreada, como a constante circunstância da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na consecução de atos normativos e políticas públicas direcionadas ao patrimônio cultural, podem configurar óbice à plena formação do sujeito e de certos grupos, como povos tradicionais e originários, mediante o desprezo ao patrimônio. Enquanto o regime jurídico da propriedade intelectual possibilita a

apropriação indevida e com finalidade comercial do patrimônio cultural e da biodiversidade, a omissão dos Poderes Públicos reverte-se em verdadeiro descumprimento dos preceitos constitucionais que impõem a preservação do patrimônio e a promoção da sustentabilidade.

Tal cenário, como já se pode depreender, pode levar ao Poder Judiciário a solução dos casos, mediante diversas ações que se destinam inerentemente à proteção do patrimônio cultural, como o caso da ação civil pública e da ação popular. Nestas, o controle de constitucionalidade pode ser exercido, precisamente o difuso, tornando viável, por exemplo, em um determinado caso concreto, o afastamento da incidência da legislação de propriedade intelectual, para se privilegiar a proteção do patrimônio e da sustentabilidade cultural. Ao mesmo tempo, a omissão dos demais Poderes no desenvolvimento de atos normativos e políticas culturais concretas pode ser sanada pela via da jurisdição constitucional difusa.

Diante do exposto até o presente momento, já se pode estabelecer em certa medida as potencialidades existentes na jurisdição constitucional difusa para a tutela do patrimônio cultural, e, ao fim e ao cabo, da sustentabilidade. O capítulo seguinte cuidará de analisar casos já julgados por cortes judiciárias brasileiras, envolvendo o patrimônio cultural e o controle em concreto de constitucionalidade, buscando esclarecer, finalmente, se tal fiscalização jurisdicional pode consistir de fato em instrumento direto ou indireto de proteção ao patrimônio cultural, a partir da perspectiva da sustentabilidade cultural acima trabalhada.

### **3 O CONTROLE EM CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL**

De acordo com o examinado no capítulo inicial, o controle difuso de constitucionalidade constitui-se de um instrumento amplo de fiscalização, por parte do Poder Judiciário, de atos normativos dos demais Poderes, ou mesmo da omissão normativa por parte destes, contrários ao texto da Constituição Federal. A prerrogativa da jurisdição constitucional em caráter incidental é dada a todo e qualquer juiz ou tribunal, a partir de provação da parte interessada/prejudicada, configurando mecanismo exemplar de acesso à justiça e de participação democrática, na medida em que permite a ingerência popular na atividade normativa estatal, por meio do poder jurisdicional.

O alcance desse controle exercido pelo Judiciário é incrementado pela positivação, na Constituição, de direitos fundamentais de caráter coletivo e difuso, dentro os quais direito à preservação do patrimônio cultural. Nesse contexto, o controle incidental, a cujas decisões se atribui, normalmente, efeitos *inter partes* (efeitos restritos às partes do processo), tem o potencial de alcançar sujeitos além do processo, notadamente nas ações coletivas, nas quais se lida com os direitos de jaez coletivo e também se admite, doutrinária e jurisprudencialmente, o exercício do controle difuso de constitucionalidade. Também o fenômeno da abstrativização do controle em concreto, a partir do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, pelo Supremo Tribunal Federal, representa o fato de que tais decisões não mais atingem tão somente as partes do processo judicial, formando-se, com tais provimentos “transcendentes”, precedentes que guiarão os casos futuros de similitude fática e jurídica (PIMENTA, 2010, p. 90-91; STRECK, 2023, p. 242).

Nesse caminho, viu-se como a proteção do patrimônio cultural pode consubstanciar uma forma de se alcançar aquilo que é entendido como sustentabilidade cultural, ou dimensão cultural da sustentabilidade. Compreende-se que a sustentabilidade, no seu viés cultural (e, por sua vez, o desenvolvimento sustentável), só poderá ser atingida a partir da superação de certos paradigmas, ligados inclusive à forma como se entende o conhecimento. Ou seja, só se pode falar em compreensão do problema da sustentabilidade a partir da conscientização da questão epistemológica que a reveste. Essa circunstância torna imperiosa a revisitação do tema do patrimônio cultural, em que inserem-se as próprias formas de conhecer, fazer e produzir - patrimônio cultural imaterial -, precisamente quando considerado o patrimônio cultural de populações tradicionais, que em grande medida destoa do conhecimento no

contexto industrial (MARQUESAN, 2007, p. 68-70). A tutela dos diversificados patrimônios culturais torna-se, nessa conjectura, condição *sine qua non* do desenvolvimento sustentável.

A partir da compreensão do valor desse patrimônio, com sua efetiva inclusão no preceito constitucional de tutela do patrimônio cultural, tem-se o próprio fundamento para o exercício, por exemplo, do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, para preservação de bens e manifestações culturais. Hipóteses em que se evidencia a violação do patrimônio, como em determinadas situações de aplicação do regime jurídico de propriedade intelectual, ou mesmo casos de omissão por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, podem ser sanadas mediante esse procedimento - jurídico e epistemológico - de consideração, por parte do poder jurisdicional, do valor intrínseco e necessário à sustentabilidade, existente nos mais diversos patrimônios culturais brasileiros. A partir disso, se estará mais próximo de tornar efetivo os dispositivos da Constituição Federal.

Neste capítulo, pretende-se examinar casos já julgados por cortes judiciárias brasileiras, nos quais se pode concluir que tenha sido exercido, de forma expressa ou não, o controle difuso de constitucionalidade, com vistas à proteção do patrimônio cultural brasileiro. Nesse caminho, é realizada uma pesquisa jurisprudencial em diversos tribunais de justiça e alguns tribunais regionais federais, bem como em tribunais superiores, mediante a utilização dos termos pertinentes, tal como explicado a seguir. Destarte, decisões judiciais englobando o controle incidental de constitucionalidade e a tutela do patrimônio cultural são objeto de estudo, com o fito de indicar, ao final, as possibilidades que se extraem desses julgamentos, além de responder como o controle difuso funciona como instrumento de tutela no patrimônio histórico e cultural e indicar de que modo ele poderá ser utilizado no futuro pelas cortes judiciárias, mediante o devido balizamento e atenção à sustentabilidade cultural.

### 3.1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIFUSA E TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL: EXAME DE CASOS CONCRETOS JULGADOS PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Com a inclusão do patrimônio cultural no rol de direitos constitucionais fundamentais, e a partir da compreensão do caráter normativo das normas constitucionais, casos dos mais variados envolvendo a temática são levados ao Poder Judiciário para apreciação. Aqui, julgamentos de diversas cortes judiciárias são examinados, com o fito de desvendar a relação existente entre o controle especificamente difuso de constitucionalidade e a tutela do patrimônio cultural, concluindo-se, ao final, se tal modalidade de jurisdição



constitucional pode ser elencada como um instrumento de proteção do patrimônio, à luz do que se entende por dimensão cultural da sustentabilidade.

Nem todos os casos que tratam da aplicabilidade das normas constitucionais relativas à proteção do patrimônio cultural implicam, necessariamente, no exercício do controle em concreto de constitucionalidade, é bom que se esclareça. Conforme já dito, o controle difuso de constitucionalidade se opera em um determinado caso, quando se reconhece a invalidade de algum ato normativo contrário à Constituição Federal, ou quando se utiliza de técnicas como a interpretação conforme ou a nulidade parcial sem redução de texto, ou ainda, quando se reconhece uma situação de omissão inconstitucional, a forçar que o Poder Judiciário determine que os demais Poderes tomem alguma providência no caso em julgamento, dentro de suas respectivas competências, tendo em consideração um comando expresso na Constituição. Isso ocorre, como já visto, em um caso concreto - relação jurídica subjetiva -, no qual a inconstitucionalidade é fundamento do pedido ou da resposta do réu, de modo incidental, e não o objeto da ação (PIMENTA, 2010, p. 71-72; STRECK, 2023, p. 245-247).

Isso pode se dar por pedido expresso de uma das partes ou até mesmo de maneira transversa, ou seja, quando pela leitura da causa de pedir expendida pela parte, se infere que o que ela pretende é a inaplicabilidade da norma no seu caso em específico, justamente porque, se fosse aplicada, implicaria em inconstitucionalidade, sendo tal circunstância um ponto controvertido no caso (PIMENTA, 2010, p. 72-73). Consoante se verá, em grande parte dos casos envolvendo o patrimônio cultural, o que há é o reconhecimento da omissão inconstitucional na hipótese em concreto, ou exatamente o afastamento da incidência do ato normativo por via oblíqua.

Dito isso, passa-se ao cerne da presente pesquisa, consubstanciada no exame de julgamentos de diversas cortes judiciárias brasileiras envolvendo as temáticas de patrimônio cultural e controle difuso de constitucionalidade. Pertinente considerar que o critério de pesquisa da jurisprudência nos sítios eletrônicos dos tribunais deu-se mediante a utilização dos termos “constitucionalidade” e “patrimônio cultural”, selecionando-se dentre os resultados aqueles casos em que o controle incidental de constitucionalidade foi, se não diretamente exercido pelo Judiciário, ao menos realizado indiretamente, de modo a tornar-se pertinente para o presente trabalho, dentro do limite temporal fixado, ou seja, desde o ano de 2008. Por motivos de facilitação e ampliação da pesquisa, retiram-se os termos “controle” e “difuso”, até porque muitos julgados acabam por não fazer referência a essa terminologia, de forma expressa na ementa ou no corpo do acórdão, principalmente quando o controle ocorre de modo indireto. A análise abrange ao todo julgados de 7 tribunais pátrios, incluindo cortes

superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), com os quais se inicia o exame, e cortes de 2ª instância (Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais), cuja competência comum contempla a temática do patrimônio cultural, excluindo-se, portanto, tribunais trabalhistas, militares e eleitorais. Precisamente quanto ao Supremo Tribunal Federal, excluem-se dos resultados encontrados as ações diretas.

Inicia-se exatamente com o STF, uma vez que, como já dito, este é incumbido, de modo precípua, do julgamento de ações e recursos cuja questão discutida é intrinsecamente constitucional. Ou seja, nos casos selecionados na referida corte com base no critério acima estabelecido, a violação a preceito constitucional (a ensejar um controle de constitucionalidade) é necessariamente suscitada pela parte no caso concreto, independentemente da possibilidade de abstrativização dos efeitos da decisão, decorrente especificamente do instituto da repercussão geral no recurso extraordinário (WAMBIER, 2016, p. 445-446).

Na Corte, tendo em conta os critérios acima referidos, foram encontrados 16 (dezesseis) resultados na ferramenta de pesquisa de jurisprudência disponibilizada no sítio eletrônico da corte. Dentre os resultados, estão recursos extraordinários, petições, ações cíveis originárias, mandados de segurança, bem como seus respectivos recursos, como agravos em recurso extraordinário e agravos regimentais em RE. Dentre os resultados, é de destaque o caso da Petição nº 3.388, oriunda de ação popular do Estado de Roraima, julgada no ano de 2009. O caso envolveu a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, no interior do Estado roraimense, estando sob julgamento a constitucionalidade da demarcação contínua realizada no local, bem como a constitucionalidade do processo administrativo-demarcatório, realizados pela União com base no Decreto nº 22/91, na Portaria nº 534/2005, do Ministério da Justiça, e no Decreto homologatório de 15 de abril de 2005. Esteve em jogo, portanto, no caso concreto, a constitucionalidade de tais atos normativos, os quais o autor reputava inconstitucional, enquanto a União defendia a sua constitucionalidade, de modo a possibilitar a demarcação da terra indígena. Argumentou o autor, em conjunto com o Estado de Roraima (que ingressou nos autos como terceiro interessado), que a demarcação levada a cabo pela União na localidade implicaria em violação aos princípios federativo e privilégio demasiado ao índio, em detrimento do princípio da livre iniciativa e do direito de propriedade. O ente federal, que tinha ao seu lado como parte interessada a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, sustentava que a sua atuação, de demarcação das terras indígenas e defesa de tais comunidades, estava respaldada pela Constituição, sendo o procedimento integralmente legal e constitucional (BRASIL, 2009, p. 16-22).

O relator do caso no Supremo Tribunal Federal, Ministro Ayres Britto, elaborou um extenso voto, compatível com a magnitude que a celeuma teve à época. Referiu, ao esclarecer que seu voto seria dividido em tópicos, que empreenderia uma incursão pelos “domínios cognitivos” da Constituição, indicando que encontraria no texto constitucional diversos fundamentos com base nos quais tomaria a sua decisão final, de inconstitucionalidade ou não da demarcação da aludida terra indígena, tendo por consideração inclusive que esse procedimento demandaria do aplicador do direito o “descarte de formas mentais aprioristicamente concebidas” (BRASIL, 2009, p. 33-34).

O magistrado destacou no caso que os povos indígenas constituem parte essencial da realidade política e cultural brasileira, fazendo incidir, inclusive, o preceito constitucional do artigo 216 da Constituição Federal, que trata do patrimônio cultural e o conceitua como bens de natureza material ou imaterial de valor aos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (BRASIL, 2009, p. 40). Considerando esse fundamento, registrou que os índios têm o direito de

desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, lingüística e cultural, razão de ser de sua incomparável originalidade. Depois disso, e tão persuasiva quanto progressivamente, experimentarem com a sociedade dita civilizada um tipo de interação que tanto signifique uma troca de atenções e afetos quanto um receber e transmitir os mais valiosos conhecimentos e posturas de vida. (BRASIL, 2009, p. 58)

Considerou-se, dessa forma, o patrimônio cultural brasileiro, precisamente o patrimônio de uma comunidade específica, digno de proteção a partir da aplicação direta do texto constitucional, quando este estabelece a necessidade de preservação, por parte do Estado e da sociedade, desses núcleos de patrimônio. No caso, a própria preservação do patrimônio imaterial da comunidade envolvida tinha como condição a proteção de sua terra, a partir da demarcação.

Outro trecho que se assinala do voto é quando o referido relator considera, mesmo que de maneira oblíqua, uma sustentabilidade multidimensional contida no texto constitucional, de modo a afastar um pretense antagonismo entre a proteção do índio e de seu patrimônio e o desenvolvimento. Conforme refere o voto,

Daqui se infere o despropósito da afirmação de que "índio só atrapalha o desenvolvimento", pois o desenvolvimento como categoria humanista e em bases tão ecologicamente equilibradas quanto sustentadas bem pode ter na cosmovisão dos indígenas um dos seus elementos de propulsão. Por isso que ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é hostilizar e menos ainda escorraçar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para

diversificar o potencial econômico dos seus territórios (territórios dos entes federativos, entenda-se) e a partir da culturalidade intraétnica fazer um desafio da mais criativa reinvenção da sua própria história sócio-cultural. Até porque esse é o único proceder oficial que se coaduna com o discurso normativo da Constituição, no tema. (BRASIL, 2009, p. 65-66).

Vê-se, portanto, como fundamentos para a tomada de decisão, que ao final considerou constitucional e digna de proteção a demarcação da terra indígena em questão, tanto a imperiosidade da tutela do patrimônio cultural, como o próprio desenvolvimento ecologicamente equilibrado a partir de tal proteção, ou seja, justamente uma sustentabilidade em seu viés cultural. Dentre os patrimônios do povo indígena envolvido no caso cuja proteção derivaria da própria afirmação da legitimidade da demarcação da terra, relevou-se, por exemplo, o "timbó", planta que a comunidade usa como instrumento de pesca; das imbiras, consistentes em armadilhas de caça; da coivara, que é uma técnica de rotatividade dos solos com a finalidade de plantio; ou da arerua, como uma manifestação religiosa. Todas essas características eminentemente culturais, dentre tantas outras, seriam privilegiadas com a declaração da constitucionalidade da demarcação da terra, solo com o qual os indígenas, a propósito, guardam uma interatividade orgânica (BRASIL, 2009, p. 107-108).

