O PODER DO JUDICIÁRIO NA DETERMINAÇÃO DOS USOS ESPECÍFICOS DE BENS CULTURAIS À LUZ DA EXPERIÊNCIA DO HOTEL DA BAHIA: a comunhão entre o material e o imaterial garantindo direitos

Hermano Fabrício Oliveira Guanais e Queiroz*

RESUMO: Tomando como ponto de partida a consagrada vedação, pela jurisprudência e doutrina pátrias, ao tombamento de uso no ordenamento jurídico brasileiro, mas, de outro lado, a forte crença e o insistente clamor das comunidades interessadas em ter protegido não apenas o suporte físico do bem cultural de relevância para a história e memória coletivas, o bem imóvel, mas também a destinação específica do uso desse bem cultural, parte de seu aspecto imaterial, é que este artigo trata do poder conferido ao Judiciário de fixar, a partir do caso concreto, da manifestação dos interessados e à luz dos preceitos constitucionais presentes no art. 216 e outros da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional e demais fontes do direito, a destinação e o uso específicos de bens culturais, objeto ou não de proteção legal. Muitos desses bens são alvo de especulação imobiliária e outras ações que comprometem o seu uso e, consequentemente, alteram a sua destinação cultural, tendo como referência a experiência do Hotel da Bahia, na cidade do Salvador, tombado em nível estadual pelo Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia- IPAC- em 2010. Esse bem fora alvo de alienação judicial e altas investidas do mercado, mas teve a continuidade do seu uso garantida por decisão judicial mediante ação do Instituto dos Arquitetos do Brasil, o qual apresentou a preocupação com o fato e buscou o apoio necessário do Ministério Público do Estado, que promoveu a adequada medida judicial em defesa do patrimônio cultural em risco de dano.

PALAVRAS-CHAVE: Patrimônio Cultural. Uso específico. Direitos culturais. Material e imaterial.

1 INTRODUÇÃO

O tombamento constitui-se no instrumento jurídico de proteção ao patrimônio cultural material, criado pelo Decreto-Lei 25/37, que concede ao Poder Público a atribuição de identificar, reconhecer, declarar o valor cultural e proteger os bens móveis e imóveis, públicos e privados, que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, que recebem, assim, especial proteção do Estado, considerando-se, sempre, a persecução do interesse difuso de preservação do patrimônio cultural.

Tal ato protetivo produz os mais diversos efeitos, em relação ao objeto, ao proprietário, ao poder público, à vizinhança e pode até gerar indenização, a depender do caso concreto. Contudo, o tombamento não está apto à produção de alguns efeitos, necessários e desejados, de há muito, pela sociedade, mas que não encontraram respaldo na legislação de regência. Dentre eles, está o de vincular a destinação e o uso do bem cultural, seja ele tombado ou não. O entendimento firmado pela doutrina e jurisprudência, a partir das situações-problema que chegaram aos tribunais pátrios, é de vedação ao chamado tombamento de uso, já que a destinação não se constitui coisa móvel ou imóvel.

As variadas problemáticas, surgidas no decorrer dessas quase oito décadas de instituição do tombamento, vêm revelando que, para além de proteger as características físicas e

ISSN-e: 2316-9982

Informações em www.direitosculturais.com.br

arquitetônicas, conservando-se a integridade material dos bens culturais em que ocorre interesse público com fundamento na sua singularidade, tal instrumento legal é também solicitado com intuito de vincular a sua destinação, a partir das características imateriais presentes no bem tombado. Assim, evita-se que o bem cultural tenha usos distintos daqueles que tradicionalmente possui.

Imóveis onde funcionam museus, cinemas, cafés, teatros, feiras, bibliotecas são espaços que podem se tornar lugares de memória, e isso ocorre porque neles são desenvolvidas práticas culturais diversas e que grupos diversos valoram. A ideia de lugar de memória foi trabalhada por Pierre Nora (1997) e nasceu ante o receio de perda do passado e necessidade de proteger os vestígios e elementos relevantes desse passado para a construção de identidades das presentes e futuras gerações, as quais, por sua vez, recriam e ressignificam esses lugares constantemente.

A transferência de propriedade desses lugares pode engendrar a perda da sua finalidade cultural de uso, já que terceiros adquirentes, por vezes, não se interessam em continuar desenvolvendo atividades culturais significativas para os grupos que se relacionam intensa e continuamente com tais bens, pondo em risco, portanto, o lugar que é portador de referência à identidade, à memória e à ação de diferentes grupos da sociedade. Não se pretende com isso induzir a generalizações, tendo o Hotel da Bahia como referencial, haja vista que os casos deverão ser analisados pontualmente, a partir da necessária manifestação de vontade das bases sociais envolvidas e do contexto socioeconômico que possibilitará ou não a manutenção do uso do bem cultural.

Em que pese a ordem jurídica brasileira se posicionar no sentido de vedar o tombamento de uso, o que se coaduna, de fato, com finalidade legal desse instituto, a própria Constituição Federal de 1988, no seu art. 216, §1º, prevê que o "Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação." Vale dizer, a partir da impossibilidade de adequação da hipótese fática ao regramento legal específico, no caso normas de Tombamento ou Registro, necessário lançar mão de outras formas de acautelamento e preservação do patrimônio cultural.

No caso específico aqui apresentado, o Hotel da Bahia, imóvel considerado exemplar de referência na implantação da arquitetura moderna na Bahia e no Brasil, fora alvo alienação judicial, o que levou o IAB- Instituto de Arquitetos do Brasil - a requerer inicialmente o seu tombamento e posteriormente adotar medidas judiciais no sentido de que fosse condicionada, quando da sua venda, a sua destinação como um bem cultural- lugar de memória. Nele já existiam bens móveis integrados tombados pelo Estado da Bahia.

Não há dúvidas de o escopo do tombamento é a preservação e conservação das características físicas do bem imóvel protegido, e não do seu uso – práticas culturais simbólicas ali desenvolvidas no perpassar dos anos. Todavia, outros instrumentos jurídicos estão à disposição das comunidades a fim de atender às suas expectativas de alcançar uma proteção mais eficaz, integral e plena – não só da dimensão material, mas também da imaterial- presentes nos bens, demandas que constantemente surgem, sobretudo ante a espetacularização cada vez maior do patrimônio cultural, o qual é objeto de disputa de mercado- especulação imobiliária, muitas vezes ocasionada pelo espaço privilegiado que tais bens ocupam nos territórios urbanos.

2. O HOTEL É DA BAHIA?

ISSN-e: 2316-9982

Dentre os inúmeros feitos do governo Octávio Mangabeira no Estado da Bahia encontra-se o Hotel da Bahia, em atendimento aos anseios de parcela da sociedade baiana que ressentia a falta de um espaço que pudesse acolher bem os seus visitantes. E esse espaço não poderia ser qualquer um, pois teria que estar inserido num contexto não apenas espacialmente privilegiado, mas que fosse especialmente consagrado como o coração da cidade do Salvador, no Largo do Campo Grande, próximo ao Centro Histórico, Teatro Castro Alves, à Bahia de Todos os Santos, ao circuito tradicional do carnaval, aos principais museus, literalmente "aos pés do caboclo", monumento histórico erigido em homenagem à Independência da Bahia, que representa um ato de afirmação de identidade, nacionalidade e liberdade, para onde muitos acorrem em momentos de aflição. Dá-se início, então, ao processo de edificação do primeiro hotel de porte do Estado da Bahia.

