Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

Hermano Fabrício Oliveira Guanais e Queiroz

O registro de bens culturais imateriais como instrumento constitucional garantidor de direitos culturais

Rio de Janeiro

2014

Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

Hermano Fabrício Oliveira Guanais e Queiroz

O registro de bens culturais imateriais como instrumento constitucional garantidor de direitos culturais

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Profissional do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Preservação do Patrimônio Cultural.
Orientadora: Prof.ª. Dra. Márcia Sant'Anna
Supervisora: Ms. Desirée Tozi

Rio de Janeiro

2014

O objeto de estudo dessa pesquisa foi definido a partir de uma questão identificada no cotidiano da prática profissional do Departamento de Patrimônio Imaterial/ Brasília.

Q3r Queiroz, Hermano Fabrício Oliveira Guanais e.
O registro de bens culturais imateriais como instrumento constitucional garantidor de direitos culturais / Hermano Fabrício Oliveira Guanais e Queiroz – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 2014.

301 f.

Orientadora: Márcia Sant'Anna

Dissertação (Mestrado) – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, Mestrado Profissional em Preservação do Patrimônio Cultural, Rio de Janeiro, 2014.

1. Patrimônio Cultural Imaterial. 2. Registro. 3. Ações de salvaguarda. 4. Direitos culturais constitucionais. I. Queiroz, Hermano Fabrício Oliveira Guanais e. II. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Brasil). III. Título.

CDD 363.690981

Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

Hermano Fabrício Oliveira Guanais e Queiroz

O registro de bens culturais imateriais como instrumento constitucional garantidor de direitos culturais

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Profissional do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Preservação do Patrimônio Cultural.

Rio de Janeiro, 12 de dezembro de 2014.

Banca examinadora

_____

Professora Dra. Márcia Genésia Sant'Anna (orientadora)

_____

Professora Dra. Carla Arouca Belas – PEP/MP/IPHAN

_____

Professora Dra. Juliana Ferraz da Rocha Santilli – Ministério Público/DF

A Deus, criador das coisas visíveis e invisíveis, meu Guia e proteção, “Caminho, Verdade e Vida”.
Aos meus pais, Ivaneide Guanais e Jusselino Soares de Queiroz, e à minha família, meu porto-seguro...

AGRADECIMENTOS

Do recôndito do meu ser, os agradecimentos:

A Deus, fonte perene de amor, pela dádiva da vida, pelo discernimento, coragem e fé nos momentos mais difíceis dessa caminhada;

À professora Márcia Sant'Anna, evoco as sábias palavras do Mestre Calmon de Passos, que nos alertava "de que não devemos perguntar sobre razões quando quem fala é o coração. Por isso também se diz que o coração tem razões que a própria Razão (com letra maiúscula) desconhece. [...] Mas o coração, no particular, falou mais alto, e se foi ele quem falou, não me perguntem sobre as razões porque o fez." Neste caso, sem dúvida, tanto a razão quanto o coração me fizeram escolher, dentre tantos intelectuais, estudiosos, professores, uma verdadeira educadora, para me orientar nesta etapa tão importante que é a produção desta Dissertação. Ela, humildemente, em nosso primeiro encontro na Universidade Federal da Bahia, me confessou que não entendia o porquê de eu, um profissional do Direito, tê-la escolhido para ser orientadora. Pensei, mas não respondi, em uma frase simples, mas bastante verdadeira: "Porque você é Márcia Sant'Anna, e é baiana". Márcia, de fato, é uma mulher que caminha, segundo suas utopias e nesse peregrinar, exercendo o seu sacerdócio com amor, competência e compromisso, forma o seu apostolado. Espero, Márcia, que na história da sua trajetória acadêmica, lá naquele cantinho "especialíssimo", o coração, esteja a marca indelével de um aluno, discípulo convicto seu, que eleva a você um preito de gratidão pela inspiração intelectual, profissional e, acima de tudo, humana.

A minha querida e amada supervisora, Desirée Tozi, uma figura doce e amável, competente e dedicada, pelos ensinamentos, pelas conversas, pela tolerância e compreensão nos momentos delicados, sobretudo por conta dos afazeres profissionais. Você é uma daquelas criaturas a quem chamamos de "especiais".

A todos os meus professores do PEP/IPHAN, minha academia sagrada, pela formação permanente, e, de maneira especial, a Adriana Nakamuta, Lia Motta e Carla Belas.