Não se pretende destrinchar completamente o acórdão do caso, tendo em vista inclusive a sua extensão, mas sim dar destaque aos fundamentos e ao controle de constitucionalidade feito pela corte, pertinentes a esta pesquisa. O caso examinado teve repercussão considerável à época, inclusive a partir de sua decisão, considerada de vanguarda. Nela, deixou de se reconhecer a inconstitucionalidade dos atos normativos que embasaram a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, mas ao contrário, deu-se a eles, por meio da fiscalização de constitucionalidade do STF em sede difusa, conotação e interpretação compatível com os preceitos de tutela do patrimônio cultural e da sustentabilidade. Reforçou-se, assim, através do controle realizado pelo Supremo Tribunal Federal, o caráter essencial do patrimônio cultural.

A demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol provocou discussão diversa, que não ficou exatamente definida na oportunidade, mas que também envolveu a temática do patrimônio cultural indígena, e que igualmente chegou ao Supremo Tribunal Federal posteriormente, em controle difuso de constitucionalidade. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 1.017.365 (Tema 1.031 da Repercussão Geral), também abrangido nesta pesquisa, que contemplou a discussão acerca da definição de um marco temporal para demarcações de terras indígenas em geral. O caso concreto envolveu a aplicação e constitucionalidade do Parecer Normativo n.º 001/2017 da Advocacia-Geral da União (AGU),

que até a suspensão dos efeitos pelo STF estava sendo utilizado como fundamento legal para impedir e rever certas demarcações, a partir da tese do marco temporal. O mérito do recurso foi julgado em 21 de setembro de 2023 e a tese fixada no dia 27 seguinte, após voto de todos os ministros do tribunal, ainda estando pendentes de julgamento recursos da decisão. No caso, o STF fixou como tese de repercussão geral segundo a qual a proteção constitucional aos direitos originários indígenas sobre as terras que estes tradicionalmente ocupam não depende, necessariamente, de sua presença no território na data da promulgação da Constituição de 1988, ou seja, manifestou-se pela inconstitucionalidade do referido parecer normativo da AGU (BRASIL, 2023, *on-line*; CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO, 2020, *on-line*).

O STF rechaçou, no caso, a tese do marco temporal, que restringia consideravelmente o direito dos povos indígenas e, conseqüentemente, a possibilidade de proteção do seu patrimônio cultural, a partir do usufruto livre das terras pelas comunidades. A propósito, o voto do relator do caso, Ministro Edson Fachin, elencou como fundamento constitucional para a definição da questão também a tutela do patrimônio cultural, o qual consistiria em algo muito além da mera tutela possessória das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. No seu ver, a Constituição Federal atribui também proteção especial ao modo de ser e viver indígena, ao colocar sob específica garantia a cultura e identidade dos índios, buscando-se, assim, assegurar o modo tradicional de ocupação das terras (BRASIL, 2021, *on-line*).

A decisão foi objeto de retaliação pelo Congresso Nacional em 2023, que mesmo após veto presidencial promulgou, em dezembro, lei definindo o marco temporal para demarcação das terras indígenas - Lei nº 14.701/2023 -, em direção contrária ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (AGÊNCIA SENADO, 2023, *on-line*). Mesmo com tal postura do Legislativo, se vê como o controle difuso de constitucionalidade pôde operar no caso, definindo não só a questão incidental suscitada pelas partes e impedindo a aplicação de ato normativo inconstitucional, mas também fixando tese a ser aplicada em casos similares, tendo por consideração e razão de decidir, dentre outros fundamentos, a tutela constitucional do patrimônio cultural.

Caso outro que relacionou a jurisdição constitucional e a tutela do patrimônio cultural brasileiro foi o Recurso Extraordinário nº 494.601, julgado pela Suprema Corte em março de 2019, hipótese na qual se discutiu a constitucionalidade de dispositivo da lei do Estado do Rio Grande do Sul (Lei Estadual nº 11.915/2003) que permitia o sacrifício ritualístico de animais em cultos religiosos de matriz africana (BRASIL, 2019, *on-line*). A referida lei, que institui no Estado o Código de Proteção dos Animais, fazia expressa ressalva

quanto à vedação de sacrifício de animais, na situação em que estes são mortos em manifestações de caráter religioso-cultural, especificamente em cultos de religiões de matriz africana, notadamente umbandistas (RIO GRANDE DO SUL, 2003).

O caso chegou ao STF a partir de insurgência do Ministério Público do Estado, que defendeu a inconstitucionalidade do dispositivo da lei estadual, inclusive por fazer distinção exclusiva com relação às religiões de matriz africana. A Corte Constitucional decidiu pela constitucionalidade do dispositivo, registrando, a partir do voto vencedor do Ministro Edson Fachin, a consideração de tais manifestações como verdadeiros patrimônios culturais imateriais dignos de tutela. Conforme destacou o juiz constitucional:

Essa diretriz interpretativa decorre, ainda, da obrigação imposta ao Estado brasileiro relativamente às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, nos termos do art. 215, § 1º, da CRFB. É preciso dar ênfase à perspectiva cultural não apenas porque, de fato, elas constituem os modos de ser e viver de suas comunidades, mas também porque a experiência da liberdade religiosa é, para essas comunidades, vivenciada a partir de práticas não institucionais.

(...)

Essa dimensão comunitária da liberdade religiosa adquire, assim, nítida feição cultural e, nessa extensão, merece proteção constitucional, porquanto ligada aos modos de ser e viver de uma comunidade. Como indicou a Defensoria Pública da União em seu memorial, “a utilização de animais é parte intrínseca à própria essência dos cultos de religiões de matriz africana, por meio do processo de sacralização” (BRASIL, 2019, p. 27-28).

O Ministro asseverou ainda que tais manifestações não implicam em tratamento cruel aos animais, hipótese na qual estaria vedado o sacrifício, por expressa previsão da Constituição. É próprio de tais manifestações religiosas e culturais (não só de religiões de matriz africana, mas também nas de matriz judaica e muçulmana, por exemplo), por sinal, o abate instantâneo e indolor dos animais, sem sofrimento. Proibir esse patrimônio cultural às religiões seria não só violar a liberdade religiosa e a proteção à cultura, dispostos na Constituição Federal, mas também impor uma determinada visão de mundo a culturas historicamente estigmatizadas, o que se torna inviável sob o olhar do texto constitucional (BRASIL, 2019, p. 28-29). A corte decidiu, assim, com base nesse voto, em reconhecer como constitucional o sacrifício de animais em cultos de religiões de matriz africana, indicando ainda que tal entendimento seria extensível a diversas manifestações de caráter cultural e religioso, que tenha o sacrifício de animais em seu âmago - como ocorre nas religiões judaica e muçulmana -, vedando-se, todavia, o tratamento cruel aos animais (BRASIL, 2019, *on-line*).

Rothenburg e Stroppa (2020, p. 312-314) classificam o caso como um exemplo de sustentabilidade cultural, a partir do foco na dimensão da cultura, comentando que, muito

embora o Supremo tenha se manifestado contrário a determinadas manifestações culturais envolvendo animais em casos precedentes, como o da vaquejada, da rinha de galos e da farra do boi, tendo declarado tais manifestações inconstitucionais, assim se decidiu justamente porque em tais casos os animais são submetidos a intenso sofrimento, o que encontra vedação no texto constitucional. Isso não ocorre com o sacrifício específico das religiões de matriz africana, devendo, por isso mesmo, as manifestações serem privilegiadas e legitimadas, por constituírem patrimônio cultural inerente e necessário a esses grupos. Pela Constituição, as religiões de origem africana consistem em expressões essenciais da identidade cultural de parte considerável da população brasileira.

Outros julgamentos abarcados na pesquisa foram objeto de julgamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal, relacionando o patrimônio cultural com algum modo de fiscalização constitucional, suscitada ou efetivamente exercida. Dadas as limitações inerentes ao presente estudo, não serão todos examinados de forma aprofundada, sendo pertinente consignar, contudo, que envolvem temáticas como, por exemplo, a obrigatoriedade de exibição de filmes brasileiros em salas de cinema (Recurso Extraordinário nº 627.432/RS), que o STF julgou constitucional, irregularidades em processo administrativo de tombamento do Centro Histórico de Manaus (Ação Cível Originária nº 1.966/AM), e a extensão de competências municipais para nomeação de logradouros públicos, como forma de promoção do patrimônio cultural imaterial local (Recurso Extraordinário nº 1.151.237), bem como a própria possibilidade de determinação pelo Poder Judiciário de medidas assecuratórias do patrimônio cultural por parte dos demais poderes, em caso de omissão, conforme já visto (por exemplo, Agravos Regimentais no Recurso Extraordinário nº 1.408.531 e 1.017.531).

Não obstante, os julgamentos acima examinados são suficientes para demonstrar a forma como as partes e a Suprema Corte trabalham o controle incidental de constitucionalidade em casos atrelados à defesa do patrimônio cultural, seja para afastar a incidência de ato normativo contrário a esse preceito constitucional, seja para validá-lo ou conferir a ele interpretação conforme à Constituição Federal, no ponto que impõe a aludida tutela. Pode-se dizer, assim, a partir dos casos verificados, que ao exercer a jurisdição constitucional difusa para a preservação da cultura no Brasil, o STF atua como verdadeira corte constitucional incumbida da defesa de direitos fundamentais.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a pesquisa com base nos termos “constitucionalidade” e “patrimônio cultural” encontrou um total de 8 (oito) julgados de órgãos colegiados. Grande parte dos casos encontrados dizem respeito à rediscussão da possibilidade ou não de exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação

civil pública ou ação popular, sendo a jurisprudência da corte uníssona no sentido de que tal fiscalização em ação coletiva é possível, conforme inclusive já tratado neste estudo. Dentre os resultados, estão 7 (sete) recursos especiais e 1 (um) agravo interno em recurso especial. No Recurso Especial nº 437.172, julgado em 28 de outubro de 2008, por exemplo, esteve sob apreciação do tribunal a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 754/1994 do Distrito Federal. O recurso foi interposto contra acórdão proferido em sede de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em face do respectivo ente federativo e de outras diversas empresas privadas. No caso, o Ministério Público sustentava a inconstitucionalidade da lei, uma vez que se permitia com ela a ocupação pelas empresas réus de áreas públicas tombadas pela União na cidade de Brasília, notadamente o Conjunto Urbanístico de Brasília. Ou seja, o caso concreto envolvia a defesa do patrimônio cultural tal como previamente declarado pela União. Para isso, seria necessário o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei distrital de forma incidental - causa de pedir -, que autorizava as ocupações irregulares das empresas nas áreas (BRASIL, 2009, p. 3).

O acórdão recorrido na oportunidade havia impossibilitado o Ministério Público de requerer a inconstitucionalidade da lei em sede de ação civil pública, haja vista que seria, conforme fundamentado, parte ilegítima para a propositura da ação, além de inadequada a via eleita (a via correta seria a da ação direta, segundo o órgão do tribunal). Como se vê, esse entendimento vai de encontro à jurisprudência do STF e STJ, que admite o controle de constitucionalidade nessas ações, desde que de forma incidental. A Segunda Turma do STJ então reformou o acórdão, reafirmando a possibilidade de controle difuso e assim a legitimidade do Ministério Público, com vistas a tornar possível a tomada das medidas concretas decorrentes da inconstitucionalidade requeridas na ação, tais como “a nulidade dos atos administrativos dela resultantes, o desfazimento das noticiadas ocupações e construções irregulares e a indenização pelos danos causados ao meio ambiente, ao patrimônio público, cultural, estético, paisagístico, arquitetônico e social” (BRASIL, 2009, p. 4-6).

A propósito, destacam-se no caso os pedidos realizados pelo Ministério Público na petição inicial, os quais vão muito além do mero reconhecimento da inconstitucionalidade da lei:

- B.1) reconhecer, *incider tantum*, a inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 754/94;
- B.2) condenar o Distrito Federal em obrigação de não fazer, concernente na abstenção de concessão de termo de ocupação, de alvarás de construção ou de funcionamento, ou de proceder à aprovação de projetos arquitetônicos e/ou engenharia na referida área, que contrariem o Conjunto Urbanístico de Brasília, enquanto perdurar o tombamento do seu conjunto urbanístico;
- B.3) condenar os demais Réus em obrigação de fazer concernente à demolição total e em definitivo das construções levantadas, restabelecendo-se o *status quo ante*.



Condenar o Distrito Federal à demolição das áreas pública de uso comum do povo invadidas em virtude da sua omissão;

B.4) condenar os Réus, com exceção do Distrito Federal, em obrigação de indenizar os danos provocados ao meio ambiente, ao patrimônio público, cultural, estético, paisagístico, arquitetônico e social, sendo o seu montante quantificado em processo de liquidação de sentença;

B.5) decretar a nulidade dos atos normativos ou administrativos emanados das autoridades administrativas do Distrito federal provenientes da Lei. (BRASIL, 2009, p. 3-4).

Veja-se que todas as medidas requeridas, dentre elas a determinação de abstenção do Poder Público em legitimar ocupações indevidas em imóvel tombado, determinação de demolição das construções já realizadas pelas empresas no local, nulidade de atos administrativos, bem como a indenização por danos causados ao patrimônio cultural, tinham como condição o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei em sede de controle difuso. Conforme destacado no voto vencedor no caso, exarado pelo Ministro Relator Herman Benjamin, esse controle pode ser feito por qualquer juízo e em qualquer procedimento, notadamente o da ação civil pública, registrando também que tal fiscalização está sujeita ao crivo da Suprema Corte pela via recursal (BRASIL, 2009, p. 4-5).

Denota-se do caso as variadas determinações que podem resultar do controle difuso de constitucionalidade em um certo caso concreto, para fins de defesa do patrimônio cultural. Aliás, tais medidas concretas, como obrigações de não fazer por parte do Poder Público, demolição de construções por parte de empresas privadas e indenização por danos ao patrimônio, seriam inviáveis na via do controle concentrado de constitucionalidade, que tem por objetivo tão somente a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo em abstrato, sem relação necessária com algum caso concreto. Nessa perspectiva, o controle difuso revela-se como um instrumento mais efetivo para tutelar o patrimônio cultural a partir do viés cultural da sustentabilidade, tendo em consideração as particularidades de um determinado caso, as quais podem demandar uma ou outra medida mais eficaz, além do mero reconhecimento da inconstitucionalidade.

No âmbito do Recurso Especial nº 930.016, julgado também pela Segunda Turma, em 02 de junho de 2009, foi rediscutida a possibilidade de fiscalização difusa em ação civil pública envolvendo o patrimônio cultural, em virtude da problemática envolvendo os efeitos *erga omnes* e a coisa julgada nessa espécie de ação coletiva. Nas instâncias iniciais, houve a extinção do feito sem análise do mérito da ação, pois se considerou, também aqui, que o Ministério Público não teria legitimidade para requerer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo nessas ações. A relatora do voto, Ministra Eliana Calmon, destacou que não se pode confundir o controle difuso, que trata de uma questão prejudicial fundada na

inconstitucionalidade em um determinado caso concreto, com a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADin. Como questão prejudicial decidida de forma incidental, a questão constitucional em si não faz coisa julgada material, nos moldes que disciplina o Código de Processo Civil, de modo que pode ser discutida em outras ações com partes e pedidos diferentes, até porque não é característica do controle difuso a exclusão do dispositivo legal do ordenamento jurídico, como ocorre no controle abstrato. A magistrada referiu ainda que, contrariamente ao que se acontece no controle concentrado do STF, em que a coisa julgada material *erga omnes* se opera no plano da vigência abstrata da lei ou do ato normativo impugnado, o controle difuso em ação civil pública tem efeito *erga omnes* restrito ao âmbito nacional, regional ou local, conforme o regime processual coletivo. Além disso - e principalmente -, o controle incidental se opera no plano dos fatos e litígios concretos, por meio de tutelas condenatórias, executivas e mandamentais, que garantem eficácia prática à decisão judicial na hipótese em julgamento. Estando o caso relacionado ao patrimônio cultural, e situando-se assim no âmbito de atuação do Ministério Público, este pode fundamentar a ação civil pública na inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com vistas a tutelar aquele direito fundamental difuso (BRASIL, 2009, p. 3-5).