Conforme relembra Renan Baleeiro (apud COSTA, 2008, p. 206-207):

> Outra obra que Mangabeira decidiu realizar, acudindo a uma necessidade muito sentida na Cidade do Salvador, foi um hotel. A situação hoteleira na cidade era uma calamidade. Eu posso dar um depoimento. Meu pai [Dr. Jayme Baleeiro], que era presidente do Instituto dos Advogados, organizou, na Bahia, um Congresso de Direito Constitucional. As dificuldades que teve para hospedar os participantes o levaram a abrigar muitos na Casa de Retiro São Francisco, em Brotas. Pois bem, um grupo de empresários baianos, de que participava Agenor Brandão, foi a Mangabeira comunicar que tinham comprado o terreno da esquina do Campo Grande com a Av. Sete. Comunicaram, também, que tinham comprado a casa do velho Eduardo Moraes para a derrubar e lá construir um prédio de apartamento, do qual reservariam dois andares para um hotel. O velho Mangabeira ouviu a comunicação e, em vez de agradecer ou celebrar, saiu com uma resposta que deixou a comissão estupefata, melhor dizendo, saiu com uma pergunta: 'Eu considero essa solução de aproveitar dois andares do prédio muito mesquinha. Todos conhecem a Igreja da Conceição da Praia?'. Mangabeira logo em seguida, arrematou: 'quando os portugueses construíram o templo, Salvador tinha poucos milhares de habitantes. Mas os portugueses olharam o futuro e construíram um grande templo, já pensando no desenvolvimento da Bahia'. E o Hotel da Bahia surgiu dessa comparação perfeitamente pertinente com a Igreja da Conceição da Praia, mas que, no momento atordoou a comissão. Tamanho era o poder de sedução e encantamento de Mangabeira, que ele usou, realmente, um argumento definitivo.

Já em 1951 as obras do Hotel da Bahia foram concluídas, passando a funcionar a partir de maio de 1952, na gestão do Governador Régis Pacheco.

Turistas, políticos, empresários, artistas, todos se hospedavam no Hotel que era a "cara da Bahia". Um público variado, dos mais diversos rincões, nacionais e internacionais, e parte expressiva da comunidade baiana a qual se hospedava e frequentava o Hotel da Bahia.

Por solicitação de Octávio Mangabeira, o anteprojeto final do Hotel foi elaborado em 1947 pelo engenheiro agrônomo e artista plástico Diógenes Rebouças (1914-1994), o qual, em que pese não ter formação em Arquitetura, já havia sido consagrado um dos mais destacados projetistas do Estado baiano. Tamanha foi a sua ascensão que, sem dar conta dos trabalhos já em curso, convidou o arquiteto carioca Paulo Antunes Ribeiro (1905-1973) para, juntos, formularem o projeto executivo do Hotel da Bahia. (ANDRADE JÚNIOR, 2010)

Segundo registra Ribeiro e Rebouças (1949, p. 90), a Revista francesa nº 27, de 1949, "L'Architecture d'Aujourd'hui", apresentava as plantas, cortes e fotos da maquete do projeto original, afirmando que:

> O projeto deste hotel na Bahia é um dos mais característicos da Escola brasileira. Ele demonstra em que sentido evolui uma concepção arquitetônica amplamente influenciada na origem pelas diretrizes de Le Corbusier. Os arquitetos brasileiros compreenderam a necessidade de enriquecer seu vocabulário plástico: o volume

Informações em www.direitosculturais.com.br

rigoroso de um paralelepípedo com fachadas tratadas com linhas calmas e denunciando um caráter funcional, se move com um vigor e uma elegância perfeitos sobre uma base que pretende projetar no nível da visão do pedestre uma leveza e audaciosa fantasia, sem que seja ultrapassada, contudo, a estrita 'medida' além da qual o humanismo arrisca se transformar em pitoresco.

Figuras 01 e 02 – Fotos da maquete do projeto original do Hotel da Bahia, com torre de apartamentos de oito pavimentos – dos quais foram construídos somente cinco – e com o volume cilíndrico do auditório

(Fonte: RIBEIRO & REBOUÇAS, 1949, pp. 88-89)

Já em 1954, na edição nº 52, de janeiro/fevereiro, a mesma revista publicou fotos aéreas e plantas do projeto original do Hotel:

Figuras 03 e 04 – Fotos do Hotel da Bahia já inaugurado, em 1954

(Fonte: RIBEIRO & REBOUÇAS, 1954, p. 32)

Conforme pontua Andrade Júnior (2010):

> O Hotel da Bahia rapidamente se consolidou como o principal espaço de encontro da *high-society* baiana e dos *vips* de passagem por Salvador e como cenário de importantes acontecimentos na afirmação da arte moderna baiana, como o I Salão Baiano de Belas Artes e a primeira exposição individual de Mário Cravo Junior, ambos realizados em 1949 no edifício ainda em obras. Além disso, o Hotel da Bahia foi a residência, nos anos 1950 e 1960, de ilustres personagens da nossa história, como o próprio Octávio Mangabeira, que residiu no hotel até 1955; a arquiteta Lina

ISSN-e: 2316-9982

Informações em www.direitosculturais.com.br

> Bo Bardi, então diretora do Museu de Arte Moderna da Bahia; e o arquiteto José Bina Fonyat Filho, autor de importantes projetos realizados em Salvador, como o do Teatro Castro Alves. No Hotel da Bahia, Martha Rocha foi eleita Miss Bahia, e o falecido cantor Michael Jackson se hospedou, quando de passagem por Salvador.

O Hotel da Bahia passou por algumas alterações espaciais e volumétricas nas décadas de 70 e 80, em atendimento às demandas de mercado, sobretudo de adequação à categoria "5 estrelas", o que não comprometeu a sua relevância arquitetônica nem o seu valor histórico-cultural. Em sua parte interna, há obras de arte integradas, a exemplo de revestimento por azulejos em relevo desenhados por Paulo Antunes Ribeiro, o mural Festas Regionais, do pintor Genaro de Carvalho, tombado pelo IPAC/BA em 1981, que se trata:

> [...] de uma ode às manifestações populares baianas e retrata, em uma expressão fortemente influenciada pelo cubismo e de um colorido vibrante, uma procissão marítima, festas de largo, a Feira de Água de Meninos e o samba de roda. O mural de Genaro de Carvalho será a primeira manifestação, no muralismo moderno baiano, desta expressão regionalista, focada na cultura popular baiana e que será a tônica da maior parte da produção de artistas como Carybé ao longo das décadas seguintes.

Como se percebe, o sentimento do grupo de integrantes do IAB acerca do Hotel da Bahia não se restringia, tão-somente, à necessidade de valorização da arquitetura ali predominante e das obras de arte integradas, mas ainda se firmava na intenção memorialista que reforça a identidade de parte de grupos baianos que se relacionavam com os bens e que concebem esse Hotel como um lugar de história e de memória.

3 O TOMBAMENTO DO HOTEL DA BAHIA: instrumento ideal à satisfação da pretensão social de vinculação do uso do bem cultural?