A toda a equipe do DPI, tão bem qualificada, que muito me deu lições, que me apresentou esse universo encantado que é o patrimônio cultural imaterial, sobretudo a Célia Corsino, por dividir experiências e corroborar com minhas assertivas; a Letícia Vianna, pelas conversas matutinas que se transformavam em verdadeiras aulas de antropologia cultural; a Natália Brayner, Diana Dianowsky e Alessandra, por compartilhar seus conhecimentos e vivências nesse vasto e complexo campo do patrimônio cultural; a todos os outros colegas e amigos do DPI.

Aos meus companheiros e amigos do Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia, IPAC, especialmente a Frederico Mendonça, Sonia França (dinda) e Lucy Caldas (tia Lu) e Elisabete Gándara, pelo carinho e pela compreensão nos momentos de ausência, pela força e entusiasmo durante essa jornada de dois anos de muita luta, abnegação e entrega em busca de um sonho. Vocês sonharam comigo, e, assim, alcancei a vitória com muito mais tranquilidade.

A todos os meus familiares e amigos, especialmente os meus colegas do Mestrado, que ouviram os meus desabafos, presenciaram e respeitaram o meu silêncio; que compartilharam o perpassar destes anos, de páginas, de livros e cadernos; que me acompanharam, no choro, no riso; que sentiram, participaram, aconselharam, dividiram as suas companhias, os seus sorrisos, as suas palavras...

A todos vocês, o meu muito obrigado!

“Estou perfeitamente seguro de que tenho razão; mas posso enganar-me e podes ter razão tu. Em qualquer dos casos, vamos conversar racionalmente, pois assim nos aproximaremos mais da verdade, do que se cada um persistir no seu ponto de vista. Ver-se-á perfeitamente que a atitude que designo como sensata ou racional pressupõe um certo grau de modéstia intelectual. É uma atitude de que só são capazes aqueles que reconhecem não ter por vezes razão e que geralmente não esquecem os seus erros.” **Karl Popper**, O Racionalismo Crítico na Política

RESUMO

A temática objeto de estudo desta dissertação refere-se ao Registro de bens culturais imateriais como instrumento constitucional garantidor de direitos culturais. A análise, por recorte metodológico, é feita a partir do mecanismo legal do Registro, formulado inicialmente apenas para identificar, reconhecer e valorizar a dimensão imaterial do patrimônio cultural portadora de referência à ação, memória e identidade de diversas culturas dos grupos que formam a sociedade brasileira. Demonstra-se, contudo, que, após a sua aplicação reiterada pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), em diversas categorias do patrimônio intangível - saberes, celebrações, lugares e formas de expressão -, a partir da crença das comunidades e da força normativa conferida pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), pelo Decreto Presidencial 3551/2000 e pela Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Imaterial, que tem status de lei ordinária, o Registro detém força jurídica hábil à efetiva proteção do conjunto de bens intangíveis por si tutelado. Isso porque os direitos culturais estão no rol dos direitos fundamentais, incidindo, pois, na previsão do art. 5º, § 1º, da CF/88, que reconhece a aplicação imediata de todas as normas definidoras de tais direitos e garantias. Desenvolveu-se a observação analítica desse processo mediante estudos de caso de alguns bens patrimonializados, com destaque para os Registros da Arte Kusiwa, da Cachoeira do Iauaretê, das Paneleiras de Goiabeiras e do Ofício das Baianas de Acarajé. Com respaldo em pesquisa documental, bibliográfica e de campo buscou-se analisar as problemáticas até então chegadas ao IPHAN e o modo como se deu a sua resolução, comprovando-se, assim, a aptidão do Registro para produzir efeitos sociais e jurídicos, bem como se observando os limites de atuação do IPHAN frente às problemáticas jurídicas que constantemente lhe são submetidas na promoção da salvaguarda dos bens registrados- questões de propriedade, posse, direitos autorais, de imagem, propriedade intelectual, direito à saúde, ambiental, urbanístico, segurança alimentar, civis, contratuais - que, muitas vezes, demandam ações articuladas entre diversas esferas de poder, já que a preservação do patrimônio cultural se faz, necessariamente, com políticas públicas transversais e integradas. A partir disso, verificou-se que, dentre outras questões, a máxima efetividade do art. 216 da CF/88 e das demais normas legais e infra legais a ser promovida pelo IPHAN, por meio do Registro, não deve estar pautada num modelo minimalista e reducionista de interpretação e aplicação da legislação existente na ordem jurídica constitucional e infraconstitucional. Os bens registrados estão protegidos por um regime jurídico diferenciado, potencializado pela atuação administrativa e judicial, tendo em vista o caráter essencialmente dinâmico do patrimônio cultural imaterial e as suas características de subjetividade, maleabilidade, flexibilidade e novidade, o que requer uma resposta estatal construída a partir da realidade, da análise dos casos concretamente.