Infere-se dos casos que chegam ao STJ a superação da questão relacionada à impossibilidade de exercício do controle difuso em ação coletiva relacionada com a defesa do patrimônio cultural brasileiro, não havendo, assim, impedimento de natureza processual a tal fiscalização. Denota-se, todavia, que tais casos somente chegam ao STJ por meio de recurso especial em virtude de uma tendência de não exercício do controle difuso de constitucionalidade por magistrados em 1º e 2º graus, ou mesmo de uma confusão feita entre o regime de controle concentrado e o controle incidental (de modo que os juízes deixam de realizá-lo, por considerarem que estariam usurpando competência do STF para o controle abstrato), o que somente é corrigido no âmbito do STJ, intérprete das leis federais atinentes ao direito processual coletivo. Assim, muito embora os casos do tribunal da Cidadania analisados não realizem, eles mesmos, o controle difuso no caso concreto, vê-se que eles servem para admitir ou reafirmar a possibilidade deste controle pelas instâncias ordinárias, não obstante a resistência verificada nas cortes iniciais. Em paralelo a isso, o comedimento verificado em 1ª e 2ª instância, com resolução de questões processuais somente em corte superior, pode ocasionar em tutela inadequada do patrimônio cultural no caso, seja pela negativa de julgamento do mérito, seja pela demora na prestação da tutela jurisdicional, indo de encontro à necessidade de proteção da sustentabilidade cultural por meio do acautelamento do

patrimônio. De todo o modo, fica reafirmada a possibilidade de se exercer o controle difuso com tal finalidade.

Em termos de segunda instância, o número de casos encontrados com base nos critérios fixados é maior ou menor, a depender da corte judiciária. Por exemplo, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), a pesquisa teve 107 resultados, incluindo-se na maioria apelações cíveis, reexames necessários e agravos de instrumento. Evidentemente, nem em todos é praticado o controle de constitucionalidade efetivamente, mas pode-se retirar de alguns casos encontrados interessantes julgados, que de alguma forma realizam a fiscalização constitucional no âmbito do patrimônio cultural gaúcho, sobretudo para impedir a já referida e recorrente omissão constitucional nesse campo.

Veja-se, inicialmente, o caso da Apelação Cível nº 50040886120208210025, julgada em 15 de dezembro de 2023, oriunda de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público a fim de condenar o Município de Santana do Livramento/RS à restauração de local da cidade considerado patrimônio cultural. No caso, a municipalidade realizou obras na cidade sem Estudo de Impacto de Vizinhança, retirando junto da concessionária de energia elétrica postes de iluminação de ferro fundido e a pavimentação com pedras portuguesas da Praça General Osório, sem levar em conta que a praça se localiza em zona de interesse cultural, com relevante valor histórico, arquitetônico, cultural e paisagístico para a cidade. Conforme consta no acórdão,

Segundo apurado no Inquérito Civil n. 23/2009, a concessionária de energia elétrica que atua no Município efetuou a retirada dos postes originais, que eram de ferro fundido e, supostamente, deveria ter instalado novos postes, nos mesmos padrões, os quais, segundo informações, seriam retirados do interior da própria praça e colocados no seu perímetro, no entorno. Da mesma sorte, o piso de pedras portuguesas. (BRASIL, 2023, p. 1-3)

A sentença de primeiro grau julgou procedente a demanda, condenando o Município a elaborar Projeto Global de Restauração da Praça General Osório, com a recolocação dos postes originais de ferro fundido e a restauração do calçamento. A municipalidade apelou, tendo a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS confirmado a sentença. A Relatora, Juíza Convocada Eliane Garcia Nogueira, afastou os argumentos do Município, ressaltando que o dever constitucional de proteção ao patrimônio cultural não admite relativização sob argumento de discricionariedade da Administração Pública. Referiu, nesse sentido, que a alegada reserva do possível sustentada pelo Município perde-se quando se tem em conta que se trata de patrimônio cultural, ou seja, o bem jurídico tutelado é um direito fundamental. Aludiu que, tendo agido da forma que o fez, “o Município viola a Constituição Federal, na

medida em que, ao permitir a realização das referidas obras, desconfigura a Praça General Osório, afeta a sua originalidade e singularidade, descumprindo seu dever de preservação do patrimônio histórico e cultural da cidade”. Destacou a própria responsabilidade do ente municipal quanto ao acautelamento do patrimônio cultural local, subsumida no artigo 30, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, além dos dispositivos constitucionais específicos que impõem ao Estado como um todo a preservação do patrimônio, de modo que o ente público não pode se isentar de cumprir tal dever (BRASIL, 2023, p. 3-5).

O descaso municipal, como o verificado no caso, é recorrente e relega a ideia de que o patrimônio cultural é um bem de interesse da coletividade, acepção esta inserta no viés cultural da sustentabilidade. No atual estágio civilizatório, compreende-se que a cultura é um dos valores mais elevados, de modo que é inadmissível a conduta do Estado que vá de encontro e ponha abaixo o patrimônio, um dos corolários mais palpáveis da cultura (MOREIRA NETO, 1996, p. 282). O julgado analisado denota mais uma situação em que solução para a restauração do patrimônio cultural ignorado pelo Município só foi encontrada a partir da provocação do Poder Judiciário e com a incidência direta do texto constitucional.

Na Apelação Cível nº 70071423750, julgada em 09 de agosto de 2017, chegou à Vigésima Primeira Câmara do TJ-RS o caso da “Casa Azul”, imóvel de relevante valor histórico-cultural situado no centro da Cidade de Porto Alegre/RS, contudo sem processo de tombamento levado a cabo pelo Poder Público. O Relator, Desembargador Marcelo Bandeira Pereira, destacou a celeuma envolvendo o prédio, objeto de discussão entre os herdeiros do imóvel e também entre estes e o Município. O recurso adveio de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado, buscando medidas judiciais em face do ente público municipal e dos proprietários para restauração do prédio, cuja situação de desleixo e deterioração ficou evidenciada nos autos, cogitando-se inclusive de sua iminente ruína. O magistrado afastou a alegação dos proprietários de que não teriam recursos para efetuar a restauração da Casa Azul, referindo que nesse caso bastaria buscar junto à Prefeitura da Cidade os recursos necessários, uma vez que é isso que a lei determina, pelo menos para realizar as reformas mais essenciais e assim evitar o desmoronamento. Por outro lado, também rechaçou os argumentos do Município no decorrer do processo, que apenas demonstraram que as providências adotadas pelo ente público não foram suficientes, sendo as condições do prédio por ocasião do julgamento “absolutamente deploráveis” (BRASIL, 2017, p. 5-8; 17-20).

O ente municipal argumentou que, como não houve tombamento do imóvel, não haveria como este ser determinado, mesmo que por via oblíqua para conseguir a restauração

do imóvel, mediante ação judicial. Ou seja, tentou o Poder Público se valer do argumento de que, como não tombou a Casa Azul, não poderia ser obrigado a restaurá-lo, responsabilidade esta que só poderia ser imputada aos particulares proprietários, por previsão do Código de Edificações de Porto Alegre (Lei Complementar Municipal nº 284/1992). Ocorre que a relevância histórico-cultural do imóvel foi atestada por outros documentos públicos, como um Inventário do Patrimônio Cultural de Bens Imóveis do Bairro Centro, no ano de 2008, tendo sido também arrolado como bem de interesse sociocultural para fins de preservação, nos termos da legislação municipal de Porto Alegre. Além disso, destacou o Relator do caso que a circunstância de o bem não ser tombado não exime automaticamente o Poder Público do dever de preservá-lo e além disso, assegurar a função social da propriedade ligada à preservação do meio-ambiente cultural. Nesse sentido, citou todos os dispositivos constitucionais atinentes à proteção do patrimônio cultural incidentes no caso concreto, referindo inclusive que estar prevalecem sobre o Código de Edificações da cidade, até porque o patrimônio cultural é direito fundamental difuso, isto é, pertence à toda a coletividade, de modo que não se pode impor tão somente aos proprietários do imóvel o ônus de conservação desse patrimônio ao longo de décadas. Tendo em vista que o imóvel estava a ponto de ruir, destacou o Desembargador que medidas de segurança deveriam ser adotadas pelo Município para que, ao providenciar a restauração da Casa Azul, na medida do possível, garantisse também a incolumidade dos pedestres, por estar o prédio situado na área central da Capital gaúcha. Negou portanto que o imóvel teria de ser sumariamente demolido em razão do seu estado, devendo ser privilegiados, sempre que haja tal possibilidade, o dever de preservação do patrimônio cultural pelo Município e a função social da propriedade, que é evidente quando esta é considerada patrimônio (BRASIL, 2017, p. 23-29).

Depreende-se do caso que o magistrado optou por dar prevalência aos preceitos constitucionais relacionados ao patrimônio cultural e à sustentabilidade no caso em julgamento, citando inclusive o papel que a função social da propriedade tem a desempenhar quando se trata de um bem culturalmente relevante. Aplicando tais dispositivos da Constituição, pôde afastar a incidência no caso do Código de Edificações de Porto Alegre/RS, que impõe ao proprietário, e tão somente a este, a restauração/demolição do seu imóvel privado, a depender do seu estado, bem como a argumentação de que, não havendo ato de tombamento do imóvel, não haveria obrigação de restauração do ente municipal. Correspondeu o comando judicial, nesse sentido, a um verdadeiro tombamento pela via do Poder Judiciário - cuja possibilidade foi inclusive afirmada no acórdão -, aplicando-se diretamente o dispositivo da Constituição que faz alusão a esse instrumento de tutela do

patrimônio, em detrimento das legislações adversas e da omissão administrativa, conflitantes no caso concreto com o texto constitucional (BRASIL, 2017, p. 31-32).

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), 4 julgados foram encontrados a partir da pesquisa no sítio eletrônico do tribunal. Dentre eles está o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5054267-56.2021.8.24.0000, julgado em 01 de março de 2023, curiosamente suscitado para declarar a inconstitucionalidade de lei em sede de mandado de segurança coletivo em caso envolvendo o sopesamento de duas práticas consideradas patrimônio cultural imaterial na cidade de Florianópolis/SC, a saber, a prática do surfe por praticantes do esporte e a pesca da tainha por pescadores tradicionais (BRASIL, 2023, p. 1-3). Relembre-se que o IAC é um instrumento processual típico do controle difuso de constitucionalidade, previsto no artigo 948 do Código de Processo Civil em obediência à cláusula de reserva de plenário subsumida na Constituição (artigo 97), em que órgão fracionário do tribunal suscita manifestação do órgão especial da corte, a fim de que este realize no caso concreto a fiscalização da constitucionalidade de lei ou ato normativo, todavia, a análise da constitucionalidade da lei pelo pleno é feita em abstrato, servindo a decisão de precedente obrigatório (CUNHA; DIDIER, 2016, p. 675).

No caso mencionado, o incidente foi suscitado pela Segunda Câmara de Direito Público do TJSC, a partir de mandado de segurança coletivo impetrado por entidades representantes dos interesses de praticantes do surfe, esporte tradicional na ilha de Florianópolis, questionando a restrição à prática do esporte instituída pela Lei Municipal nº 10.020/2016, que ampliou o prazo referente à proibição da prática do esporte anualmente, bem como alterou o elenco de praias do Município em que o esporte é permitido por vedado, tendo em consideração a época de pesca artesanal da tainha na ilha. O IAC em questão tinha por fundo, então, a declaração de inconstitucionalidade da referida lei por criar restrição demasiada ao aludido esporte, conferindo tratamento desigual a surfistas e pescadores. Pontuou o Desembargador Relator Saul Steil que a questão já havia sido analisada pelo tribunal em 1998, quando o tribunal reconheceu a inconstitucionalidade da lei municipal de Garopaba que proibia sumariamente a prática do surfe em período de pesca. Contudo, desde então a questão tomou contornos diferentes, sobretudo considerando que a pesca artesanal da tainha passou a ser considerada patrimônio cultural imaterial do Estado, digna também de proteção, ensejando nova análise do mérito, com reconhecimento de que a restrição legal e o balanceamento dos interesses em jogo se deu de forma constitucional pela legislação. Aludiu que a prática do surfe é incompatível, quando feita de modo concomitante, com a pesca de arrasto, em que há o uso de redes e anilhas pelos pescadores. A presença de surfistas nas

praias espanta cardumes de tainha, sendo desnecessário dizer que a movimentação das águas e o barulho das pranchas afasta os peixes e atrapalha a pesca. Do mesmo modo, a presença de redes no mar atrapalha a locomoção dos surfistas. Não obstante o conflito de interesses, o sopesamento de direitos, no caso concreto, se deu de maneira legítima pelo Poder Legislativo, não havendo inconstitucionalidade na restrição temporal ao surfe (BRASIL, 2023, p. 9-10).

Nesse sentido, fundamentou o magistrado acerca da importância e do valor imemorial da pesca artesanal para a cultura do Estado de Santa Catarina:

(...) é desnecessária larga digressão para reconhecer o interesse local presente na preservação da pesca artesanal da tainha em Florianópolis, que tem, nessa espécie de peixe, um dos marcos constitutivos da cultura e da identidade locais. Sabe-se, e a experiência comum dispensa a necessidade de prova documentada, que a pesca da tainha é relevante não apenas para a subsistência dos pescadores artesanais da cidade, mas fomenta o ecoturismo e o turismo gastronômico neste Município conhecido em todo o País por suas praias, mares e gastronomia de frutos do mar, contribuindo para a economia local. Anote-se que o Município tem, em seu calendário oficial, inclusive previsão do Dia da Abertura da Pesca da Tainha (15 de maio) e o Dia do Pescador Artesanal (29 de junho) - este, e não por acaso, em meio ao período da pesca da tainha -, conforme o Anexo da Lei Municipal n. 10.482/2019, além de sediar periodicamente a Festa da Tainha.

Ademais, a pesca artesanal da tainha é reconhecida como patrimônio cultural do Estado de Santa Catarina desde 2012 (Lei Estadual n. 15.922/2012, consolidada no Anexo I da Lei Estadual n. 17.565/2018), decorrendo da tradição histórica indígena repassada aos açorianos, tendo, aliás, a comunidade pesqueira da Praia do Campeche, nesta Capital, recebido o respectivo certificado emitido pela Fundação Catarinense de Cultura, na forma do Decreto Estadual n. 2.504/2004, no ano de 2017. (BRASIL, 2023, p. 6-7)

Considerando tais circunstâncias, o magistrado votou em sentido de que seria a norma constitucional, voto este seguido pelos pares. Todavia, optou por realizar a técnica de controle de interpretação conforme a Constituição, buscando equacionar os direitos e evitar situações inconstitucionais, além de conflitos concretos. Destacou que, para se perfectibilizar a proibição aos surfistas, é impositiva a utilização do sistema de bandeiras nas praias, com o intuito de sinalizar que ali há a realização da pesca, dentro do prazo previsto na lei. Dessa forma, a identificação da prática da pesca no período subsumido na legislação deve ser feita com a colocação de bandeiras nos locais ocupados pelos pescadores artesanais, sem as quais os surfistas, de qualquer forma, poderão praticar o esporte. Assim, na execução da lei, não se pode impor sanções pela prática do esporte quando e onde não haja manifestação da atividade pesqueira tradicional (BRASIL, 2023, p. 12-13).

Uma importante corte judiciária para se realizar a pesquisa é o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), cuja competência territorial compreende não só o Distrito Federal (e assim a Capital Federal Brasília), mas também Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro Oeste, a saber, Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão,

Mato Grosso, Minas Gerais (antes da criação do TRF6), Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins, sendo de sua alçada julgar casos envolvendo direitos indígenas e entidades autárquicas federais que representam a proteção da biodiversidade e de comunidades tradicionais, no interior de toda a área mencionada (BRASIL, *on-line*). No sítio eletrônico do tribunal, 72 resultados foram encontrados para a pesquisa com base nos termos fixados, abrangendo apelações, remessas necessárias e agravos de instrumento.