No dia 07 de março de 2010 o Hotel da Bahia encerrou as suas atividades, de forma bastante súbita, deixando à mercê da sorte hóspedes e reservas já realizadas, sendo, imediatamente, 13 dias após o fechamento, anunciado o leilão imobiliário de algumas obras de arte de pequeno porte. Já no dia 06 de abril de 2010 os jornais estampavam a notícia de que o proprietário do Hotel, Instituto Aerus de Seguridade Social, estava leiloando o imóvel no dia 15 de abril, pelo valor mínimo de R$ 31,65 milhões de reais. (GOMES, 06 abr. 2010, B1)

Noticiou Gomes (2010), em matéria jornalística, sobre a existência de acordo entre a Secretaria Estadual de Turismo e o Instituto Aerus no sentido de que fosse realizada a alienação do Hotel da Bahia, constando a obrigatoriedade de restringir a participação unicamente de empresas do ramo hoteleiro, como modo de garantir "uso histórico e a integridade física do Hotel da Bahia", o que não foi observado pelo proprietário, o qual elaborou o edital permitindo a participação de quaisquer empresas.

Receoso com a possibilidade de alteração do imóvel por terceiros que eventualmente o adquirissem, o IAB formulou pedido de tombamento, a partir da seguinte motivação:

> [...] garantir que os valores históricos, arquitetônicos, artísticos e paisagísticos do Hotel da Bahia, que apresentamos neste documento, sejam preservados, solicitamos que o Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia (IPAC) realizasse imediatamente o tombamento provisório do imóvel, de modo a impedir que o adquirente do imóvel possa demoli-lo ou descaracterizá-lo, comprometendo assim parte significativa da nossa história e da nossa identidade cultural. (ANDRADE JÚNIOR, 2010)

Consoante as Notas Técnicas acostadas ao processo de tombamento estadual, verifica-se que o pleito de Tombamento Provisório foi requerido pela Vereadora Andréia Mendonça,

Informações em www.direitosculturais.com.br

atendendo à solicitação do Instituto dos Arquitetos do Brasil- Departamento da Bahia, sendo também endossado e encaminhado ao IPAC/Bahia pelo Dr. Carlos Amorim, Superintendente do IPHAN na Bahia. Devidamente acompanhado de imagens e parecer assinado pelo Vice-Presidente do IAB, Professor da Faculdade de Arquitetura da Universidade Federal da Bahia (UFBA), Nivaldo Andrade Júnior, reporta-se o texto a manifestações de Renan Baleeiro, citando diversas obras, de reconhecimento nacional e internacional, que traduzem a relevância do bem em tela para a arquitetura baiana e brasileira, a exemplo de *L'Architeture d' Aujourd'hui*, Arquitetura e Engenharia, *Modern Architecture in Brazil*, todas uníssonas no sentido de conferir ao bem valor cultural suficiente à sua proteção estatal.

Em Nota Técnica, a equipe especializada do IPAC/Bahia manifestou-se favoravelmente sobre o requerimento de tombamento do imóvel Hotel da Bahia, situado na Av. 7 de Setembro, Campo Grande, Salvador-BA, concluindo tratar-se de um exemplar de referência na implantação da arquitetura moderna na Bahia e no Brasil.

Implicitamente, a motivação do pedido tombamento do Hotel da Bahia, para além da pretensão de preservar os valores materiais, denotava a preocupação em garantir que a destinação do imóvel como hotel fosse assegurada, o que encontra óbice na ordem jurídica brasileira, consoante entendimento emanado do Supremo Tribunal Federal. *Verbo ad verbum*:

> Tombamento de bem imóvel para limitar sua destinação às atividades artístico-culturais. Preservação a ser atendida por meio de desapropriação. Não pelo emprego da modalidade do chamado tombamento de uso. Recurso da Municipalidade do qual não se conhece, porquanto não configurada a alegada contrariedade, pelo acórdão recorrido, do disposto no art. 216, § 1º, da Constituição." (**RE 21.9292**, Rel. Min.**Octavio Gallotti**, julgamento em 7-12-1999, Primeira Turma, *DJ* de 23-06-2000.)

Em harmonia com o entendimento predominante, manifestou-se no mesmo sentido a doutrina, consoante expõe Miranda (2006, p. 112):

> Também não se pode tombar o uso específico de determinado bem (tombamento de uso), uma vez que a destinação não se constitui como coisa móvel ou imóvel. Desta forma, o tombamento de um prédio onde funciona um cinema, por exemplo, não implica na obrigatoriedade do proprietário do imóvel manter ad aeternum a mesma destinação cultural.

Com efeito, o entendimento predominante é no sentido de que, tendo em vista a necessidade de conservação e preservação do imóvel, o bem cultural possa ter a sua destinação somente considerada adequada ou inadequada, consoante pontua Castro (2009).

Vale dizer, o tombamento não se constitui no instrumento ideal à vinculação do uso do bem cultural, já que se trata de restrição parcial ao direito de propriedade, não impedindo, pois, a alienação do bem cultural tombado ou mesmo registrado, garantindo-se, tão-somente, o direito de preferência na aquisição do bem cultural ao ente público que promoveu o tombamento, a teor do disposto no art. 22 do Decreto-Lei 25/37.

Observa-se, entretanto, que a sociedade manifesta uma crença no sentido de que, para a preservação do patrimônio cultural, não apenas as características materiais abarcadas pelo tombamento devem ser protegidas, e não somente o registro dos aspectos imateriais da cultura, traduzidos nas práticas culturais simbólicas desenvolvidas naqueles lugares consagrados pelo Poder Público, devem ser os fatores determinantes à tutela jurídica do bem. É a conjugação do material e do imaterial que dever servir de subsídio à proteção jurídica do uso cultural do bem. *In casu*, o Hotel da Bahia não tem o seu mérito restrito às suas características arquitetônicas, inclusive porque com o advento da Carta de Outubro, de 1988, não apenas os bens dotados de monumentalidade ou excepcionalidade devem ser protegidos. A decisão judicial que garantiu a continuidade do uso do Hotel da Bahia respaldou-se no fato

ISSN-e: 2316-9982

Informações em www.direitosculturais.com.br

de que esse bem cultural, no seu horizonte material e imaterial, é portador de referência à identidade, à ação, à memória de diferentes grupos que formam a sociedade baiana.

Ao preencher essa lacuna existente na ordem jurídica pátria- inexistência de tratamento legislativo sobre a vinculação do uso de bens culturais, particulares ou públicos, - o Poder Judiciário, a pedido do Ministério Público, não restringiu a tutela do patrimônio cultural brasileiro aos instrumentos de tombamento e registro, que estão explícitos no texto constitucional e que são mais amplamente utilizados pelo Poder Executivo. Ao exercer a jurisdição, o Judiciário reafirmou veementemente conquistas do povo brasileiro, o qual teve garantido, constitucionalmente, mecanismos outros de proteção ao patrimônio cultural- outras formas de acautelamento e preservação, por vezes até mais eficazes do que os tradicionalmente utilizados pelo Poder Público.

4 O PODER DO JUDICIÁRIO NA DETERMINAÇÃO DO USO DE BENS CULTURAIS: o material e imaterial de mãos dadas em defesa do Hotel da Bahia.