PALAVRAS-CHAVE: Patrimônio cultural imaterial. Registro. Ações de salvaguarda. Direitos culturais constitucionais.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ABAM Associação Baiana de Acarajé, Mingaus e Receptivos
ANC Assembleia Nacional Constituinte
ANVISA Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APG
APINA Conselho das Aldeias Wajãpi
BCR Bens Culturais Registrados: base de dados
CC Código Civil
CEAO Centro de Estudos Afro-Orientais
CESAN Companhia Espírito Santense de Saneamento
CF/88 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CGSG Coordenação Geral de Salvaguarda
CNFCP Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular
CNRC Centro Nacional de Referências Culturais
COMARA Comissão de Aeroportos da Amazônia
CONAMA Conselho Nacional do Meio Ambiente
COPEDOC Coordenação-Geral de Pesquisa e Documentação/Iphan
CP Código Penal
CPP Código de Processo Penal
DEPAM Departamento de Patrimônio Material
DF Distrito Federal
DID Departamento de Identificação e Documentação/Iphan
DP Decreto Presidencial
DPI Departamento do Patrimônio Imaterial/Iphan
DL Decreto Legislativo
FUNAI Fundação Nacional de Assistência ao Índio
Funarte Fundação Nacional de Arte
FNC Fundo Nacional de Cultura
GTPI Grupo de Trabalho do Patrimônio Imaterial
GT Grupo de trabalho
IBAMA Instituto de Meio Ambiente
IBRAM Instituto Brasileiro de Museus
ICmBio Instituto Chico Mendes de Biodiversidade
INCRA Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
INPI Instituto Nacional de Propriedade Industrial
IPAC Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia
IPHAN Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
INPI Instituto Nacional de Propriedade Intelectual
INRC Inventário Nacional de Referências Culturais
ISA Instituto Socioambiental
MEC Ministério de Educação e Cultura
MinC Ministério da Cultura
MPE Ministério Público Estadual
MPF Ministério Público Federal
NUDEPHAC Núcleo de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural
ONU Organização das Nações Unidas

PCI Patrimônio cultural imaterial
PACA Programa de Apoio às Comunidades Artesanais
PEP Programa de Especialização em Patrimônio
PNPI Programa Nacional do Patrimônio Imaterial
SISNAMA Sistema Nacional do Meio Ambiente
SPAN Serviço do Patrimônio Artístico Nacional
SPHAN Secretaria de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
SPHAN Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
STF Supremo Tribunal Federal
STJ Superior Tribunal de Justiça
Resp Recurso Especial
RExt Recurso Extraordinário
TJ Tribunal de Justiça
TRF Tribunal Regional Federal
UFBA Universidade Federal da Bahia
Unesco Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO
CAPÍTULO 1
2 O PATRIMÔNIO CULTURAL COMO BEM JURÍDICO
2.1 CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL
2.1.1 A fase do abandono e do mecenato
2.1.2 A ingerência do Estado na proteção jurídica dos bens culturais
2.1.3 Fases da excepcionalidade e historicidade
2.1.4 O horizonte da imaterialidade no patrimônio cultural
2.2 NATUREZA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL
CAPÍTULO 2
3 A FACE IMATERIAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO DIREITO BRASILEIRO
3.1 ESCORÇO HISTÓRICO DA PROTEÇÃO LEGAL DA NATUREZA MATERIAL E IMATERIAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL
3.1.1 A tentativa frustrada de Mário de Andrade e a construção de um monumento legislativo, o Decreto-Lei 25, de 1937
3.1.2 A era Aloísio de Magalhães e o olhar estatal para as culturas populares
3.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A CONSAGRAÇÃO DO REGISTRO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL
3.2.1 O Registro Especial no contexto da atualização da legislação baiana de proteção ao patrimônio cultural, de 1987
3.2.2 O registro como fator de refinamento da democracia deliberativa e de concretização da sociedade aberta de intérpretes na visão de Peter Häberle
3.3 A REGULAMENTAÇÃO INFRALEGAL DA DIMENSÃO INTANGÍVEL DO PATRIMÔNIO CULTURAL
3.3.1 A instituição do grupo de trabalho do patrimônio imaterial
3.3.1.1. A intenção inicial de identificação, reconhecimento e valorização do imaterial
3.3.2 Decreto presidencial: instrumento ideal ou possível?
3.3.2.1 O alcance do Decreto Presidencial 3551/2000
3.4 O DECLÍNIO DO POSITIVISMO E A PROMOÇÃO DO DIÁLOGO DAS FONTES PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS CULTURAIS
3.5 A SOCIEDADE CONSTRUINDO O SENTIDO DO ART. 216 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E CONCRETIZANDO A VONTADE POLÍTICA DO CONSTITUINTE
3.6 NOVAS RESPOSTAS DO ESTADO FRENTE A DANOS AO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL REGISTRADO
CAPÍTULO 3
4 A EFICÁCIA JURÍDICA DO REGISTRO E A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA
4.1 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À CULTURA
4.1.1 A aplicação imediata do direito fundamental à promoção e proteção da dimensão imaterial do patrimônio cultural