Caso interessante é o das Apelações Cíveis e Remessa Necessária nº 1013955-95.2019.4.01.3801, da Quinta Turma do TRF1, julgado em 13 de julho de 2022, que envolveu não somente o reconhecimento de omissão concreta inconstitucional do Instituto Nacional da Reforma Agrária - INCRA, mas também a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003, tratando sobre a situação da regularização fundiária de terras pertencentes a comunidades quilombolas, especificamente a Comunidade Cachoeirinha, situada no Município de Santos Dumont, em Minas Gerais. No caso em questão, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em face da aludida autarquia e da União, em razão da omissão na certificação da terra quilombola, a qual é considerada, junto de todas as demais, patrimônio cultural brasileiro, por expressa disposição constitucional contida no parágrafo 5º do artigo 216 da Constituição Federal de 1988, que contempla o caráter imaterial e material da cultura dessas comunidades, bem como a essencialidade de suas terras para a produção cultural (BRASIL, 2022, p. 35-37). No caso, o Desembargador Antonio de Souza Prudente, após discorrer acerca do valor das comunidades quilombolas como patrimônio cultural protegido constitucionalmente, registrou ser evidente a omissão da autarquia ao certificar isso concretamente, mesmo após documento emitido pela Fundação Cultural Palmares comprovando que se trata de terra ocupada por comunidade de remanescentes de quilombos. Nesse sentido, registrou ser

flagrante a omissão da autarquia promovida no tocante à prática dos atos administrativos necessários à conclusão do procedimento administrativo para fins de certificação das terras ocupadas pela Comunidade Cachoeirinha, localizada no Município de Santos Dumont/MG, tendo em vista que, a despeito da instauração perante o INCRA do procedimento administrativo nº 54170.002458/2008-36, junto àquele órgão, em 2008, com Certidão de Auto-Reconhecimento, atestada pela Fundação Cultural Palmares, em 17/04/2008, sendo que, até o momento, não há nos autos sequer o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID), bem como não foi concluída a fase de identificação e delimitação do território reivindicado, a caracterizar o descaso no cumprimento de suas funções institucionais, não se podendo admitir que dificuldades de ordem operacional possam servir de óbice ao exercício pleno do direito assegurado às referidas comunidades em nossa Carta Magna, desde o ano de 1988, portanto, há mais de três décadas, sem que se conclua a sua regularização fundiária (...) (BRASIL, 2022, p. 25).



Reconheceu-se, portanto, a mora administrativa violadora da Constituição Federal, em caso no qual a autarquia competente ficou por mais de 14 anos sem certificar o direito da comunidade quilombola referida. A partir disso, inclusive, se afastou o argumento sustentado pelo INCRA sobre haver uma afronta à separação de Poderes, pela indevida intromissão do Poder Judiciário na concretização das políticas da entidade, manifestando-se o acórdão no sentido de que o poder jurisdicional pode corrigir a atividade administrativa quando esta se mostrar ilegal e inconstitucional, o que se denotou de maneira flagrante no caso pela ausência de providências do Instituto. Nesse ponto, asseverou o magistrado “não se tratar de ingerência da atividade jurisdicional sobre as atribuições da Administração Pública, mas sim, de atuação firme do Poder Judiciário, no sentido de que o Poder Público cumpra com o seu dever, previsto em nossa Carta Magna” (BRASIL, 2022, p. 11). Com isso, permite-se ordem judicial para a elaboração e conclusão dos procedimentos administrativos dentro de prazo razoável, com a finalidade de tutelar o patrimônio cultural específico dos remanescentes dos quilombos. (BRASIL, 2022, p. 34).

A decisão examinada lida com a grave questão da omissão dos Poderes Públicos no campo da proteção ao patrimônio cultural, sanada por ação judicial coletiva. A propósito, nesse âmbito, a ação civil pública, cuja difusão é marcante no cenário brasileiro, cumpre papel de instrumento para se tratar, na seara judiciária, de grandes questões de interesse social, que muitas vezes levam o Poder Judiciário a se afirmar como poder, suprimindo omissões e exercendo a jurisdição constitucional (CAMARGO FERRAZ, 1995, p. 69).

Caso que merece destaque no âmbito do TRF1, igualmente, é o da Ação Civil Pública nº 1000351-03.2020.4.01.3908, cujo requerimento de tutela de urgência foi analisado pela Vara Federal Cível e Criminal da Subseção Judiciária de Itaituba, no Pará, em 20 de maio de 2020, tendo a Juíza Federal Sandra Maria Correia da Silva proferido decisão interlocutória realizando o controle difuso de constitucionalidade. A ação coletiva foi ajuizada pelo Instituto Sócio Ambiental Florianativa - ISAF em face da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, buscando impedir a realização de obras concernentes à construção da Ferrovia do Ferrogrão, dentro da área do Parque Nacional do Jamanxim, parque este considerado unidade de conservação conforme o Código Florestal e que de forma recorrente sofre com conflitos atinentes ao desmatamento, à grilagem e ao garimpo, envolvendo inclusive as comunidades indígenas Munduruku, Kayapó e Apiaká, assentadas há gerações na localidade. Requereu a associação de defesa da sociobiodiversidade a suspensão dos efeitos da Medida Provisória nº 758, de 2016, convertida na Lei nº 13.452/17, assim como ordem judicial para determinar à ANTT a alteração dos traçados da estrada de ferro (trechos B1 e B2) que invadem área do

Parque Nacional do Jamanxim, constantes dos estudos técnicos aprovados pela sua Diretoria Colegiada, como na Deliberação ANTT 76/2019 (BRASIL, 2020, p. 1-2; G1, 2023, *on-line*).

O ISAF postulou, nesse sentido, fosse reconhecida inconstitucionalidade da Lei nº 13.452/17, que alterou os limites do referido Parque Nacional e instituiu, no lugar, áreas de proteção ambiental, com vistas a abrandar a proteção da sociobiodiversidade em toda a região e permitir, ao fim e ao cabo, a construção de ferrovias da forma como buscada pela autarquia federal de transportes terrestres. A autarquia, por seu turno, alegou a inadequação da via eleita, sustentando que o pedido equivaleria à declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado, o que é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, havendo, no caso, usurpação da corte constitucional. A Juíza do caso, ao proferir a decisão interlocutória, afastou tal argumento, inteirando que se trata de pedido incidental de inconstitucionalidade, podendo ser realizado, assim, pela primeira instância, e também em ações coletivas, conforme a própria jurisprudência do STF:

A inconstitucionalidade da MP 758/2016, convertida na Lei nº 13.452/2017, não é o pedido da ação (objeto), mas a causa de pedir. O pedido consiste na alteração do traçado da Ferrogrão que invade uma Unidade de Conservação, tendo em vista a inconstitucionalidade da lei que suprimiu o referido trecho, por onde passará a ferrovia, da área de reserva ambiental.

Ademais verifica-se que a controvérsia constitucional se qualifica como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal – alteração do traçado da ferrovia.

Nesse contexto, entendo que o controle de constitucionalidade requerido pelo autor se trata de controle difuso, que pode ser realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário, quando a declaração de inconstitucionalidade se dá de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame de mérito.

Por fim, a jurisprudência dominante do STF construiu-se no sentido de admitir a possibilidade de se pleitear a inconstitucionalidade de lei ou ato no bojo das ações coletivas, desde que de forma incidental. (BRASIL, 2020, p. 2-4).

A magistrada ainda teceu apontamentos sobre o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, com vistas a fundamentar o seu juízo de inconstitucionalidade da lei no caso concreto. Declarou, por fim, de maneira incidental, a inconstitucionalidade da referida legislação, concedendo a tutela buscada pelo Instituto Sócio Ambiental Floranativa e impedindo, durante o trâmite da lide, a continuidade do empreendimento desenvolvido com o aval da ANTT, dentro de área do Parque Nacional do Jamanxim (BRASIL, 2020, p. 11-12).

Não obstante a decisão da magistrada, que se coaduna com os preceitos constitucionais do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da preservação do patrimônio cultural - sustentabilidade cultural -, sobretudo das comunidades indígenas existentes na área, o seu juízo de inconstitucionalidade da referida lei veio a ser revertido em segunda instância, por meio do Agravo de Instrumento nº 1018811-25.2020.4.01.0000, da ANTT (BRASIL,

2020, *on-line*). De todo o modo, posteriormente, no ano de 2021, o STF foi provocado em sede de controle concentrado (Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 6553) sobre o mesmo caso, tendo determinado a suspensão liminar dos efeitos da aludida lei, inclusive sob o argumento de que o parque nacional, habitado por variados povos indígenas, é patrimônio cultural imaterial, corroborando a decisão anterior da magistrada (BRASIL, 2023, *on-line*).

Independentemente do resultado, pode-se denotar as potencialidades advindas do controle incidental no caso, com a finalidade de proteção do patrimônio cultural de comunidades tradicionais, à luz da sustentabilidade cultural abarcada pelo texto constitucional. Por meio do instrumento, se possibilitou negar a aplicação de norma cuja incidência tem caráter inconstitucional, como verificado na hipótese em que a lei materializou a redução de área de Parque Nacional para tornar viável a construção de ferrovia - intuito econômico -, em prejuízo evidente aos povos e à cultura do local. Além disso, o controle incidental propiciou a tomada de medidas concretas, impedindo que o empreendimento avançasse sobre a área de unidade de conservação sob o manto da legalidade.

No Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), que abrange a maioria dos estados do Nordeste, 11 julgados surgiram como resultado da pesquisa no sítio eletrônico da corte, dentre eles apelações cíveis, remessas necessárias e agravos de instrumento. Nesse tribunal, revela-se pertinente a Apelação Cível nº 0800526-07.2016.4.05.8500, proveniente de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN e a União, julgada em 19 de julho de 2018. O MPF sustentou a inconstitucionalidade conjugada da Portaria Interministerial nº 60/2015 com a Instrução Normativa nº 01/2015 do IPHAN, em razão de proteção insuficiente ao patrimônio cultural brasileiro tal como estabelecido na Constituição Federal. A partir da aplicação dos referidos atos normativos, que disciplinam a atuação da autarquia cultural no âmbito de processos de licenciamento do IBAMA, segundo o MPF, ficaram sem proteção diversos bens culturais, como os inventariados e as paisagens culturais chanceladas. Os empreendimentos que necessitassem de licenciamento ambiental do IBAMA, e que envolvessem o patrimônio cultural materializado por inventário ou paisagem cultural dispensaria, à luz dos atos normativos, o exame técnico do IPHAN. Nesse sentido, postulou o Ministério Público que fossem incluídos na proteção conferida pela Portaria Interministerial n. 60/2015 e IN n. 001/2015 todos os bens cuja proteção afirmou ter sido negligenciada, bem como que se implementem as medidas administrativas consectárias de tal inclusão (BRASIL, 2018, p. 1-2). O IPHAN argumentou se tratar de controle concentrado, inviável pela via da ACP, escolhida pelo MPF, e também sustentou que o inventário e a paisagem cultural não seriam figuras

autônomas de proteção ao patrimônio cultural, mas sim meios para a configuração de outros instrumentos, como o tombamento. Salientou que o direito brasileiro não contempla a figura do inventário de preservação, mas somente o inventário de conhecimento, e que os únicos bens formalmente inventariados no Brasil são as línguas representantes da diversidade linguística nacional, insuscetíveis, de qualquer forma, de serem afetadas por empreendimentos que precisem de licenciamento ambiental (BRASIL 2018, p. 7-8).

O Desembargador Federal Rogério Roberto Gonçalves de Abreu, Relator, registrou que o caso tratava-se de controle difuso de constitucionalidade, com pedido condenatório, não havendo que se falar em via processual inadequada, uma vez que a ACP pode servir a essa espécie de fiscalização, conforme a jurisprudência do STF. Salientou que, de fato, o inventário de preservação é figura inexistente no direito brasileiro, que só recepciona o inventário de conhecimento, pelo que não faria sentido a sua inclusão nos referidos atos normativos para maior proteção do patrimônio, à luz do texto constitucional (nesse ponto, modificou a sentença da instância inicial). Contudo, acatou o argumento do MPF no sentido que as paisagens culturais chanceladas são instrumentos autônomos de preservação do patrimônio cultural brasileiro, e a dispensa de exame do IPHAN em processos de licenciamento ambiental do IBAMA, envolvendo esses bens, configura certamente proteção insuficiente ao patrimônio cultural tal como estipulado pela Constituição de 1988 (BRASIL, 2018, p. 8). A propósito, o próprio IPHAN preocupa-se em conceituar a paisagem cultural chancelada, que, diferentemente de bens tombados, tem forte jaez imaterial:

Compõem a paisagem cultural o sertanejo e a Caatinga, o candango e o Cerrado, o Pantanal e o boiadeiro, o gaúcho e os pampas, o pescador e os barcos tradicionais, as tradições da mata e as tribos indígenas. Outros tantos personagens e lugares formam o painel das riquezas culturais brasileiras, destacando-se a relação exemplar entre homem e natureza.

Dessa relação surge outra característica fundamental da paisagem cultural: a ocorrência, em determinada fração territorial, do convívio entre a natureza, os espaços construídos e ocupados, os modos de produção e as atividades culturais e sociais, numa relação complementar capaz de estabelecer uma identidade que não possa ser conferida por qualquer um desses elementos isoladamente (INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, *on-line*).

Vê-se que tais bens culturais ficariam sem a devida tutela estabelecida pelos atos normativos referidos, pelo que se fez necessário o controle difuso no caso em julgamento para que o IPHAN incluísse, no rol regulamentar de bens culturais, a paisagem cultural chancelada, protegendo-as à luz da noção de patrimônio acolhida pela Constituição Federal de 1988. Forçou-se, assim, a manifestação da autarquia em processos de licenciamento do IBAMA, relacionados a empreendimentos que afetam essa espécie de patrimônio imaterial,

medida compatível com o que se entende por sustentabilidade cultural. No que tange aos bens objeto de inventário, contudo, optou-se por limitar a extensão do texto constitucional.

A questão relacionada ao inventário e à sua condição de instrumento autônomo de proteção do patrimônio não é unânime jurisprudencialmente, o que se pode demonstrar mediante a pesquisa em tribunal diverso. No Tribunal de Justiça do Estado do Amapá (TJAP), em que foram encontrados no sítio eletrônico da corte 6 casos utilizando-se dos critérios de pesquisa estabelecidos - apelações cíveis, remessas necessárias e um recurso inominado -, há julgado que profere decisão mais condizente com as acepções de patrimônio e sustentabilidade culturais, tais como trabalhadas no segundo capítulo deste estudo, no que diz respeito ao inventário. É o caso da Apelação Cível e Remessa Necessária nº 0062638-52.2016.8.03.0001, envolvendo o valor cultural do Centro de Educação Profissional em Artes Visuais Cândido Portinari, de Macapá/AP (BRASIL, 2023, p. 2-4).