Os erros, omissões e ações danosas ao patrimônio cultural, do passado e do presente, não podem continuar sendo admitidos no atual Estado Democrático de Direito, que se almeja estado sociocultural a partir da Constituição de 1988. Tampouco a exploração imobiliária poderá prevalecer numa sociedade que, a passos lentos, erigiu a cultura ao patamar de direito fundamental e difuso, trazendo, ainda, a dimensão imaterial do patrimônio cultural ao centro das discussões políticas relevantes.

A Constituinte de 88, mediante o art. 216, § 1º, destinou ao Poder Público e à comunidade a missão de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação, criando mecanismos diversos para que o direito à cultura e à memória sejam garantidos de forma mais eficaz.

É dizer, a partir do momento em que um dos instrumentos constitucionais, presentes no rol exemplificativo da CF/88, não atenda aos anseios das comunidades e do próprio Poder Público, outras formas de acautelamento e preservação deverão ser adotadas, mediante a propositura de Ação Civil Pública (Lei 7347/85), Ação Popular (Lei 4717/65), Ação Declaratória de Valor Cultural, Termos de Ajustamento de Conduta, Recomendações, dentre outras medidas, judiciais e administrativas, disponíveis ao cidadão brasileiro e ao Poder Público, incluindo na categoria deste último não apenas o Poder Executivo da União, Estados, Municípios e Distrito Federal e os seus entes da Administração indireta, mas também os Poderes Legislativo e Judiciário, e ainda o Ministério Público estadual e federal, a Defensoria Pública dos estados e da União, outros órgãos públicos interessados e legitimados à defesa do patrimônio cultural, conforme permissivo constante do art. 216, § 1º da CF/88.

É fato que a solicitação das comunidades funda-se, muitas vezes, no inquestionável valor afetivo que o espaço/lugar e a atividade ali desenvolvida têm para a comunidade envolvida, merecendo, o bem cultural, proteção legal integral- no aspecto material e imaterial-, com vistas a impedir que venha ele a ser destruído ou descaracterizado em sua materialidade e até mesmo alienado a terceiros que não darão continuidade às práticas socioculturais ali realizadas.

Os debates em torno da preocupação com a destinação do bem cultural tombado se dão a partir das realidades dos terreiros de candomblé da Bahia, “lugar que abriga práticas

Informações em www.direitosculturais.com.br

religiosas e sociais dinâmicas" (SANT'ANNA, 2011, p. 32), os quais, em grande escala, são objeto de disputa pela posse e propriedade. Como ressalta Amorim (2011, p. 22): "De fato, a especulação imobiliária, a ocupação urbana desordenada e a apropriação de espaços comuns dos terreiros por indivíduos vinculados ao culto têm sido o maior problema na redução das áreas de uso dos cultos".

E o patrimônio cultural, direito fundamental de terceira dimensão, fruto de intensas reivindicações, continua refém de interesses privatísticos? Como preencher essa lacuna dos textos legais que permite que o patrimônio cultural brasileiro continue vulnerável às investidas de bárbaros?

Na forma do quanto previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição, ao Poder Judiciário incumbe a apreciação de toda e qualquer lesão ou mesmo ameaça a direito e considerando que o art. 215 determina que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais, bem como protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, resta translúcido que não se pode continuar admitindo, com parcimônia, a atuação de particulares contra o patrimônio cultural brasileiro.

A CF/88, em comunhão com as demais legislações e fontes do direito, possui normas abertas que admitem o atendimento às peculiaridades e circunstâncias dos casos concretos que batem às portas do Judiciário, a quem, por sua vez, compete, na ausência de lei, a tarefa de preencher as lacunas existentes do ordenamento jurídico, sobretudo quando se trata de conferir efetividade a direitos culturais fundamentais de matriz constitucional. Ao Direito pós-positivista compete a tarefa de realização da justiça do caso concreto. Alvim Wambier (2005, p. 59) defende, nesse sentido, que "em diferentes momentos históricos, o direito vem sendo concebido de modos diversos [...], pensado de modos diferentes ao longo da história".

4.1 A DESTINAÇÃO DO USO DO HOTEL DA BAHIA

Segundo expõe Castriota (2009, p.86-87), ao se trabalhar com cultura é imprescindível considerar, sobremodo, a magnitude do patrimônio cultural, que deve ser considerado em todas as suas variantes: "devem-se trabalhar todos os diversos suportes da memória - as edificações e os espaços, mas também os documentos, as imagens e as palavras". A partir do momento em que se alarga e se ressignifica o próprio conceito de patrimônio, "torna-se necessária a ampliação dos instrumentos de conhecimento e análise, com a incorporação das perspectivas dos mais diversos profissionais e os da própria população, enquanto usuária e produtora do patrimônio".

Não se pode olvidar ainda a dinâmica intrínseca do patrimônio cultural, que não pode continuar a ser compreendido como "uma coleção de objetos afastados da vida, devendo ser visto como um suporte para um processo contínuo de produção da própria vida". Assim, necessário dar-se conta de que o patrimônio cultural possui potencial transformador e que, diante disso, será continuamente "relido e utilizado de forma libertadora". (CASTRIOTA, 2009, p.86-87).

Nas palavras de Chauí (1992):

> Numa perspectiva socialista, História se diz em muitos sentidos e particularmente naquele que teve nas origens: compreender o passado como pressuposto do presente que o presente repõe e repete enquanto o ignorar como seu passado e que

ISSN-e: 2316-9982

> ultrapassará quando dessa compreensão nascer a prática de emancipação, em que o futuro é o novo como realização das promessas não realizadas no passado nem no presente.

O caso do Hotel da Bahia traduz uma conquista digna de nota no cenário jurídico brasileiro e a ela volvamos o olhar nesse instante, no intuito de ampliar a discussão sobre a temática do uso de bens culturais.

Como se disse oportunamente, mas de forma perfunctória, o Hotel da Bahia é um empreendimento de grande significância histórica e cultural para grupos da sociedade soteropolitana e do Estado da Bahia, inclusive em razão da incorporação de obras de renomados artistas à sua arquitetura. Encerrou as suas atividades empresariais devido a dificuldades financeiras em março do de 2010, pelo que foi submetido a leilão. À época o Estado da Bahia, a fim de preservar o patrimônio cultural e artístico representado pelo edifício, viabilizou linha de crédito junto ao Desenbahia, exigindo, em contrapartida, que o Grupo Tropical/ AERUS, proprietário do imóvel, garantisse que o leilão do bem estivesse vinculado à sua manutenção em rede hoteleira.

No entanto, a despeito do acordo firmado entre as partes, o Grupo Tropical/ AERUS publicou Edital de Leilão Aerus para a venda do prédio Hotel da Bahia, em 15 de abril de 2010, com preço mínimo superior a 31(trinta e um) milhões de reais, sem garantir que o arrematante fosse obrigado a manter em funcionamento um hotel, colocando em risco, assim, os interesses socioculturais da Bahia.

O reconhecimento da importância cultural e artística do imóvel, pelo Estado, deu-se através do tombamento provisório do prédio que abrigou o Hotel da Bahia, tendo sido também declarada a importância do edifício para o patrimônio cultural baiano pelo IAB.