4.2 A CONVENÇÃO PARA SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO IMATERIAL ENQUANTO LEI DE PROTEÇÃO À FACE IMATERIAL DO PATRIMONIO CULTURAL BRASILEIRO
4.2.1 O horizonte de eficácia dos arts. 11 e 13 da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Imaterial registrado
4.3 EFEITOS JURÍDICOS DO REGISTRO E A PRÁTICA DA SALVAGUARDA
4.3.1 Aspectos relevantes do procedimento administrativo do Registro
4.3.2 As interfaces entre tombamento e registro e a política de salvaguarda dos bens culturais registrados pelo IPHAN
4.3.3 A busca pela eficácia jurídica do Registro
CAPÍTULO 4
5. OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO IPHAN NA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL
5.1 O PODER ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO MECANISMO POTENCIALIZADOR DO REGISTRO
5.2 PRÁTICAS DE SALVAGUARDA DO IPHAN E OS EFEITOS GARANTIDORES DO REGISTRO
5.2.1 Registro das Formas de Expressão, o caso Wajãpi
5.2.2 Registro de Lugar, a Cachoeira de Iauaretê
5.2.3 Registro dos Saberes, o ofício das Paneleiras de Goiabeiras
5.2.4 Registro dos Saberes, o ofício das baianas de acarajé da Bahia
5.3 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM SEDE DE TUTELA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E DEVERES SOCIOCULTURAIS
5.3.1 O princípio da inafastabilidade do controle judicial na esfera dos direitos culturais
5.3.2 Responsabilização cível pela ameaça ou dano ao patrimônio cultural imaterial registrado.
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 INTRODUÇÃO

O novo Estado Sociocultural de Direito, nascido a partir da CF/88, tornou legítimos, juridicamente, os anseios de muitas comunidades e indivíduos que lutaram, empenhadamente, pela conquista da tutela legal do patrimônio cultural imaterial-, regionalistas, modernistas, folcloristas, muitos brasileiros, enfim. Não foi um jogo comum, equilibrado e igualitário, mas recheado de distorções, interesses, preconceitos, seleções, rejeição, resistência a culturas e identidades. Mas o reconhecimento do pluralismo e da diversidade foi necessário.

No Brasil, o tratamento oficial da dimensão imaterial do patrimônio cultural, bem como a sua bipartição na categoria material e imaterial, perfez-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), art. 216, momento marcado também pela consagração de uma miríade de novos princípios e direitos fundamentais, dentre os quais se destacam os direitos à cultura e à memória. Houve, consequentemente, um reforço à efetiva proteção ao patrimônio cultural através da ampliação dos instrumentos protetivos dos direitos culturais, a exemplo dos inventários, registros, vigilância e outras formas de acautelamento e preservação. (art. 216, § 1º)

Durante a experiência deste mestrando no âmbito do Departamento do Patrimônio Imaterial (DPI) do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), mediante a análise dos processos de Registro e salvaguarda, percebeu-se a existência de muitas dúvidas acerca do alcance do novo instrumento constitucional, regulamentado somente em 4 de agosto de 2000 pelo Decreto Presidencial (DP) 3.551, no que se refere, sobretudo, à sua eficácia jurídica, à sua aptidão para produzir efeitos legais, inquietação evidenciada já nas Memórias do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial (GTPI) (SANT'ANNA, 2000), nos pareceres do