No caso, o Ministério Público do Estado do Amapá ajuizou ação civil pública em face do respectivo Estado e de construtora por ele contratada, com o fim de reconhecer o valor cultural da referida Escola de Artes Cândido Portinari - com base em inventário prévio feito pelo IPHAN -, bem como para determinar a abstenção do ente federativo em destinar o imóvel a fim outro que não atrelado à natureza cultural do bem, tendo apelado da sentença de primeira instância que julgou improcedente a ação (BRASIL, 2023, p. 2-4). Em 6 de julho de 2023, a Câmara Única do TJAP, mediante voto do Relator do caso, Desembargador Gilberto Pinheiro, manifestou-se no sentido de reformar a sentença, para o fim de certificar o valor cultural do bem, tendo em vista se tratar de objeto de inventário, determinando inclusive que a destinação da escola deveria se dar de forma compatível com sua relevância histórica, cultural e educacional. Acerca do instrumento do inventário, o magistrado asseverou que o mecanismo dispensa regulamento infraconstitucional, cuidando-se de aplicação direta de instrumento previsto na Constituição com a finalidade de salvaguardar um direito fundamental que é o patrimônio cultural (BRASIL, 2023, p. 6-7). Assim destacou no seu voto:

(...) é sabido que o imóvel, objeto da presente demanda, situado na Av. Raimundo Álvares da Costa, bairro Central, no município de Macapá-AP, não é tombado. Entretanto, como mencionado, a proteção do patrimônio histórico-cultural não ocorre exclusivamente através deste instrumento. Como demonstrado nos autos, o bem é inventariado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, garantindo o direito fundamental ao patrimônio cultural de maneira autônoma e autoaplicável, por mais que não haja a edição de ato infraconstitucional para sua utilização. Com efeito, a ausência de legislação infraconstitucional acerca do procedimento necessário para a sua consolidação não o invalida como instrumento de origem e sede constitucional (expressamente mencionado no art. 216, CF), uma vez que o patrimônio cultural é considerado um dos direitos fundamentais do cidadão, e, portanto, possibilita uma aplicação direta do dispositivo maior.

(...)

O inventário visa identificar e registrar/relacionar os bens dignos e carentes da proteção estatal. É verdade que a ausência de lei infraconstitucional que regulamenta o instituto o fragiliza, mas este nunca será um empecilho legal para a sua aplicação, como vem sendo largamente utilizada. Há inúmeras hipóteses de direitos com previsão constitucional e que, segundo o STF, independem de lei para a sua implementação direta, como o próprio inventário. (BRASIL, 2023, p. 8-9)

A partir do caso, se infere que foi pela via do controle judicial - de constitucionalidade - que se pôde dar ao inventário a devida amplitude de proteção tal como estabelecido na Constituição Federal, mediante aplicação direta. Afinal, a discussão envolve justamente a ausência de ato infraconstitucional que regulamente esse instrumento previsto no artigo 216, parágrafo 1º do texto constitucional, em que pese seja frequentemente usado por entidades de proteção ao patrimônio cultural, como o IPHAN. Nesse sentido também se mostra pertinente a jurisdição constitucional difusa, muito embora não haja, no caso, o controle propriamente dito de lei ou ato normativo, mas sim o suprimento de uma lacuna infraconstitucional, otimizando-se o valor normativo da Constituição a partir de uma jurisdição constitucional baseada em uma visão adequada e ampla do patrimônio cultural.

A seguir, se passará a discorrer sobre as conclusões que se retiram dos julgados objeto de exame, tendo em vista a noção de sustentabilidade cultural já vista. Por ora, pode-se notar que a utilização do controle difuso de constitucionalidade no âmbito do patrimônio cultural oferece amplas possibilidades, que vão desde a defesa do patrimônio material e imaterial mediante invalidação em concreto de atos normativos, até a própria ingerência do Poder Judiciário nas demais esferas do Estado, com o fito de concretizar o direito fundamental relegado pelo Poder Público. Não obstante as aparentes vantagens do mecanismo, é pertinente consignar que não foram encontrados casos envolvendo diretamente a problemática atinente à aplicação nefasta do regime de propriedade intelectual no campo do patrimônio cultural, conforme verificado no capítulo 2. Outrossim, ainda se vê em determinadas manifestações judiciais certa resistência no exercício da fiscalização difusa, o que ocorre inclusive por reforma, em segundo grau de jurisdição, de sentenças consonantes com a proteção da sustentabilidade mediante tutela do patrimônio.

### 3.2 POSSIBILIDADES ADVINDAS DO CONTROLE JUDICIAL DIFUSO PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL: O QUE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL RESERVA PARA A SUSTENTABILIDADE CULTURAL?

Amplas são as possibilidades de uso do controle judicial difuso de constitucionalidade com vistas a proteger determinado dispositivo constitucional. Como se

viu, as Constituições, no decorrer do último século e já no século XXI, abarcaram toda sorte de princípios e direitos, resultado de lutas sociais ou reivindicações políticas, econômicas e culturais. Decorrência lógica desse fenômeno foi o aumento do poder jurisdicional no que tange ao controle de constitucionalidade, uma vez que, ao se incrementar o texto constitucional aumentaram, também, os fundamentos pelos quais um juiz pode afastar a incidência de uma lei para dar maior efetividade ao texto constitucional, de maior hierarquia. A amplitude dessa prerrogativa do Poder Judiciário foi visualizada, na prática, no subcapítulo anterior, a partir de julgamentos proferidos por diversas cortes brasileiras, que direta ou indiretamente fizeram uso do controle judicial para dar efetiva proteção ao patrimônio cultural brasileiro e assim promover a sustentabilidade cultural.

Nessa linha, rememora-se que quanto aos direitos culturais, a leitura sistêmica da Constituição Federal se faz impositiva, uma vez que a proteção destes, por meio da tutela do patrimônio respectivo, está intrinsecamente relacionada à defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, fundamento constitucional da sustentabilidade, precisamente quando estão envolvidos os direitos das comunidades tradicionais, aos quais se deve um especial olhar. A existência conjunta de tais preceitos - patrimônio cultural e a proteção do meio ambiente ecologicamente ideal - reforça a necessidade de diálogo entre eles, com vistas a efetivar os princípios-valores insculpidos na Constituição (OLIVEIRA, 2017, p. 186).

Em tal conjuntura, a jurisdição constitucional, especialmente a vertente difusa, desempenha um papel importante na materialização dos valores constitucionais ligados ao meio ambiente, à cultura e ao patrimônio, precisamente em situações nas quais a atuação das searas executiva e legislativa do Estado se dá de forma contrária ao que estabelece o texto constitucional. Nessa direção, convém reproduzir a apropriada afirmação de Sarlet e Fensterseifer (2021, p. 698):

(...) todos os poderes estatais, representados pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário, estão constitucionalmente obrigados, na forma de deveres de proteção e promoção ambiental, a atuar, no âmbito da sua esfera constitucional de competências, sempre no sentido de obter a maior eficácia e efetividade possível dos direitos e deveres fundamentais ecológicos. (...) A não adoção de tais medidas protetivas – legislativas e executivas – por parte do Estado, no sentido de assegurar a eficácia e a efetividade do direito fundamental em questão, resulta em prática inconstitucional, passível de controle judicial, tanto sob a via abstrata quanto difusa.

Com isso, se destaca a atuação que o poder jurisdicional do Estado deve ter ao enfrentar questões relacionadas à ecologia e, nessa seara, ao patrimônio cultural. O controle judicial, conforme tratado, é um dos tantos instrumentos jurídicos possíveis e necessários contra atos normativos que infringem concretamente a Constituição, ao possibilitar, por

exemplo, a apropriação indevida do patrimônio (conhecimento tradicional) para fins comerciais, como no caso relacionado ao regime de propriedade intelectual vigente. Ainda, é ferramenta útil para colocar fim à inércia legislativa e administrativa, buscando a efetividade máxima do preceito de proteção ao patrimônio cultural.

No que se relaciona aos julgamentos examinados no presente estudo, verifica-se como o Poder Judiciário, de primeira à última instância, pode se valer da ferramenta do controle de constitucionalidade para concretizar a preservação do patrimônio cultural material e imaterial. A jurisdição constitucional, nesse núcleo, pode contribuir para o desenvolvimento sustentável e a sustentabilidade cultural, na medida em que o patrimônio produzido pelos diversos grupos formadores da sociedade brasileira insere-se no conceito de sustentabilidade.

Nessa linha, não mais se admite a postura passiva do juiz e do Poder Judiciário como um todo no que diz respeito à proteção do patrimônio cultural - que como referido constitui um direito fundamental -, havendo um dever de proteção concreta a tal direito, mesmo que para tanto deva-se exercer o controle de constitucionalidade. Conforme apontam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 108),

Dizer que a lei tem a sua substância moldada pela Constituição implica admitir que o juiz não é mais um funcionário público burocrata que objetiva solucionar os casos conflitivos mediante a afirmação do texto da lei, mas sim um agente do poder que, através da adequada interpretação da lei e do controle da sua constitucionalidade, tem o dever de definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.

Tendo em conta os casos acima analisados, pôde-se verificar como esse controle é realizado, tendo em conta os casos acima analisados. Diversos temas relacionados ao patrimônio cultural material e imaterial brasileiro podem ser objeto de judicialização mediante a suscitação do controle difuso. Assim, destacaram-se a proteção de terras indígenas (e assim dos seus costumes e saberes), a preservação de bens imateriais de certas populações, como pescadores e comunidades quilombolas, a tutela de bens materiais dotados de relevância cultural, a obstaculização à empreendimentos nefastos ao patrimônio cultural, e até mesmo a inclusão em atos normativos regulamentares de dispositivos consentâneos com a sustentabilidade cultural e a Constituição. A extensão da jurisdição constitucional é, dessa forma, bastante ampla, servindo para sanar diversas situações concretas que configurem inconstitucionalidade.

Não obstante, algumas questões se destacam a partir da pesquisa feita, como o fato de não haver, ao que tudo indica, julgamento envolvendo o regime de propriedade intelectual, que pode ser prejudicial ao patrimônio cultural (especialmente imaterial), consoante visto



anteriormente. Além disso, certa resistência no uso controle difuso ainda existe, materializada pela reforma de sentenças que fazem uso dessa ferramenta para proteger o patrimônio. Tais situações sugerem um Poder Judiciário ainda incipiente no que se refere ao potencial da jurisdição constitucional para promoção da sustentabilidade cultural.

Dessa forma, conforme ressalta Lenio Streck (2003, p. 82), a Constituição de 1988 pôs à disposição da comunidade jurídica o mais rico e completo sistema de fiscalização de constitucionalidade do planeta, em conjunto com Portugal (que também adota o sistema misto de controle). Assim, não se pode ignorar a extenso leque de ações constitucionais suscitadoras da provocação do exame da inconstitucionalidade de atos normativos em um certo caso concreto, como o mandado de segurança, a ação civil pública, o *habeas corpus* e o mandado de injunção, apenas para citar algumas.

Todavia, alerta o jurista que, nos anos posteriores à promulgação da Constituição, o exercício do controle incidental, em toda a sua amplitude e potencialidade, se mostrou aquém das expectativas. Em primeira instância de jurisdição, sobretudo, ainda é inexpressivo o número de juízes que se utilizam desse instrumento poderoso, que, consoante salienta, não se limita à mera rejeição de aplicação de leis inconstitucionais, mas também abarca outras espécies das chamadas “decisões interpretativas”, normalmente vinculadas ao controle concentrado, como a interpretação conforme o texto constitucional e a nulidade parcial sem redução de texto. Em sede de tribunais, ainda, também é ínfimo o número de incidentes de inconstitucionalidade (STRECK, 2003, p. 86).

Nessa toada, além de compreender as possibilidades advindas do controle difuso, deve-se entender as nuances que permeiam a problemática do patrimônio cultural hoje, um tema rodeado de tensões e interesses de diversos grupos. Ou seja, é necessário considerar o viés cultural da sustentabilidade, segundo tratado no capítulo 2. Nesse ponto, pertinente a colocação de Arantes (2009, p. 427):

Na realidade, a prática da preservação [do patrimônio] não legitima simplesmente sentidos socialmente atribuídos pela cultura comum e cotidiana a determinados aspectos da cultura, mas põe em prática os critérios, as concepções e os valores que são defendidos por técnicos e especialistas (arquitetos, urbanistas, historiadores, arqueólogos, antropólogos e geógrafos, entre outros). Conseqüentemente as decisões das instituições de preservação podem estar em desacordo – e não raramente estão – com os valores vigentes locais. Dessa forma, sentidos envolvendo coletividades mais abrangentes são sobrepostos a outros localmente atribuídos aos bens selecionados (religiosos, práticos, afetivos), pondo em contato e tensionando realidades de diferentes escalas: local, regional, nacional e, até, mundial (...)

O autor contextualiza os diversos interesses postos na construção do patrimônio cultural. Assim, perceber o motivo da primordialidade e dever constitucional de um

desenvolvimento sadio para as presentes e futuras gerações perpassa, no recorte cultural aqui realizado, compreender um emaranhado de subjetividades, que percebem e tomam suas decisões de preservação a partir de suas individualidades. O balanceamento de tais interesses é outro papel que cabe ao Poder Judiciário, como intérprete final do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, um dos campos jurídicos em que o controle de constitucionalidade foi, é e pode vir a ser aplicado, no Brasil, é o da tutela do patrimônio histórico e cultural, pois, como já se discorreu, tal direito foi introduzido na Constituição Federativa de 1988, possuindo caráter fundamental. Assim, ele pode servir de norte para a rejeição à aplicação ou mesmo para a declaração da invalidade de um determinado ato normativo, bem como reconhecimento de uma situação de omissão por parte dos Poderes Públicos. Para isso, todavia, é necessário um Judiciário ativo e ciente de suas competências e de seu papel, tal como possibilita o ordenamento inaugurado em 1988. Conforme leciona Mendes (2008, p. 2),

(...) Assim como os países ibero-americanos em geral, a jurisdição constitucional brasileira foi construída num ambiente constitucional democrático e republicano, apesar das interrupções causadas pelos regimes autoritários. Se as influências do modelo difuso de origem norte-americana foram decisivas para a adoção inicial de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral, o desenvolvimento das instituições democráticas acabou resultando num peculiar sistema de jurisdição constitucional, cujo desenho e organização reúnem, de forma híbrida, características marcantes de ambos os clássicos modelos de controle de constitucionalidade.

A Jurisdição Constitucional no Brasil pode ser hoje caracterizada pela originalidade e diversidade de instrumentos processuais destinados à fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público e à proteção dos direitos fundamentais, como o mandado de segurança – uma criação genuína do sistema constitucional brasileiro – o habeas corpus, o habeas data, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular.

Assim, mediante tais instrumentos procedimentais é possibilitado ao magistrado o exercício do amplo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, inclusive nas chamadas ações coletivas. Nestas, por sua vez, a tutela dos bens culturais torna-se campo fértil, muito embora ainda haja certa prudência em controlar certos atos do Poder Público para fins de uma proteção maior ao aludido direito fundamental.

O patrimônio cultural, como compreendido hoje, é a materialização da ideia de que grupos sociais de diversas dimensões detém bens e expressões culturais próprias, e que estas, sendo especiais a estes grupos, merecem proteção também especial, inclusive em face de interesses que procurem dismantelar sua integridade. Nessa medida, tem-se que a identidade cultural é um sistema de representação das próprias relações nutridas entre grupos e indivíduos, as quais são dinâmicas e volúveis, como uma construção continuada, que se

alimenta permanentemente de fontes existentes no tempo e no espaço e que não pode sofrer intervenções indevidas (MUSARRA; MARTINEZ, 2020, p. 85-89).

O ser humano, inserido nesse contexto, faz revelar traços de sua personalidade a partir da carga cultural que recebeu e que passa adiante, além de fatores propriamente particulares a ele. Assim, a pessoa humana e a devida atenção à sua dignidade perpassam a ideia de necessidade de reconhecimento, atenção, tolerância e assimilação das mais diversas formas de manifestação cultural. Tal percepção faz que compreendamos o papel da cultura na vida social, indo além da mera preservação material de monumentos, como antigamente (CUNHA, 2004, p. 3-4).

Tendo em conta esse entendimento, pode-se dizer que a proteção do patrimônio cultural, da preservação do material mas também do imaterial é, igualmente, um modo de se salvaguardar a dignidade da pessoa humana. Afinal, o ser humano só é realmente respeitado quando sua cultura e formação, bem como todo o processo dinâmico de construção da cultura, é também respeitado (CUNHA, 2004, p. 3-4).