Foi, então, a partir de uma visão libertadora e transformadora sobre o patrimônio cultural que o Ministério Público da Bahia (MP/BA), traduzindo a angústia vivenciada pelo IAB, Departamento da Bahia, que assistia à realização de leilão para venda do Hotel da Bahia, propôs Ação Cautelar preparatória de Ação Civil Pública em face do Grupo Tropical/ Aerus- Instituto Aerus de Seguridade Nacional, no sentido de garantir, judicialmente, a continuidade do uso do Hotel da Bahia, bem cultural tombado pelo IPAC/BA.

Entendeu o MP/BA que a alienação do bem causaria violação a interesses difusos da população baiana, por afetar o patrimônio histórico e cultural do Estado, alertando, ainda, para o fato de que a cidade de Salvador será uma das sedes da Copa do Mundo de 2014, pelo que não podia sofrer tamanho desfalque em sua rede hoteleira. Afirmou, também, a existência de fumus boni iuris, periculum in mora e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, requerendo, liminarmente, fosse determinado ao primeiro Réu- Estado da Bahia- que passasse a adotar providências no sentido de impedir, através de seu poder de polícia, que o prédio do Hotel da Bahia fosse alienado para empresa que não atuasse no ramo hoteleiro (inclusive indeferimento de alvará, se fosse o caso).

Pediu, ainda liminarmente, que fosse determinada a suspensão do almejado leilão, intimando-se o segundo acionado- proprietário do Hotel da Bahia- para que se abstivesse de realizar o leilão, até que fosse republicado o edital, esclarecendo que somente seria permitida a participação de empresas no ramo hoteleiro, com exclusão de outros ramos de atividade empresarial, sob pena de multa diária e proibição de transferência no cartório imobiliário, sem prejuízo das consequências referentes ao crime por desobediência. Requereu, ao final que, caso fosse acolhida a segunda parte do pedido liminar, que fosse determinado o seu cumprimento por oficial de justiça in loco, que deveria comparecer na data e hora no local do leilão munido de competente mandado judicial, expedindo-se carta precatória para tanto,

Informações em www.direitosculturais.com.br

pedindo ainda a fixação de astreintes em valor não inferior a R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

A AERUS, por meio de representante legal, enviou, via FAX, uma petição informando do conhecimento da ação, esclarecendo a situação do leilão.

Em cognição sumária, entendeu o douto Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador-Bahia, que da análise minuciosa dos documentos acostados aos autos, houve acordo celebrado entre as partes demandadas, amplamente divulgado na imprensa local, no sentido da manutenção do desempenho da atividade hoteleira pelo arrematante do imóvel onde anteriormente funcionava o Hotel da Bahia, mas que o mesmo não foi cumprido.

Com base no parecer do IAB, que instruiu a petição inicial, afirmou o Juízo que:

> A estrutura arquitetônica singular do Hotel da Bahia, bem como a sua significância para o conjunto urbanístico desta Capital, impõe a preservação do imóvel, inclusive desempenhando a função hoteleira que, por tantas décadas, o caracterizou. Destarte, ainda que esteja em trâmite processo de tombamento movido perante o IPAC, tendo por fim a preservação do edifício em comento, o que garante a não interferência em sua estrutura pelo novo proprietário, **não se pode ignorar a importância do exercício da função hoteleira pelo adquirente, sob pena de estar maculando a essência deste Hotel, que já é considerado parte do patrimônio histórico da Bahia.** No mais, é inquestionável a existência de responsabilidade dos particulares perante os entes da Administração Pública direta ou indireta, quando celebrados contratos entre os mesmos, pois além do regramento da responsabilidade civil comum, estes negócios jurídicos traduzem um interesse público a ser tutelado. (BAHIA, 2010)

Em seu *decisum*, entendeu o Poder Judiciário da Bahia que, nos termos do art. 3º da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), o edital vincula as partes contratantes, em razão do que as cláusulas omitidas no instrumento convocatório não poderiam ser exigidas perante os licitantes, em momento ulterior. Assim, diante da omissão da empresa demandada quanto à inclusão de exigência expressa no edital, relativa à manutenção da atividade hoteleira no edifício a ser leiloado, não poderia ser imposta, posteriormente, tal condição ao novel proprietário e, consequentemente, restaria burlado o acordo celebrado entre o Estado da Bahia e aquela. Presumiu-se que houve omissão também do Estado na fiscalização do cumprimento do acordo em questão, dever este decorrente do poder de polícia que lhe é inerente.

Concluiu, então, a sua decisão em prol do patrimônio cultural baiano, afirmando: "Ademais, a realização do leilão sem a devida retificação do edital causaria prejuízo de difícil reversão ao patrimônio cultural do Estado.", pelo que "Comprovados o fumus boni iuris, o perigo da demora, a reversibilidade da medida pleiteada e a possibilidade de ineficácia da pretensão final, caso não seja assegurada a retificação do edital, por meio da sua suspensão, faz-se imperiosa a concessão da liminar requerida".

Confira-se o teor do dispositivo da decisão judicial, *in verbis*:

> Por tudo quanto exposto, CONCEDO A LIMINAR PRETENDIDA, para determinar ao ESTADO DA BAHIA que PASSE A ADOTAR PROVIDÊNCIAS NO SENTIDO DE **IMPEDIR, ATRAVÉS DE SEU PODER DE POLÍCIA, QUE O PRÉDIO DO HOTEL DA BAHIA SEJA ALIENADO PARA EMPRESA QUE NÃO ATUE NO RAMO HOTELEIRO (inclusive indeferimento de alvará, se for o caso).** DETERMINO, AINDA, QUE **SEJA SUSPENSO O LEILÃO PROMOVIDO PELO GRUPO TROPICAL/AERUS, TENDO POR OBJETO O IMÓVEL ONDE FUNCIONAVA O HOTEL DA BAHIA, ABSTENDO-SE O SEGUNDO RÉU DE REALIZAR O LEILÃO, ATÉ QUE SEJA REPUBLICADO O EDITAL, ESCLARECENDO QUE SOMENTE SERÁ PERMITIDA A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS NO RAMO HOTELEIRO,**

ISSN-e: 2316-9982

Informações em www.direitosculturais.com.br

> **COM EXCLUSÃO DE OUTROS RAMOS DE ATIVIDADE EMPRESARIAL,** SOB PENA DE MULTA DIÁRIA NO VALOR DE R$ 1.000.000,00 (UM MILHÃO DE REAIS) E PROIBIÇÃO DE TRANSFERÊNCIA NO CARTÓRIO IMOBILIÁRIO, SEM PREJUÍZO DAS CONSEQUÊNCIAS REFERENTES AO CRIME POR DESOBEDIÊNCIA. DETERMINO QUE A SUSPENSÃO DO LEILÃO SEJA CUMPRIDA POR OFICIAL DE JUSTIÇA IN LOCO, QUE DEVERÁ COMPARECER NA DATA E HORA (DIA 15 DE ABRIL, 15 HS), NO LOCAL DO LEILÃO MUNIDO DE COMPETENTE MANDADO JUDICIAL, PELO QUE DETERMINO A EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA COM ESTE FIM. Citem-se e intimem-se para cumprimento da decisão liminar. P.I. Salvador, 15 de abril de 2010. Dr.ª LISBETE MARIA TEIXEIRA ALMEIDA CÉZAR SANTOS. JUÍZA DE DIREITO TITULAR. (BAHIA, 2010)

Não há dúvidas de que a proteção ao patrimônio cultural, sua face material e imaterial, na forma do quanto pensado pelo legislador constituinte, não está apenas sob o amparo unilateral do Poder Executivo, em suas diversas escalas, único órgão responsável pela seleção do que, de fato, se constitui patrimônio cultural do Brasil. A CF/88 conferiu ao Poder Público tal desiderato e nele se inclui, dentre outros, o Ministério Público e o Poder Judiciário. Na visão de Machado (2005, p. 357), "A presença do Poder Judiciário para dirimir os conflitos ambientais, pode-se afirmar sem exagero, é uma das conquistas sociais importantes deste século, abrangendo países desenvolvidos e em desenvolvimento."