Conselho Consultivo do IPHAN e presente, ainda, em trabalhos de cientistas sociais voltados ao estudo do patrimônio cultural imaterial, os quais afirmavam: “É fato de que o registro não cria direitos – necessariamente - mas pode ser peça importante em jurisprudência”. (VIANNA, 2011, p. 87)

A verificação da existência desse entendimento e de certa parcimônia do Direito com relação ao seu tratamento causou certo desconforto no mestrando tendo em vista os constantes avanços na discussão dos direitos culturais sob o viés do neoconstitucionalismo, aprimoramento que se vem dando tanto na teoria quanto na *práxis* jurídica. A experiência no âmbito do DPI contribuiu significativamente para conhecer melhor as teorias do patrimônio cultural imaterial e, mais ainda, a prática das Coordenações de Identificação e Registro e de Salvaguarda e Apoio à Sustentabilidade. Foi a partir do contato direto com os técnicos, com os processos de Registro e Salvaguarda, da participação em reuniões com detentores e produtores, até mesmo de conversas informais, entrevistas, que se pode ampliar o olhar sobre algumas problemáticas por estes vivenciadas, fazer a interface com o Direito e vislumbrar caminhos.

A oportunidade oferecida pelo Programa de Especialização em Patrimônio (PEP) do IPHAN, de realizar um mestrado profissionalizante- ocorrido dentro da Instituição, foi, sem dúvida, o elemento diferenciador na formação do mestrando. Com base no conhecimento dessa prática institucional que se conseguiu compreender mais detidamente questões específicas e complexas que fundamentam a teoria e a prática da preservação da dimensão imaterial do patrimônio cultural, até então muito obscura para o Direito já que envolve conhecimentos da Antropologia, Sociologia, História, dentre outros saberes.

Os estudos até então formulados, em sua maioria, estão pautados quase unicamente em análises teóricas, em reprodução de entendimentos, sem uma apropriação maior da realidade que envolve a prática dos órgãos de proteção no trato com uma categoria tão “especial” como é a do patrimônio cultural imaterial. Diante disso, o Registro, desde o seu ingresso na ordem constitucional brasileira, e mesmo após a sua regulamentação, vem dormitando no berço das Ciências Jurídicas sem a necessária problematização de seus efeitos jurídicos.

Como se pode perceber, parcela dos estudiosos da temática, alguns poucos da área jurídica e um maior número das Ciências Sociais, sobretudo inspirados pelas orientações jurídicas realizadas quando da formulação do DP 3551/2000, contexto ainda marcado pela predominância do positivismo Kelseniano, concebeu o Registro como um instrumento criado para identificar, reconhecer e valorizar o patrimônio imaterial, mas não se constituindo este

em espécie de ato protetivo capaz de produzir efeitos jurídicos concretos, obrigação de fazer e não fazer, como ocorria com o Tombamento. Afinal, o instituto jurídico de preservação da dimensão intangível do patrimônio estava sendo regulado por um decreto presidencial, que não se constitui em lei propriamente dita, não possuindo, pois, na visão dos referidos estudiosos, o condão de criar direitos e obrigações, conforme disposto no art. 5º, II, da CF/88, que consagra o princípio da legalidade.

As Ciências Jurídicas, durante todos esses anos, não se detiveram atentamente no estudo da matéria, principalmente os constitucionalistas, em face, acredita-se, da especialidade, especificidade e atualidade das questões em exame, já que o Decreto regulamentador do Registro data do ano 2000 e a sua previsão tenha se dado oficialmente em 1988, com o advento da Constituição Cidadã.

A implementação do Registro pelo IPHAN, a partir de 2000, teve grande repercussão no meio social e fez com que, em seguida, grupos e comunidades detentoras e produtoras de práticas, conhecimentos e saberes solicitassem a aplicação do Registro a esse órgão. Logo os primeiros pedidos de tutela, dos índios Wajãpi e das Paneleiras de Goiabeiras, estavam motivados, o primeiro, pela preocupação em face do desinteresse das novas gerações pela cultura e identidade Wajãpi e ameaça de apropriação dos seus grafismos pelo mercado, e o segundo, a ameaça do impedimento de extração da matéria prima e o consequente risco de desaparecimento do saber fazer panelas e do complexo de saberes associados.