É claro, todavia, que preceitos normativos - especialmente os infraconstitucionais - mostram-se incapazes de acompanhar todo esse processo evolutivo e construtivo da cultura. A evolução da sociedade naturalmente e a modificação de valores não podem ser acompanhados pelo legislador primário. Essa mobilidade social traz consigo a crescente necessidade de produção legislativa, adaptando-se aos novos padrões culturais e possibilitando a solução de novas formas de conflito. Na prática, todavia, inexistente uma elaboração eficaz de normas, precisamente quando consideradas à luz da Constituição e do interesse geral, fazendo-se pertinente a atuação criativa daquele que aplica o Direito concretamente, com vistas a otimizar a efetividade do texto constitucional (CUNHA, 2004, p. 37-39).

Por isso entende-se que o juiz e a jurisdição constitucional, na contemporaneidade, tem como função precípua a defesa de direitos fundamentais. Como referido no início do estudo, quando se decide judicialmente pela proteção mais efetiva a um direito de tal natureza, dificilmente pode-se contestar a legitimidade do juiz para decidir sobre tal questão. Isso é distinto de se afirmar que o controle de constitucionalidade concede liberdade de decisão demasiada ao Poder Judiciário, justamente porque essa é a função natural do magistrado. Conforme observado por Streck (2023, p. 592-593),

Uma visão moderada pode defender a jurisdição sem colocar os juízes como seres com um acesso privilegiado a verdades morais, mas apenas como profissionais mais treinados no uso do argumento de princípio para a resolução de casos concretos, manejando leis, precedentes e doutrinas a partir de critérios como coerência. Essa tese reconhece os limites cognitivos e motivacionais dos juízes, sem ignorar o

progresso social ocorrido desde que se submeteram os antigos soberanos absolutistas a controles por Cortes independentes.

Nessa medida, entende-se que a jurisdição constitucional deva ter uma postura ativa na preservação do patrimônio cultural, tal como foi demonstrado nos casos acima analisados. Em boa parte deles, deu-se preferência ao texto constitucional em detrimento da legislação infraconstitucional (ou da inexistência desta), em legítimo exercício do controle de constitucionalidade para a tutela de bens e manifestações culturais. Para além disso, contudo, defende-se que o controle difuso de constitucionalidade deva ser utilizado em outras searas e com mais afinco, dadas as inúmeras problemáticas que envolvem o patrimônio cultural atualmente, especialmente aqueles reconhecidos como conhecimentos tradicionais.

Em tal contexto, muito embora se admita que a defesa do patrimônio cultural ainda tem muito a amadurecer no cenário judiciário brasileiro, deve-se compreender o real papel que o Poder Judiciário exerce e pode exercer na atualidade (MARCHESAN, 2007, p. 239). O juiz deve se pautar pelos valores elencados na Constituição, já que tais interesses difusos criam e cultivam-se no bojo do texto constitucional, realizando o magistrado o papel de mediador entre sujeito e o ordenamento jurídico. Ainda, deve ter em mente o juiz que suas manifestações em processos judiciais são manifestações do poder estatal e, como tais, não devem ser pautadas pelo gosto pessoal ou idiossincrasias, mas sim nos valores dominantes do seu tempo, materializados na Constituição, sendo o Judiciário o canal de comunicação entre o universo valorativo da sociedade e as causas que conduz e em que profere julgamentos (DINAMARCO, 1988, p. 28).

A propósito, sobre a necessidade de postura proativa e contundente do Poder Judiciário, notadamente em casos vinculados à proteção da ecologia e sustentabilidade, se faz importante a colocação de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer (2021, p. 1.358):

Nos litígios judiciais ecológicos, como ocorre hoje de forma paradigmática na denominada litigância climática, os interesses em jogo transcendem os interesses das partes que compõem os polos ativo e passivo da relação processual em si. Para além dos interesses representados processualmente, dada a natureza difusa do bem jurídico ecológico e a depender da magnitude de eventual dano ambiental em causa, os interesses podem alcançar escala planetária ou global. A proteção da Floresta Amazônica, por exemplo, é um tema que traduz simbolicamente tal panorama. Ademais, não são apenas interesses e conflitos que envolvem pessoas que habitam outras regiões e países e mesmo de diferentes gerações (presentes e futuras), mas também interesses (e direitos?) de animais não humanos, entes naturais (rios, florestas, paisagens etc.) e da Natureza como um todo, na medida em que os sistemas jurídicos têm gradualmente reconhecido a sua proteção jurídica autônoma, ou seja, atribuindo a tais entes não humanos valor intrínseco e independentemente dos propósitos humanos. Isso, por sua vez, torna o Poder Judiciário uma espécie de “guardião” também dos interesses (e direitos?) “não representados pelas partes

processuais”, por exemplo, as futuras gerações, os animais não humanos e a Natureza em si.

Além de possibilitar a defesa direta de direitos fundamentais e, dentre eles, especificamente o patrimônio cultural, promovendo-se com isso a sustentabilidade nesse campo, é preciso também destacar o potencial existente na utilização do controle difuso de constitucionalidade no que diz respeito a litígios estratégicos relacionados com a preservação do patrimônio. Litígios dessa natureza tem como característica principal a busca, por intermédio do Poder Judiciário e de determinados casos paradigmáticos, realizar mudanças sociais. O litígio estratégico, nesse sentido, se relaciona ao amplo acesso à justiça, precisamente por grupos historicamente marginalizados, seja política, seja economicamente, sendo levados a juízo justamente por pessoas e entidades que buscam fomentar a discussão sobre determinado tema de repercussão significativa, prestando assessoria jurídica a comunidades populares e grupos ligados a movimentos sociais (CARDOSO, 2012, p. 41-45). Assim, o controle de constitucionalidade incidental pode ser considerado como um instrumento também para tais litígios, pois, como já visto, é de sua substância a existência de um Judiciário acessível, independente e também criativo.

Ao litigar estrategicamente no campo do patrimônio cultural, de mãos com o controle de constitucionalidade, possibilita-se a manifestação do Poder Judiciário sobre um tema que tem o potencial de transformação social, auxiliando na construção de precedentes judiciais nessa seara. Torna factível, também, o diálogo institucional, na gestão de políticas públicas já existentes no âmbito do Executivo (ou na imposição de sua criação), ou provocando a promulgação de normas pelo Legislativo. Nesse agir, portanto, se explora a capacidade de interpretação e produção do direito, ou seja, a margem criativa que as cortes judiciárias possuem e que é inerente à sua atividade (CARDOSO, 2012, p. 57-58).

Mesmo nos casos em que o Poder Judiciário mostra-se refratário ou restritivo na defesa de determinado direito ligado à proteção do patrimônio cultural, preferindo por exemplo preservar ao máximo a separação de poderes, relegando tais funções ao Executivo ou ao Legislativo, o litígio estratégico, através do controle de constitucionalidade, possui uma função a desempenhar. Isso porque, ao se provocar, por meio da fiscalização constitucional, a manifestação do Judiciário sobre tema de certa relevância (mesmo que local), se está, ainda que indiretamente, promovendo a sensibilização das cortes, educando-se juízes para uma linguagem jurídica específica ou adaptando-se respostas judiciais a certos problemas, como na formulação de políticas públicas. Significa dizer também que, nesses casos paradigmáticos, mesmo que a decisão judicial obtida seja improcedente ou de qualquer forma desfavorável,

tem-se um ganho em termos de tematização social, ao gerar debate e repercussão suficientes para mudanças futuras, seja no âmbito judiciário ou mesmo na seara legislativa ou de políticas públicas. Tais impactos independem da intervenção do Judiciário nos demais Poderes, sendo resultado da sensibilização e mobilização social ou mesmo midiática sobre a questão, a partir do litígio levado à Juízo inicialmente (CARDOSO, 2012, p. 58-60).

Dessa forma, mesmo em casos de improcedência, em que há a negativa jurisdicional em promover o controle de constitucionalidade para proteção do patrimônio cultural, tais ações possuem uma razão de ser. A partir da decisão judicial pode-se iniciar um fluxo de discussões sobre o tema, envolvendo inclusive a sustentabilidade cultural, apto a ensejar a mudança não pela via judicial de forma direta, mas sim pela via da mudança social. O controle de constitucionalidade difuso, assim, pode servir tanto de forma direta quanto indireta para a promoção do patrimônio dos mais variados grupos da sociedade brasileira.

Tendo em conta o que foi exposto, torna-se imperativo encarar a tutela do patrimônio cultural a partir da referida perspectiva transdisciplinar – ou holística –, cabendo ao Poder Judiciário avocar para o seu procedimento decisório, inclusive por meio da jurisdição constitucional (o que é possibilitado pelo ordenamento instituído em 1988), a tutela especial dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira, com a proteção de seu patrimônio material e imaterial, sobretudo aquele tratado como conhecimento tradicional, de modo a otimizar a sustentabilidade em seu viés cultural. Isso ocorre em paralelo aos demais mecanismos jurídicos e sociais mencionados neste estudo, e também quando estes se mostram insuficientes, ou ainda quando deixam de ser implementados pela autoridade competente quando esta possui o dever constitucional de zelo pelo patrimônio cultural.

## CONCLUSÕES

No decorrer das páginas deste estudo, buscou-se relacionar as temáticas de controle difuso de constitucionalidade, um importante elemento da jurisdição constitucional, e patrimônio cultural brasileiro, direito fundamental difuso das coletividades, de assento na Constituição Federal de 1988, considerando-se o viés da sustentabilidade cultural. A tentativa era responder ao problema principal proposto: se o controle difuso (incidental ou em concreto) de constitucionalidade pode ser elencado como um instrumento de proteção e tutela dos incontáveis patrimônios culturais materiais e imateriais do Brasil, e assim, como modo para se concretizar a sustentabilidade.

Com vistas a responder à questão, escolheu-se examinar casos julgados por cortes judiciárias envolvendo o controle incidental e o patrimônio cultural, tendo como marco temporal inicial o ano de 2008. Ao todo, foram selecionados 12 casos de sete tribunais brasileiros, utilizando-se dos campos de pesquisa de jurisprudência disponibilizados por eles, a partir dos quais alguns casos foram selecionados. Em todos os julgados, foram discutidas questões atinentes ao controle de constitucionalidade, em paralelo a discussões sobre a proteção do patrimônio cultural à luz do preceito constitucional.

Contudo, para se chegar ao cerne da pesquisa, de conteúdo mais restrito, mostrou-se essencial tratar de modo mais amplo tanto acerca do controle de constitucionalidade (precisamente o difuso) no Brasil, como sobre o tema da proteção aos bens e manifestações culturais, a partir da perspectiva cultural da sustentabilidade. Assim, dividiu-se o estudo em três capítulos principais: o primeiro, sobre a jurisdição constitucional difusa; o segundo, sobre o patrimônio cultural e como este pode servir para o alcance da sustentabilidade cultural; e o terceiro, tratando especificamente da análise de casos julgados pelo Poder Judiciário e as possibilidades advindas a partir destes e da correta utilização do controle de constitucionalidade para tutela da cultura e de bens culturais.

Inicialmente, assim, foi examinado o sistema de fiscalização constitucional existente no Brasil, bem como a amplitude do controle em concreto, seus aspectos processuais e eventuais limites. Nessa medida, viu-se que o controle difuso convive, no Brasil, com o controle concentrado de constitucionalidade, transformando o sistema brasileiro - dessa forma, considerado misto - em um dos mais diversos e amplos do mundo no que diz respeito à jurisdição constitucional. O controle difuso, especificamente, é anterior ao abstrato, tendo sido implementado no Brasil na época da primeira Constituição Republicana (1891), sendo uma herança do sistema judiciário norte-americano, no qual se construiu a doutrina do *judicial*

*review of legislation* (assim conhecido o controle difuso naquele país) ainda no início do século XIX, principalmente a partir do caso *Marbury versus Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Desde então já era objeto de discussão a intervenção do Poder Judiciário nos demais Poderes do Estado, consequência da admissão do controle de constitucionalidade.

No Brasil, a fiscalização difusa foi introduzida de forma consideravelmente ampla, principalmente quando se considera o caráter analítico das nossas Constituições, notadamente a de 1988. Com a positivação de múltiplos direitos fundamentais individuais, sociais, coletivos e difusos no texto constitucional (dentre eles, a cultura e o patrimônio cultural), aumentou também a possibilidade de provocação do Poder Judiciário para discussão acerca desses direitos, inclusive sob o argumento de uma inconstitucionalidade ocorrida concretamente. Mediante o controle difuso, torna-se viável o afastamento da incidência de determinado ato normativo verificado como inconstitucional em um caso específico, privilegiando-se a norma constitucional, hierarquicamente superior.

Em termos processuais, o controle difuso é da mesma forma extenso. Isso porque esse mecanismo pode ser utilizado em qualquer grau de jurisdição, ou seja, mesmo um juiz na primeira instância tem a prerrogativa de reconhecer e invalidar uma situação de inconstitucionalidade, por ação ou omissão dos demais Poderes. A inconstitucionalidade pode ser suscitada por qualquer parte em qualquer processo judicial, não havendo limitação procedimental no que diz respeito à fiscalização em concreto. Ao admitir que qualquer pessoa possa acionar o Judiciário sob a tese de inconstitucionalidade concreta, o controle difuso é considerado, assim, ferramenta crucial de acesso à justiça e de exercício da democracia. A restrição dessa fiscalização encontra-se no próprio sistema recursal judiciário, pelo qual se pede a revisão do julgamento, e pelo fato de que a decisão em controle difuso tem efeitos somente entre as partes do processo, na situação específica - concreta - levada à apreciação do Judiciário. Assim, pelo menos em regra, o controle incidental não vincula partes alheias ao processo em que foi exercido, somente no caso em que forem considerados pela legislação processual como precedentes obrigatórios.

Ainda nessa linha, a afirmação de que a decisão do controle em concreto tem somente efeitos entre as partes de um processo subjetivo deve ser considerada com ressalvas. Isso porque existem dois fenômenos existentes no contexto brasileiro que abrandam tal colocação: a possibilidade de exercício do controle difuso em ação coletiva e a possibilidade de abstrativização dos efeitos de decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de fiscalização em concreto. Quanto ao primeiro aspecto, viu-se que a discussão atinente às



ações coletivas (ações civis públicas e ações populares, precisamente) por muito tempo tomou conta dos tribunais, tendo em conta o argumento de que, ao exercer o controle difuso em processo coletivo, o juiz estaria usurpando a competência do STF para o controle em concreto, justamente em razão do caráter não individual de tais ações, que atingem pessoas além do processo. Contudo, a corrente oposta acabou se tornando unânime na doutrina e na jurisprudência: é possível que o controle em concreto seja realizado nas ações coletivas pois, muito embora os direitos sejam coletivos, as relações jurídicas travadas com base neles têm caráter subjetivo. Além disso, o que se discute são situações concretas, em que a inconstitucionalidade é suscitada pela parte prejudicada como causa de pedir, não consistindo em processo objetivo em que se ataca o próprio ato normativo abstratamente.

A questão relativa à abstrativização do controle difuso no STF surgiu principalmente a partir do advento da repercussão geral em recurso extraordinário. Constatou-se que determinadas decisões da Corte Constitucional, assim, teriam caráter *erga omnes* e vinculante, equivalente às decisões da corte exaradas em controle abstrato, mesmo sem a suspensão de efeitos da lei pelo Senado Federal, a que faz alusão a Constituição Federal de 1988. Acerca disso, muito embora existam severas críticas doutrinárias, a jurisprudência do próprio STF passou a considerar que houve uma “mutação constitucional”, sendo a reapreciação das decisões de controle difuso pelo Senado uma faculdade da Casa Legislativa, que, por sinal, deixou de exercer a prerrogativa no decorrer dos anos. Disso resultou na aceitação cada vez mais recorrente de que, quando exercido pelo STF, o controle difuso assemelha-se ao abstrato.