Frise-se que a intervenção do Poder Judiciário não se dará de qualquer forma. Mediante o devido processo legal e o contraditório, as partes serão cientificadas e apresentarão as informações necessárias, sem olvidar a imprescindível manifestação dos órgãos especializados, oficiais e não oficiais, em patrimônio cultural, no sentido de nortear a decisão judicial, o que legitima ainda mais a ingerência do órgão jurisdicional. E mais: caso a decisão não atenda ao ideal de justiça proposto, possível revê-la em grau recursal, porque a aplicação se deu de modo irrazoável, inadequada ou sem a devida fundamentação.

4.2 A COMUNHÃO ENTRE O MATERIAL E O IMATERIAL POTENCIALIZANDO E GARANTINDO DE DIREITOS

As práticas de preservação do patrimônio cultural no Brasil, como visto, são recriadas, a todo o momento, tendo em vista o caráter essencialmente dinâmico e plural da cultura, exigindo da ordem jurídica pátria novos olhares e novos instrumentos de tutela que satisfaçam, de forma mais ampla e significativa, às demandas emergentes.

O Direito em si, como elemento da cultura, é também dinâmico e é composto por diversas fontes e métodos de integração - costume, analogia, princípios gerais, equidade e jurisprudência, e não apenas pela lei, esta sim fruto do positivismo jurídico que, por sua vez, remete à ideia de criação de direitos e obrigações somente a partir do direito posto- a lei.

Contudo, na contemporaneidade, o ordenamento jurídico brasileiro vive e sobrevive do diálogo das fontes, abandonando, aos poucos, essa faceta positivista. O Direito é criado e recriado a partir dos fatos sociais, que mudam cada vez mais rapidamente, deixando ao intérprete do direito a missão de, a partir do caso concreto, dar efetividade a direitos já existentes, muitos deles de matriz constitucional.

À luz da legislação vigente, é perceptível, sem ser necessário qualquer exercício hermenêutico, e independente da existência ou não de qualquer regulamentação infraconstitucional, identificar os instrumentos legais de preservação do patrimônio cultural, eis que presentes explicitamente no texto constitucional, art. 216, § 1º. No entanto, o próprio

Informações em www.direitosculturais.com.br

texto constitucional prevê cláusulas abertas, dando possibilidade ao manejo de outras formas de acautelamento e preservação para a promoção e proteção ao patrimônio cultural brasileiro.

Poder-se-ia dizer que o art. 216, § 1º, parte final, apresenta-se como cláusula geral, que é norma com diretriz indeterminada, a qual não possui uma consequência jurídica imediata a partir da sua leitura pura e simples, como ocorre no caso do Tombamento ou do Registro. Estes sim são regras casuísticas, pois há uma solução jurídica já fixada previamente para os casos específicos de violação ao patrimônio cultural material e imaterial já protegidos pelo Estado, de modo fragmentado, sobretudo no tombamento. No que se refere à expressão "outras formas de acautelamento e preservação", tem-se a modalidade de norma inteiramente aberta, só se podendo adotar uma medida preservacionista a partir do caso concreto. Esclarece Didier Júnior (2010) que a ideia é "estabelecer uma pauta de valores a ser preenchida historicamente de acordo com as contingências históricas". Segundo Martins Costa (1999, p. 306):

> Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente 'aberta', 'fluida' ou 'vaga', caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressistematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico". Cabe ao aplicador da norma identificar o preenchimento do suporte fático e determinar qual a conseqüência jurídica que dele será extraída.

As normas constitucionais vigentes, nascidas após a derrocada dos regimes fascistas e militares após a década de 1970, "alargaram os horizontes da proteção da cultura, surgindo dai a ideia de direitos culturais como dimensão dos direitos fundamentais do homem, o qual tem sua matriz já na Declaração Universal dos Direitos Humanos" (SILVA, 2001, p. 40). Apontam-se os caminhos para diminuir ou mesmo resolver a angústia de muitas comunidades que, tendo ou não bens culturais protegidos pelo Estado, passam por conflitos que envolvem o uso desses bens e que questionam a eficácia do tombamento e do registro em face da necessidade de assegurar o seu uso. Aquele só trata especificamente da proteção ao patrimônio material e este do imaterial, mas até mesmo a aplicação dos dois instrumentos sobre um bem cultural não tem o condão de garantir a adequada continuidade do seu uso, o qual dependerá, indispensavelmente, de incentivos e da manifestação de vontade dos grupos usuários na manutenção da destinação desses bens culturais.

Ao atribuir ao Poder Público a missão de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, a Carta Política de 1988 concedeu às esferas de poder instrumentos outros, hábeis à consecução do interesse público, a exemplo da Ação Civil Pública, Ação Popular e outras, no intuito de que, a depender do caso concreto, fosse adotada a forma que melhor atenda aos anseios das comunidades e grupos interessados na preservação do patrimônio cultural, a exemplo do que ocorreu no caso analisado neste trabalho.

O Hotel da Bahia, embora tombado pelo Estado, corria o risco de ter o seu uso comprometido ante uma situação financeira vivenciada pelos seus proprietários. O Tombamento não resolveria a questão da propriedade e da destinação do imóvel nem o Registro de Lugar alcançaria tal fim, ao menos de forma imediata. Entretanto, a existência daquele lugar, vinculado não somente à ideia de localização, mas, sobretudo, fruto da construção de um elo afetivo entre indivíduos- grupos sociais baianos- e o lugar- Hotel da

ISSN-e: 2316-9982

Bahia, a vivência e o sentimento de pertencimento do povo àquele lugar, nortearam a ação do Ministério Público e do Poder Judiciário do Estado da Bahia.

Na análise do caso concreto, o Tombamento serviu de fundamento para legitimar ainda mais a ação ministerial e a decisão judicial, embora esse instrumento administrativo esteja ainda voltado tecnicamente mais à proteção da dimensão material do patrimônio cultural do que da imaterial, pensamento que, inclusive, vem evoluindo. Conforme preconiza Sant'Anna (2011, p.197) "os bens de natureza material têm uma face imaterial que se vincula aos valores coletivos a eles atribuídos e, ainda, aos que resultam do seu uso e da apropriação social", e, de outro lado, "os bens culturais de natureza imaterial [...] têm uma face material, na medida em que se manifestam em coisas, objetos e atos realizados por corpos concretos, além de estarem vinculados e imersos numa determinada cultura material."