Com tais considerações sobre a extensão da jurisdição constitucional difusa no Brasil, partiu-se à segunda parte da pesquisa, atinente ao patrimônio cultural e a como a proteção deste faz parte do que hoje se compreende por sustentabilidade cultural. Considerações acerca da cultura e do patrimônio cultural foram feitas, sendo de destaque a compreensão de que nem tudo aquilo que é produzido pela cultura transmuta-se, automaticamente, em patrimônio cultural. O patrimônio é o traço marcante de determinada cultura e dessa forma deve ser reconhecido social e juridicamente.

A cultura, a bem da verdade, é aquilo que nos singulariza como seres humanos, o que nos torna diferentes dos outros seres vivos. A produção cultural e a herança passada de geração em geração é o que distingue as sociedades entre si e entre elas e a natureza. Contudo, a total separação entre aquilo que é produzido artificialmente pelo ser humano na forma de cultura, e aquilo que é natural, decorrente diretamente da natureza, não deve ser vista de forma absoluta. Existe uma relação umbilical entre o que é produto do ser humano e das

relações sociais e aquilo que advém da natureza, consistindo a cultura no próprio processo de desconstrução da dicotomia entre cultural e natural.

Nesse passo, o patrimônio cultural é todo o bem material ou imaterial de certa cultura, a que possa ser dada certa proeminência. São bens móveis e imóveis, mas também - e principalmente - saberes, fazeres, costumes e rituais ligados à vida cotidiana de certo grupo. É, por exemplo, o modo de pesca de pescadores artesanais, a utilização da biodiversidade para tratamentos medicinais por parte de comunidades indígenas, o modo de vida de comunidades quilombolas, a culinária de herança italiana e alemã. Não é, assim, a própria cultura, mas aquilo que é resultado dela que pode ser considerado patrimônio cultural, conforme seja digno de reconhecimento.

Paralelamente à própria cultura, que pelo Estado e pela sociedade deve ser incentivada de todas as formas, o patrimônio cultural é o elemento de destaque que merece proteção especial, também por parte de todos os atores sociais, inclusive como maneira de se concretizar a sustentabilidade. Aliás, a própria Constituição de 1988, além de colocar a cultura, o patrimônio cultural e a sustentabilidade lado a lado, impõe a implementação de medidas e a valorização por parte da sociedade, do setor público e do setor privado. Diversos dispositivos do texto constitucional favorecem a tutela do patrimônio cultural, mesmo que de forma repressiva, quando necessária à concretização do direito. Não fosse suficiente a Constituição, diversos documentos jurídicos internacionais e nacionais procuram relevar a importância da preservação dos patrimônios culturais, indo além da mera proteção a monumentos históricos e arquitetonicamente relevantes.

A propósito, a noção de patrimônio cultural hoje ultrapassa a visão de que somente o patrimônio material (e principalmente aquele atinente às culturas hegemônicas) deva ser devidamente acautelado. Experiências históricas levaram a considerar que também - e precisamente - o patrimônio imaterial deva ser valorizado. Dentre todo o arcabouço que constitui esse patrimônio intangível, aquele produto de grupos minoritários merece igual e até mesmo maior proteção, destacando-se, no Brasil, o patrimônio cultural dos povos tradicionais. Esse conceito amplo de patrimônio cultural é expressamente acolhido pelo texto constitucional, ou seja, pode servir de parâmetro e vetor interpretativo para invalidação de atos normativos e situações de omissão que sejam contrárias ao patrimônio imaterial dos povos e comunidades.

Nesse contexto, consoante se viu ao longo do estudo, o viés cultural da sustentabilidade pode servir de base e também reforço, uma vez que, atualmente, se compreende que a sustentabilidade só pode ser de fato efetivada a partir da preservação da

cultura e do patrimônio cultural. É dizer: a tutela de bens e manifestações culturais dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira é condição sem a qual não se pode ter um desenvolvimento verdadeiramente sustentável. Acrescenta-se a isso necessidade da abordagem holística da temática do patrimônio, a qual já é tida por intrínseca à sustentabilidade e suas múltiplas dimensões. Assim, tendo como perspectiva o viés cultural da sustentabilidade, alicerçado nos preceitos constitucionais relativos ao patrimônio cultural e à sustentabilidade, tem-se o fundamento para um controle até mesmo repressivo, a ser realizado pelo Poder Judiciário mediante o controle de constitucionalidade.

Tendo isso em conta, sem se ignorar outras questões, dois problemas atinentes ao patrimônio cultural no Brasil foram tratados. O primeiro deles diz respeito à utilização nefasta do regime jurídico de propriedade intelectual para apropriação indevida do patrimônio. A partir de exemplos e situações reais, viu-se que tal regime, regido pelo Acordo TRIPs e reproduzido na legislação infraconstitucional de propriedade intelectual, possibilita a apropriação até mesmo comercial do patrimônio cultural em determinados casos, prejudicando sobretudo comunidades mais vulneráveis, como povos indígenas. Todo esse processo vai na contramão do que se entende por sustentabilidade cultural, tornando viável a ação corretiva do Poder Judiciário, mediante o controle difuso de constitucionalidade.

Outro problema verificado, mais amplo, foi o da omissão inconstitucional dos Poderes Públicos na preservação de bens culturais. Apesar de onipresente no Brasil, a omissão legislativa e administrativa também possibilita a intervenção do Poder Judiciário a fim de sanar situações de inconstitucionalidade, o que inclusive ficou demonstrado a partir da análise da jurisprudência conveniente ao tema, especificamente no que concerne ao patrimônio cultural. Dentro da questão está o alcance do poder jurisdicional e a legitimidade de sua intromissão nos demais poderes, se constatando que, em geral, se decide favoravelmente à possibilidade de o Poder Judiciário forçar a implementação de políticas públicas, inclusive por meio de atos normativos protetivos do patrimônio.

Feitos os devidos apontamentos acerca do controle de constitucionalidade no Brasil e sobre o patrimônio cultural, bem como sua necessária proteção para a sustentabilidade cultural, adentrou-se na terceira parte do estudo. Aqui, com base no exame de casos julgados por diversas cortes judiciárias ao redor do Brasil (um total de sete, compreendendo todas as regiões), pôde-se esclarecer se o controle difuso de constitucionalidade pode de fato constituir um mecanismo para a tutela do patrimônio cultural material ou imaterial brasileiro. A pesquisa considerou julgados do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça,

dos Tribunais de Justiça do Amapá, do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina e dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 5ª Regiões.

Os casos examinados tiveram relação com os mais variados patrimônios culturais, bem como ao exercício e alcance da jurisdição constitucional difusa. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, independentemente da possibilidade de abstrativização dos efeitos das decisões, conforme já tratado, temas de relevância nacional foram à julgamento em sede de controle difuso de constitucionalidade, como o caso da demarcação indígena na região da Raposa Serra do Sol e, posteriormente, a definição sobre o marco temporal da demarcação das terras indígenas, além de outros temas diversos e afeitos ao patrimônio cultural brasileiro. Também foi à corte, por meio dessa espécie de controle, a questão acerca da constitucionalidade do sacrifício de animais em rituais de religiões de matriz africana. No Superior Tribunal de Justiça, questões atinentes ao exercício do controle incidental em sede de ação coletiva são reapreciadas, sobretudo porque novos atos normativos, prejudiciais ao patrimônio cultural concretamente, são frequentemente questionados pela via recursal.

No âmbito das cortes estaduais e regionais federais, viu-se que diversos temas clamaram por intervenção judicial pela via do controle incidental de constitucionalidade. Por exemplo, a tutela de bens imateriais de populações específicas, como pescadores artesanais e comunidades quilombolas, a salvaguarda de bens materiais dotados de relevância cultural em centros urbanos, o impedimento à continuidade e desenvolvimento de empreendimentos nefastos ao patrimônio cultural, e também a implementação forçada, sobre atos normativos infraconstitucionais, de interpretações e leituras mais compatíveis com a sustentabilidade cultural e a Constituição.

Diante dos casos analisados, pode-se afirmar que o controle difuso de constitucionalidade, como importante mecanismo de acesso à justiça e democracia, em toda a sua extensão, é também um instrumento adequado para a tutela do patrimônio cultural, ao lado de outras formas de acautelamento. O Poder Judiciário, assim, pode e deve agir diante de situações concretas que configurem inconstitucionalidade na seara do patrimônio, pela via da jurisdição constitucional, ainda que para isso deva invalidar ato normativo ou circunstância de omissão provocada por outro Poder. Contudo, é possível verificar, ainda, certa relutância no exercício do controle difuso em certos casos, o que pode ocorrer pela reforma de decisões em controle difuso favoráveis ao patrimônio cultural. Isso é também identificado pela doutrina pertinente, que vê como incipiente o número de casos em que o controle incidental é realizado. Além disso, pela pesquisa realizada, denota-se que certos temas, como a atinente ao regime de propriedade intelectual, ainda não chegaram ao Poder Judiciário pela via do

controle difuso (para fins de proteção de bens ou manifestações culturais), o que pode indicar até mesmo desconhecimento por parte de operadores do direito acerca das potencialidades desse instrumento.

No que tange ao problema proposto, inclusive, foi possível depreender certa carência de consideração do viés cultural ligado à sustentabilidade. Não obstante possa ser exercido sem estar fundamentado no desenvolvimento sustentável, o controle de constitucionalidade difuso no âmbito do patrimônio cultural demanda seja levada em conta a sustentabilidade cultural, seja porque também tem base na Constituição, seja porque é parâmetro para privilegiar o patrimônio das mais variadas comunidades formadoras da sociedade brasileira, principalmente as historicamente relegadas, como as populações tradicionais, indígenas e quilombolas. A consideração da sustentabilidade cultural torna-se, assim, essencial ao procedimento decisório jurisdicional, notadamente quando realizado o controle de constitucionalidade pelo juiz. Como visto, a sustentabilidade cultural é apontada em alguns casos, mas não se pode dizer que valer-se desse viés seja praxe nas decisões judiciais envolvendo o patrimônio e a fiscalização constitucional.

De todo modo, pode-se compreender a verdadeira amplitude e extensão da ferramenta do controle, posta à disposição de todos os juízes e órgãos judiciários, bem como as possibilidades advindas de sua utilização para tutelar o direito fundamental à preservação dos bens culturais, notadamente de povos tradicionais. Outrossim, o acesso à justiça viabilizado pelo controle difuso, pode servir inclusive no que tange à litígios estratégicos ligados ao patrimônio, que mesmo com decisões judiciais desfavoráveis têm o potencial de erigir discussões em âmbito social e uma saudável repercussão midiática, aptas a realizar mudanças por outras vias que não a do Poder Judiciário.

O entendimento e manejo por parte de operadores do direito do controle difuso de constitucionalidade, por sua vez, perpassa a aceitação do papel reservado ao Poder Judiciário na contemporaneidade: a de guardião dos direitos fundamentais elencados na Constituição, a partir dos diversos aspectos da jurisdição constitucional. Por outro lado, no âmbito do patrimônio cultural, é imperativa a consideração, por parte de magistrados em suas decisões, do viés cultural da sustentabilidade, bem como a compreensão de que essa sustentabilidade (também com assento na Constituição) só será devidamente atingida a partir da tutela do patrimônio e de suas nuances particulares.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Controle difuso de constitucionalidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/56/edicao-1/controlado-difuso-de-constitucionalidade>. Acesso: 16 maio 2023.
- AGÊNCIA SENADO. **Congresso derruba veto ao marco temporal para terras indígenas**. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/12/14/congresso-derruba-veto-ao-marco-temporal-para-terras-indigenas>. Acesso em: 11 jan 2023.
- ALENCAR, Alexandre Auto de. *Amicus curiae*: possibilidades e limites como mecanismo de democratização do controle de constitucionalidade das leis. 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2006. Disponível em: [https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4675/1/arquivo6078\\_1.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4675/1/arquivo6078_1.pdf). Acesso em: 23 maio 2023.
- ARANTES, Antonio A. O patrimônio cultural e seus usos: a dimensão urbana. **Revista Habitus - Revista do Instituto Goiano de Pré-História e Antropologia**, v. 4, n. 1, p. 425–435, 2009. Disponível em: <https://seer.pucgoias.edu.br/index.php/habitus/article/view/362>. Acesso em: 18 out. 2023.
- ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de; DE GREGORI, Matheus Silva. Povos e Territórios Tradicionais no Brasil Sob a Perspectiva dos Direitos da Sociobiodiversidade. **Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 125-147, 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/Socioambientalismo/article/view/970/966>. Acesso em: 03 jan. 2022.
- BAHIA, Carolina Medeiros; MEDEIROS, Heloísa Gomes. Proteção do patrimônio cultural ambiental brasileiro: os instrumentos do sistema nacional de cultura e os direitos autorais. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**, v. 2, n. 2, jul./dez. 2016, p. 132-151. Curitiba, 2016. Disponível: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadipic/article/view/1528/1991>. Acesso em: 10 nov. 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 maio 2023.
- BRASIL. **Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007**. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Brasília, DF:

Presidência da República [2023]. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm). Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Subseção Judiciária da Bahia. Subseções judiciárias. **Competências**. *On-line*. Disponível em:  
<https://portal.trf1.jus.br/sjba/institucional/subsecoes-judiciarias/competencias.htm>. Acesso em 31 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2023]. Disponível em:  
[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea *j* do Artigo 8, a alínea *c* do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2023]. Disponível em:  
[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm). Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2023]. Disponível em:  
[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm#art16](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm#art16). Acesso em: 26 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República [2023]. Disponível em:  
[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9279.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm). Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm). Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial**. Brasília, DF: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), 2006. Disponível em:  
<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/ConvencaoSalvaguarda.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Convenção sobre a Diversidade Biológica – CDB**. (Cópia do Decreto Legislativo nº 2, de 5 de junho de 1992). Brasília, DF: Secretaria de Biodiversidade e Florestas, 2000. Disponível em:  
<https://www.gov.br/mma/pt-br/textoconvenoportugus.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. **STF declara constitucionalidade de lei gaúcha que permite sacrifício de animais em rituais religiosos:** O Plenário negou recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e validou lei estadual que entende que o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana não se enquadra como maus tratos. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=407159>. Acesso em: 12 jan. 2024.

BRASIL. **STF suspende tramitação de ação sobre a Ferrogrão por seis meses:** Ministro Alexandre de Moraes determinou a suspensão para que se conclua os estudos e as atualizações sugeridas no procedimento de conciliação. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514389&tip=UN>. Acesso em: 01 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial nº 437.172. Relator: Min. Herman Benjamin, 28 de outubro de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, 07 abr. 2009. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200200593454&dt\\_publicacao=07/04/2009](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200593454&dt_publicacao=07/04/2009). Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial nº 930.016. Relatora: Min. Eliana Calmon, 02 de junho de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, 19 jun. 2009. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200700315624&dt\\_publicacao=19/06/2009](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700315624&dt_publicacao=19/06/2009). Acesso em: 23 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.408.531. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 07 de fevereiro de 2023. **Diário da Justiça Eletrônico**, 08 fev. 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=765393174>. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental na Reclamação nº 27.990. Relator: Min. Celso de Mello, 28 de setembro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, 03 out. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748376973>. Acesso em: 27 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro Fachin considera que posse da terra indígena é definida por tradicionalidade, e não por marco temporal.** 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=472697&ori=1>. Acesso em: 11 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Petição nº 3.388. Relator: Min. Ayres Britto, 19 de março de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 25 set. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 11 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 1.017.365** (Tema 1.031 de Repercussão Geral). Definição do estatuto jurídico-constitucional das



relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional. Relator: Min. Edson Fachin, 27 de setembro de 2023.

Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5109720&numeroProcesso=1017365&classeProcesso=RE&numeroTema=1031>. Acesso em: 11 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 466.343. Relator: Min. Cezar Peluzo, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 05 jun. 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 494.601. Relator: Min. Marco Aurélio, 28 de março de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, 19 nov. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur414970/false>. Acesso em 12 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Órgão Especial). Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5054267-56.2021.8.24.0000. Relator: Desembargador Saul Steil, 01 de março de 2023. **Diário de Justiça Eletrônico**, 01 mar. 2023. Disponível em: [https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=321677703531406367489969135617&categoria=acordao\\_eproc](https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321677703531406367489969135617&categoria=acordao_eproc). Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (1ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 50040886120208210025. Relatora: Juíza Convocada Eliane Garcia Nogueira, 15 de dezembro de 2023. **Diário da Justiça Eletrônico**, 19 dez. 2023. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=constitucionalidade%20patri m%C3%B4nio%20cultural&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=constitucionalidade%20patri m%C3%B4nio%20cultural&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 29 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Vigésima Primeira Câmara Cível). Apelação Cível e Remessa Necessária nº 70071423750. Relator: Desembargador Marcelo Bandeira Pereira, 09 de agosto de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 06 set. 2017. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=70071423750&site=ementario>. Acesso em: 29 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá (Câmara Única). Apelação Cível e Remessa Necessária nº 0062638-52.2016.8.03.0001. Relator: Desembargador Gilberto Pinheiro, 06 de julho de 2023. **Diário da Justiça Eletrônico**, 09 ago. 2023. Disponível em: [https://tucujuris.tjap.jus.br/tucujuris/pages/consultar-processo/consultar-processo.html?numero\\_unico=0062638-52.2016.8.03.0001](https://tucujuris.tjap.jus.br/tucujuris/pages/consultar-processo/consultar-processo.html?numero_unico=0062638-52.2016.8.03.0001). Acesso em: 06 fev. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Quinta Turma). Apelações Cíveis e Remessa Necessária nº 1013955-95.2019.4.01.380. Relator: Antonio de Souza Prudente, 13 de julho de 2022. **Diário de Justiça Eletrônico**, 13 jul. 2022. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=7857716ae9a80011cc2cb191057358517ac7bfa1300bdd79>. Acesso em: 31 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento nº 1018811-25.2020.4.01.0000. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, 08 de julho de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, 08 jul. 2020. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 01 fev. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 0800526-07.2016.4.05.8500. Relator: Desembargador Federal Rogério Roberto Gonçalves de Abreu, 19 de julho de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, 30 jul. 2018. Disponível em: <https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?signedIdProcessoTrf=157ab5c8289874942d62b42c871c903f#>. Acesso em: 01 fev. 2024.

BRASIL. Vara Federal Cível e Criminal da Subseção Judiciária de Itaituba/PA. **Ação Civil Pública nº 1000351-03.2020.4.01.3908** (Decisão interlocutória). Juíza Federal Sandra Maria Correia da Silva, 22 de maio de 2020. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=ba5adb87d58da75a4211306994941fb27ac7bfa1300bdd79>. Acesso em: 01 fev. 2024.

CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello de. Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania. *In*: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 62-69.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

CHAGAS, Maurício. Patrimônio cultural. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL, 1., 2003, Goiânia. **Anais...** Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura, 2004. p. 13-19.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Entenda o que é o “Parecer Antidemarcação” e o que está em jogo no STF**: após liminar, o STF decide se mantém a suspensão do Parecer 001/2017 da AGU, que vem sendo usado para barrar demarcações de terras indígenas. 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/05/entenda-parecer-antidemarcacao-stf/>. Acesso em: 12 jan. 2024.

CORÁ, Maria Amelia Jundurian. Políticas públicas culturais no Brasil: dos patrimônios materiais as imateriais. **Revista de Administração Pública**. v. 5. n. 48. set./out. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/SMKQcXrNPM3CLfGYXt63fKn/#>. Acesso em: 18 out. 2023.

CORDIDO, Ruth Maria Barros Reicão. O tombamento federal do patrimônio cultural imobiliário. **Revista Digital de Direito Administrativo**. v. 1, n. 2, p. 293-310. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/85284/92163>. Acesso em: 02 jan. 2022.

COSTA, Rodrigo Vieira. **A Dimensão Constitucional do Patrimônio Cultural: o tombamento e o registro sob a ótica dos direitos culturais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais.** Tradução de Viviane Ribeiro. Bauru: EDUSC, 1999.

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. **Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional.** Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** 13.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

DAHL, Robert. **How democratic is the american constitution?** New Haven, London: Yale University Press, 2001.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. O poder judiciário e o meio ambiente. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 77, n. 631, p. 24-28, maio 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

D'OLIVEIRA, Bruno Loureiro Bossi; SOBRINHO, Deborah Farah. **Os efeitos do acordo TRIPS no direito brasileiro: uma abordagem crítica.** Revista Direito e Inovação. v.2. n.2. jul. 2014, p. 115-137. Frederico Westphalen, 2014. Disponível em: <http://revistas.fw.uri.br/index.php/direitoeinovacao/article/view/1315>. Acesso em: 10 nov. 2023.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos.** Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

EAGLETON, Terry. **A ideia de cultura.** Lisboa: Temas e Debates Actividades Editoriais, 2003.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review.** Cambridge, London: Harvard University Press, 1998.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Library of Congress. Research guides. **Federalist papers: primary documents in american history.** Federalist nos. 71-80. Disponível em: <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80>. Acesso em: 10 maio 2023.

FERES, Marcos Vinício Chein. **Biodiversity, traditional knowledge and patent rights: the case study of *Phyllomedusa Bicolor*.** In: Revista Direito GV, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 1-20, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/85701/80824>. Acesso em: 22 nov. 2023.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito constitucional brasileiro.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FERREIRA, Ximena Cardozo. A possibilidade de controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 9., 2005, São Paulo. **Anais...** São Paulo: Imprensa Oficial, 2005, v. 2, p. 499-517.

FIDELIS, Rafaela Monique Vaz Cordeiro. **Tombamento ambiental**: análise das decisões judiciais sobre a tutela do patrimônio cultural no âmbito dos Tribunais de Justiça. João Pessoa: Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas – UFPB, 2021. Disponível em: [https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/21119/1/RafaelaMoniqueVazCordeiroFidelis\\_Dissert.pdf](https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/21119/1/RafaelaMoniqueVazCordeiroFidelis_Dissert.pdf). Acesso em: 03 dez. 2023.

FILHO, Francisco Humberto Cunha; STUDART, Vitor Melo. As “outras formas de acautelamento e preservação” do patrimônio cultural brasileiro. *In*: **Revista de Direito da Cidade**, v. 9, n. 2, p. 366-388. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rdc/article/view/26768/20428>. Acesso em: 20 out. 2023.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Trad. Eduardo Saldanha. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Tutela jurídica do patrimônio cultural brasileiro em face do direito ambiental constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

G1. **Ministra dos povos indígenas defende que AGU se posicione contra a redução do Parque Nacional do Jamanxim**. São Paulo, 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/meio-ambiente/noticia/2023/05/20/ministra-dos-povos-indigenas-defend-e-que-agu-mude-posicao-sobre-medida-que-reduziu-area-ambiental-para-construcao-da-ferrograo.ghtml>. Acesso em: 01 fev. 2024.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HARVEY, Edwin R. **Legislación cultural de los países americanos**. Buenos Aires: Depalma, 1980.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, London: Harvard University Press, 2004.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. **Conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético**. Brasília, DF: IPHAN, *on-line*. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/694>. Acesso em: 10 out. 2023.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. **Paisagem cultural**. Brasília, DF: IPHAN, *on-line*. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/899/>. Acesso em: 01 fev. 2024.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 14.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

LEFF, Enrique. Pensar a complexidade ambiental. *In: A complexidade ambiental*. Org. Enrique Leff. São Paulo: Editora Cortez, 2003.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Uma análise fenomenológica de manifestações decisórias em sede de controle difuso de constitucionalidade**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2475/jurisdicao%20constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 maio 2023.

LINO, Fernanda Noia da Costa. **A preservação do patrimônio cultural urbano: fundamentos, agentes e práticas urbanísticas**. 2010. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27012011-091914/publico/Fernanda\\_Noia\\_da\\_Costa\\_Lino.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27012011-091914/publico/Fernanda_Noia_da_Costa_Lino.pdf). Acesso em: 07 nov. 2023.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante procedimentos diferenciados, volume 3**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de constitucionalidade e diálogo institucional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da repercussão geral: o uso virtuoso do poder de não decidir**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tipos de decisão constitucional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MARTINS, Estevão C. de Rezende. **Cultura e poder**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MASCARENHAS, Gilberto. A biodiversidade brasileira no âmbito do acordo TRIPS. **Revista Brasileira de Inovação**, v.3. n.2, jul./dez. 2004. p. 393-416. São Paulo, 2004. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rbi/article/view/8648902>. Acesso em: 10 nov. 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41.ed. atualizado por Délcio Balestero Aleixo; José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional no Brasil**: o problema da omissão legislativa inconstitucional. Brasília: IDP, 2008. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjits3Pn4qEAxVDs5UCHWrUBz4QFnoECC0QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.portaldeperiodicos.idp.edu.br%2Fobservatorio%2Farticle%2Fdownload%2F138%2F109%2F493&usg=AOvVaw2joqrBtWTg4PLSVyeRtAxy&opi=89978449>. Acesso em: 01 fev. 2024.

MENDES, Thays Cristina Ferreira. **O exercício do controle difuso de constitucionalidade por meio de ações civis públicas na jurisprudência dos tribunais superiores**. Jus Navigandi [2023]. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11035/o-exercicio-do-controle-difuso-de-constitucionalidade-por-meio-de-acoes-civis-publicas-na-jurisprudencia-dos-tribunais-superiores>. Acesso em: 27 set. 2023.

MENESES, Ulpiano Bezerra de. **Avaliação histórica da Carta de Veneza no Brasil**. Jornada Comemorativa da Carta de Veneza 1964-1989. São Paulo: ICOMOS, 1989.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **A proteção do patrimônio cultural brasileiro na visão do STF**. São Paulo: Consultor Jurídico, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-11/ambiente-juridico-protacao-patrimonio-cultural-brasileiro-visao-stf/>. Acesso em: 29 nov. 2023.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Proteção do patrimônio cultural brasileiro não admite omissões nem excessos**. São Paulo: Consultor Jurídico, 2023. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2023-jan-28/ambiente-juridico-protacao-patrimonio-cultural-brasileiro-nao-admite-omissoes/#\\_ftnref3](https://www.conjur.com.br/2023-jan-28/ambiente-juridico-protacao-patrimonio-cultural-brasileiro-nao-admite-omissoes/#_ftnref3). Acesso em: 29 nov. 2023.

MIRRÁ, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36.ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000.

MUSARRA, Raíssa Moreira Lima Mendes; MARTINEZ, Regina Célia. **Conceitos em cidadania e identidade cultural: paradigmas orientadores da ação estatal**. In: PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo (org.). Meio ambiente e sustentabilidade. São Paulo: Escola Superior da Advocacia, 2020. p. 81-93.

NEDEL, Nathalie Kuczura. **Controle difuso de constitucionalidade**: uma análise a partir do caso Marbury versus Madison e da judicial review. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

NEME, Eliana Franco; CIONE, Larissa Beschizza. A omissão inconstitucional e a efetivação da Constituição: a judicialização como instrumento apto para dar força à Constituição. In: VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA DA UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO, 6., 2018, São Paulo. **Anais...** Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/1279/1072>. Acesso em: 28 nov. 2023.

OLIVEIRA, Luciano Martins de. **A proteção efetiva ao patrimônio cultural brasileiro como um direito fundamental à identidade cultural e à memória coletiva**. In: Publicações da Escola da AGU: Direitos culturais, a questão patrimonial brasileira e a AGU - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. v. 9, n. 3, Brasília-DF, jul./set. 2017. p. 181-194. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Publ-Esc-AGU\\_v.09\\_n.03.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Publ-Esc-AGU_v.09_n.03.pdf). Acesso em: 24 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Nações Unidas Brasil. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Organização das Nações Unidas – ONU. Rio de Janeiro: ONU, 2008. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao\\_das\\_Nacoes\\_Unidas\\_sobre\\_os\\_Direitos\\_dos\\_Povos\\_Indigenas.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf). Acesso em: 10 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Nações Unidas Brasil. **Os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil**. Cidades e comunidades sustentáveis, 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/11>. Acesso em: 18 out. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Organização Internacional do Trabalho – OIT. Escritório no Brasil. Brasília, DF: OIT, 2011. Disponível em: [http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao\\_169\\_OIT.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf). Acesso em: 10 out. 2023.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília (UnB), 2011.

PINHO, Luís Gustavo Gonçalves. **Os efeitos de uma decisão com base no controle difuso**. Consultor Jurídico, 3 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-fev-03/efeitos-decisao-proferida-base-controle-difuso?pagina=5>. Acesso em: 29 maio 2023.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Da Proteção ao Patrimônio Cultural: o tombamento como principal instituto**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

REYES, Giovanni E. **Four main theories of development: modernization, dependency, world-system, and globalization**. *Nômadias – Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*. n. 4. jul.-dez. 2001. Disponível em: <https://www.theoria.eu/nomadas/4/gereyes1.htm>. Acesso em: 06 nov. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei Estadual nº 11.915**, de 21 de maio de 2003. Institui o Código Estadual de Proteção aos Animais, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Assembleia Legislativa. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2011.915.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2024.

ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPA, Tatiana. **Sacrifício ritual e crueldade contra animais: um caso de sustentabilidade cultural**. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, p. 295-322, jan.-abr. 2020. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1626.1>. Acesso em: 12 jan. 2024.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Org. Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: incluyente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamon, 2008.

SANTILLI, Juliana. **Agrobiodiversidade e direitos dos agricultores**. São Paulo: Peirópolis, 2009.

SANTILLI, Juliana. **Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção**. In: VARELLA, Marcelo



Dias; PLATIAU, Ana Flávia B. (org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 341-369.

SANTOS, Laymert Garcia dos. **Quando o conhecimento científico se torna predação *high-tech***: recursos genéticos e conhecimento tradicional no Brasil. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 125-165.

SARAIVA, Stella de Oliveira. **Patrimônio cultural**: direito e processo. São Paulo: Editora Dialética, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de direito ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCALABRIN, Felipe. **Lições de direito constitucional**: controle de constitucionalidade: de acordo com a emenda constitucional nº 96/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SHIVA, Vandana. **Biodiversidade, Direitos de Propriedade Intelectual e Globalização**. Trad. por Victor Ferreira. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 317-340.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Roberto Luiz. O acordo TRIPS e os padrões internacionais de proteção da propriedade intelectual. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**, v. 4, n. 1, jan./jun. 2018, p. 140-159. Salvador, 2018. Disponível: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadipic/article/view/4412/pdf>. Acesso em: 10 nov. 2023.

SOUTO, João Carlos. **Suprema corte dos Estados Unidos**: principais decisões. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e proteção jurídica**. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. A jurisdição constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da Constituição: um balanço crítico nos quinze anos da Constituição. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)**. Rio de Janeiro, v. 6. n. 23, 2003. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_66.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_66.pdf). Acesso em: 29 maio 2023.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 49, n. 194, abr./jun. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf>. Acesso em: 16 maio 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia na América**. Tradução de Pablo Costa e Hugo Medeiros. Campinas: VIDE Editorial, 2019.

TRIBE, Lawrence H. **American constitutional law**. 2.ed. Mineola: Foundation Press, 1988.

TYBUSCH, Francielle Benini Agne. **Biodiversidade, tecnologia e sociedade: o direito à informação ambiental sustentável como possibilidade emancipatória na proteção dos conhecimentos tradicionais**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/6394/TYBUSCH%2c%20FRANCIELLE%20BENINI%20AGNE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 jan. 2022.

TYBUSCH, Jeronimo Siqueira. Sustentabilidade multidimensional como ação reflexiva para uma ecologia política pós-colonial. *In: América Latina e Caribe na encruzilhada ambiental: dimensões política, jurídica e estratégica*. Org. Fernando Estensoro. p. 297-319. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

VIEIRA, Vinícius Garcia. **Direito da biodiversidade e América Latina: a questão da propriedade intelectual**. Ijuí: Unijuí, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.