Na hipótese do Hotel da Bahia, o diálogo entre o material e o imaterial se concretizou plenamente e reclamou do Poder Público uma decisão que, de fato, garantisse a tutela efetiva de proteção ao patrimônio cultural, tanto imaterial quanto material, já que o uso e a destinação estão fortemente vinculados à ideia de imaterialidade, o qual, por sua vez, tem no material-lugar - o suporte físico necessário à preservação de práticas e memórias. Essa interação entre o patrimônio material e imaterial, que se "concretiza de modo privilegiado no lugar e na paisagem", servem para sedimentar "uma noção mais ampla e dinâmica de patrimônio cultural" (SANT'ANNA, 2011, p. 197). Para esta autora: "Uma não faz sentido sem a outra, e uma não pode ser completamente apreendida sem a outra, embora a salvaguarda de cada uma delas demande instrumentos e abordagens distintos".

Sobre isso, ressalta Veloso (2004, p. 34): "Afirma-se, mais uma vez aqui, a relação entre patrimônio material e imaterial, tradição, memória e os testemunhos de suas manifestações, que compõem os lugares e as celebrações do cotidiano dos grupos sociais".

Assim sendo, percebe-se necessária e real a possibilidade de assegurar o uso de determinados bens culturais portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, a depender do caso concreto e da manifestação inequívoca de vontade daqueles que dialogam com o bem, lançando mão dos instrumentos postos a esses grupos que reconhecem a sua relevância cultural. O espaço do Hotel da Bahia tornou-se lugar de referência, de memória, a partir do momento em que um grupo social o preencheu com valores e sentidos, conforme expõe Tuan (1983, p. 06): "O que começa como espaço indiferenciado transforma-se em lugar à medida que o conhecemos e o dotamos de valor".

Ressalte-se, outrossim, que questões outras, de propriedade e posse sobretudo, envolvendo bens culturais diversos, protegidos em sua dimensão material e imaterial, estão surgindo a todo momento e reclamando do Poder Público, principalmente dos órgãos de proteção, ações e medidas concretas, a exemplo do que ocorre com os terreiros de candomblé. O tombamento e o registro de lugar possuem carga jurídica e axiológica à proteção de direitos fundamentais e interesses difusos e coletivos, dando suporte a ações concretas, inclusive pela via judicial, que visem a resguardar, garantir e proteger o patrimônio cultural brasileiro, encontrando-se, para tanto, farto manancial de normas e avançados posicionamentos jurisprudenciais em favor do direito à cultura e à memória, de matriz constitucional.

Além da Carta Magna, do DL 25/37, Decreto Presidencial 3551/2000, do Dec. 5.753/2006, que promulga a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio cultural Imaterial, normas federais, estaduais e municipais pertinentes, o patrimônio cultural é objeto de proteção pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), o qual estabelece que a execução da política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da

Informações em www.direitosculturais.com.br

propriedade urbana, mediante diretrizes gerais de proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico. Ainda o Código Civil dispõe, em seu art. 1228, § 1º, que "O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico [...]."

O instrumento previsto no Estatuto da Cidade em defesa do patrimônio cultural brasileiro é o Plano Diretor. Segundo Conte (2002, p.140):

> O plano diretor delimita os conjuntos urbanos e ambientes que dizem respeito à memória cultural do povo. O patrimônio cultural, além de seu significado como elemento do processo de construção da memória coletiva de uma sociedade, e como expressão das diversidades, que identificam uma cultura específica, tem um papel importante na estruturação do urbano, que é o de qualificar o espaço público. [...]. Em relação ao patrimônio cultural, o plano diretor deve ser o instrumento da expressão da preocupação com a preservação daqueles espaços urbanos que, culturalmente, emprestaram e emprestam significado à história da cidade.

Soares (2009, p. 153), por sua vez, defende a necessária aplicação do princípio do uso compatível do bem, que merece observância para o caso aqui estudado. Para ela:

> [...] o princípio do uso compatível deve proporcionar a integração do bem cultural ás necessidades e aos interesses da comunidade. Ou seja: o acesso e a fruição ao bem cultural devem ser compatíveis com as características que este porta e com sua repercussão social, cultural e econômica. No caso dos bens culturais materiais, o uso compatível é resultado de um processo, no qual se faz a eleição de novos usos, com a finalidade de sua reinserção na e para a comunidade. O processo deve ser conduzido pelo Poder Público, independentemente da propriedade pública ou privada do bem, o qual aprovará o novo uso (ou indicará possíveis usos ao bem), a partir de projeto apresentado (no caso de bens imóveis) [...].

E completa a aludida autora, quando se trata de valores intangíveis do bem material:

> O novo uso, embora possa ser completamente diverso do uso anterior, não pode afrontar os valores imateriais do bem. Desse modo, não é cabível, por exemplo, a reinserção de um bem cultural móvel de valor religioso (que na memória da comunidade é ligado ao sagrado) para um uso que de algum modo desrespeite as práticas religiosas da comunidade ou de seus antepassados (ou que desrespeite o valore referencial do sagrado). O mesmo exemplo pode ser utilizado no caso de bens culturais construídos: não se coaduna com o princípio do uso compatível a utilização do espaço interno do bem que antes se destinava à prática religiosa para atividades que de algum modo desrespeitem a memória e os valores culturais da comunidade ou de seus antepassados.

É fato: "O Direito passa a ser construído *a posteriori*, em uma mescla de indução e dedução, atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada por esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa abstrata e aprioristicamente". (DIDIER JÚNIOR, 2010)

5 CONCLUSÃO

Lidar com o patrimônio cultural requer a exata noção de que certas dimensões desse patrimônio só existem articuladas às pessoas, às coisas e à realidade das pessoas. Impossível, tanto ao pesquisador quanto ao agente de patrimônio, trabalhar com a preservação do patrimônio cultural sem ter em mente que o suporte do patrimônio é o homem, é a pessoa ou grupo de pessoas que realizam a prática cultural na sua inteireza, é a coisa em si, não apenas

ISSN-e: 2316-9982

Informações em www.direitosculturais.com.br

na conservação da sua memória, sua identidade ou conhecimento, mas na sua promoção efetiva e concreta, no aqui e no agora, no tempo e no espaço.

Diante disso, inviável pensar-se na preservação do patrimônio cultural sem uma condução total, nesse processo de patrimonialização, daqueles que praticam ou vivenciam o bem na sua lida diária e constante e, ainda, sem a sensibilidade do Poder Público, sobretudo os órgãos de proteção do Executivo, e, ainda, dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Eventuais lacunas na legislação não podem permanecer constituindo óbice à efetividade dos direitos culturais, de natureza fundamental e difusa e de matriz constitucional. Isso porque o tempo constitui fator determinante em muitas das problemáticas que envolvem bens culturais, exigindo da sociedade e do Poder Público uma atuação rápida e eficaz, sob pena de grave e irreparável prejuízo ao patrimônio cultural. Caso a lei não acompanhe o dinamismo das relações sociais e, portanto, não atenda às novas demandas, compete ao Poder Judiciário e demais entes públicos legitimados à promoção e defesa do patrimônio cultural, a partir da análise do caso concreto e à luz dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais em vigor, concretizar direitos já conquistados pelos cidadãos brasileiros.

A determinação do uso ou da destinação de bens culturais, sejam estes protegidos ou não, deverá ser analisada a partir da sua realidade concreta e das características e elementos constantes do bem, prescindindo, pois, de prévio estudo técnico, que balizará a decisão do Judiciário caso a caso, sem olvidar a imprescindível manifestação de vontade dos produtores, detentores e usuários dos bens culturais. Neste caso, as ações do Poder Público deverão observar o princípio do uso compatível do bem, dinâmica patrimonial em sentido estrito.

Ao Poder Judiciário compete, no altar sagrado do patrimônio cultural, celebrar a comunhão entre a dimensão material e imaterial da cultura, traduzindo os anseios mais ardentes das comunidades e que a Constituinte de 1988 tão bem soube interpretar e consagrar no universo do Direito.

A diversidade cultural, amplamente contemplada na CF/88, está presente até mesmo nos instrumentos constitucionais e infraconstitucionais dispostos à sociedade brasileira para a proteção ao patrimônio cultural. Resta conhecimento da realidade, compromisso político, competência técnica, relação dialógica entre Poder Público e bases sociais.

A análise do caso do Hotel da Bahia reflete a importante e indissociável comunhão entre o material e o imaterial na proteção ao patrimônio cultural. Que a experiência retratada sirva de reflexão no sentido de se entender que o Poder emana do povo, a teor do disposto no art. 1º, parágrafo único da CF/88, e que, diante disso, caso não haja a devida atenção dos Poderes Executivo e Legislativo às novas problemáticas decorrentes da fruição dos direitos culturais, cabe ao Judiciário, de braços dados com outras esferas de poder, porta-voz dos anseios e interesses da comunidade e a quem compete "dizer o direito", intervir no campo individual dos cidadãos, concretizando direitos e garantindo a efetividade do direito fundamental à cultura e à memória, de "matriz constitucional e cidadã".

Como enfatiza Silva (2001, p. 15): "Bom seria se pudéssemos penetrar fundo na alma do povo, pois ali que mora o sentimento, é dali que emanam os símbolos mais autênticos da cultura popular brasileira". E prossegue, afirmando: "É ali que brota o imaginário, que recria as formas mágicas, os sons e os tons, que invadem a sensibilidade e amolecem os corações mais duros desses brasis de tantas misérias".

REFERÊNCIAS

Informações em www.direitosculturais.com.br

AMORIM, Carlos A. **O patrimônio cultural dos templos afro-brasileiros**/prefácio Luiz Fernando de Almeida; apresentação, Carlos A. Amorim; autores, Carlos A. Amorim, Márcia Sant'Anna... [et al.]._ Salvador: OITI, 2011.

ANDRADE JUNIOR, Nivaldo Vieira de. **Arquitetura Moderna e Preexistência Edificada**: intervenções sobre o patrimônio arquitetônico de Salvador a partir dos anos 1950. In: **Anais do 6º Seminário DOCOMOMO Brasil**. Niterói: PPG-AU/UFF / DOCOMOMO Brasil / CREA/RJ, 2005 (CD-Rom).

_____. **Diógenes Rebouças**: multiplicidade e diversidade na produção de um arquiteto baiano. In: **Anais do Seminário Latino-Americano Arquitetura e Documentação**. Belo Horizonte: EA/UFMG : IEDS, 2008. (CD-Rom).

_____. **Metamorfose Arquitetônica: intervenções projetuais contemporâneas sobre o patrimônio edificado**. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo). Salvador: PPG-AU/FAUFBA, 2006.

_____. Salvemos o Hotel da Bahia. **A Tarde**, 14 mar. 2010, A2.

ANDRADE JUNIOR, Nivaldo Vieira de; LEAL, João Legal. **Arquitetura Moderna e Reciclagem do Patrimônio Edificado**: a contribuição baiana de Diógenes Rebouças. In: **Anais do 7º Seminário DOCOMOMO Brasil**. Porto Alegre: PROARQ/UFGRS, 2007. (CD-Rom)

AZEVEDO, Paulo Ormindo de. **Diógenes Rebouças**, um pioneiro modernista baiano. In: CARDOSO, Luiz Antônio Fernandes; OLIVEIRA, Olívia Fernandes de (Org.). **(Re) Discutindo o Modernismo: universalidade e diversidade do movimento moderno em arquitetura e urbanismo no Brasil**. Salvador: Mestrado em Arquitetura e Urbanismo da UFBA, 1997, pp. 187-200.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado. **Liminar determinação judicial - preservação do patrimônio cultural.** Decisão do Processo 0034154-80.2010.805.0001 - Cautelar Inominada**,** da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador. Juíza Lisbete Maria T. A. Cézar Santos. Salvador, 16 de abril de 2010. Diário Oficial do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Bahia, n. 221, abr. 2010.

CASTRIOTA, Leonardo Barci. **Patrimônio Cultural**- conceitos, políticas, instrumentos. São Paulo: AnnaBlume, 2009.

CASTRO, Sônia Rabelo de. **O Estado na preservação de bens culturais**: o tombamento. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2009.

CHAUÍ, Marilena. **Política Cultural, cultura política e patrimônio histórico**. *In*:____ O Direito à Memória: patrimônio histórico e cidadania. São Paulo: DPH, 1992.

CONTE, Ana Carolina Papacosta. **A proteção do patrimônio cultural brasileiro em face do direito ambiental**: o centro da cidade de São Paulo e a sua tutela jurídica. Dissertação (Mestrado)- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São

Paulo, ano 35, nº 187, p. 79, set. 2010.

GALVÃO, Bruno Haddad. **Diferença entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado**. Disponível em http://www.sosconcurseiros.com.br. Acesso em 08 de julho de 2013.

GOMES, Donaldson. Hotel da Bahia vai a leilão no dia 15 pelo preço mínimo de R$ 31,65 mi. **A Tarde**, 06 abr. 2010, p. B8.

ISSN-e: 2316-9982

_____. Obras de arte do Hotel da Bahia vão a leilão. **A Tarde**, 19 mar. 2010, p. B2.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 13ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Malheiros editores, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 303-306

MIRANDA, Marcos Paulo S. **Tutela do patrimônio cultural brasileiro**: doutrina, jurisprudência, legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

NORA, P. (Org.). **Les lieux de mémoire**. Paris: Gallimard, 1997.

RIBEIRO, P.A.; REBOUÇAS, D.. Brésil, Hotel à Bahia. **L'Architecture d'Aujourd'hui**, nº 52, p. 32, jan./fev. 1954.

RIBEIRO, Paulo Antunes; REBOUÇAS, Diógenes. **Hotel à Bahia** (Brésil). **L'Architecture d'Aujourd'hui**, nº 27, pp. 88-90, dez. 1949.

SANT'ANNA, Márcia. **Reconceituações contemporâneas sobre patrimônio**. Marco Aurélio A. de Filgueiras Gomes, Elyane Lins Corrêa Organizadores.- Salvador: EDUFBA, 2011. 254 p. (Coleção Arquimemória; v. 1)

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura.** São Paulo, Editora Malheiros, 2001.

SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TUAN, Y.F. **Espaço e lugar** – A perspectiva da experiência. São Paulo: Difel, 1983.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do código civil de 2002 – a função social do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, SP: RT, v. 94, n. 831, p. 59-79, 2005.

II Encontro Internacional de Direitos Culturais
2nd International Meeting on Cultural Rights
A matriz constitucional e cidadã
A constitutional and civic matriz
09 a 12 outubro 2013
Fortaleza
Ceará - Brasil
Apoio
Realização
Informações em www.direitosculturais.com.br