Demonstrar-se-á que, desde a inauguração da política, tanto as comunidades quanto segmentos sociais e governamentais manifestavam a crença no Registro e, muitas vezes, recorriam a ele no sentido de que protegesse efetivamente os bens registrados, citando-se, além daqueles, as baianas de acarajé, que se sentem preteridas e discriminadas em diversas situações; os que solicitaram o Registro da Cachoeira de Iauaretê; os índios da Comunidade Enawene Nawe; os detentores do modo de fazer viola de cocho, entre outros. Neste último caso, “o registro foi um recurso para legitimar uma espécie de titularidade coletiva sobre os saberes associados em função de ameaça no campo da propriedade intelectual”. (VIANNA, p. 88, 2011)

Supõe-se que uma das causas que contribuiu, por certo, para propagação da ideia de eficácia mínima do Registro foram as discussões realizadas pelo GTPI, sob a influência da Comissão, que afirmava a construção de um instrumento de tutela e acautelamento somente para reconhecimento e valorização do patrimônio cultural imaterial, sem que o mesmo desse conta da proteção efetiva aos bens de cultura registrados. Esse posicionamento foi de encontro

à vontade do legislador constituinte de 1988, o qual determinou ser obrigação do Estado não só promover, mas proteger o patrimônio cultural brasileiro pelos mecanismos previstos no art. 216, e por outras formas de acautelamento e preservação.

O espírito do Texto Constitucional se impregnou em muitas comunidades, que tinham a certeza de que a CF/88 criou instrumentos constitucionais de proteção que desse asas à diversidade e pluralidade cultural brasileira a partir de uma perspectiva teórica rica e criadora de alternativas. A fé de muitos produtores e detentores quanto à eficácia do Registro, como se pode observar da prática, não é no sentido de criação de obrigações de fazer e não fazer, limitações à propriedade privada, etc, para a própria comunidade, embora em situações específicas os detentores e produtores também tenham que cumprir certos deveres decorrentes do Registro, como se verá.

De fato, trabalhar com a dimensão imaterial do patrimônio cultural, cujo suporte é a pessoa humana que deve expressar a sua vontade livre e espontaneamente, não comporta a ingerência do poder de império estatal. O que muitas comunidades almejam, em verdade, é que o Registro proteja os bens culturais, de forma plena, contemplando os complexos de saberes associados, lugares, dentre outros, da investida de terceiros que, eventualmente, queiram se apropriar ou de fato se apropriem indevidamente de conhecimentos, saberes, objetos, artefatos, imagens, lugares, etc, reconhecidos oficialmente como patrimônio cultural do Brasil.

Diante disso, emerge a necessidade de promover uma leitura mais acurada do tema, à luz do direito constitucional, a fim de verificar se, de fato, o Registro limita-se apenas a reconhecer, mediante ato administrativo declaratório emanado do ente público interessado, o valor cultural do bem ou se apresenta como instrumento apto à produção de efeitos mais garantistas e eficazes, já que se trata de mecanismo concretizador do direito fundamental à cultura e à memória, num contexto onde os princípios reinantes consagram a proibição de retrocesso aos direitos fundamentais, a máxima efetividade dos direitos constitucionais e a promoção do diálogo das fontes para se buscar a efetivação de direitos culturais.

O problema da pesquisa inicialmente proposto é formulado a partir de uma relação de causa e efeito. A causa é a existência do patrimônio imaterial - saberes e fazeres, práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas, junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares que lhe são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como referência cultural fundamental. O efeito se identifica na formulação de políticas públicas, adoção de atos administrativos e judiciais e legislação

protetiva ao patrimônio cultural imaterial brasileiro, sendo o Registro o instrumento previsto na CF/88 e regulamentado pelo DP 3.551/2000, tratado ainda no âmbito da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da Unesco, aprovada por meio do Decreto Legislativo (DL) 22, de 1º de fevereiro de 2006, e homologado pelo DP 5753/2006, com a finalidade de promover e proteger tal dimensão do patrimônio cultural.

Assim, o problema desta pesquisa gira em torno do seguinte questionamento: em que medida o Registro de bens culturais imateriais pode ser considerado não apenas como mero reconhecimento e declaração de valor cultural, mas instrumento constitucional garantidor de direitos culturais, apto à produção de efeitos jurídicos concretos em decorrência da fundamentalidade do direito à cultura e à memória? E quais os limites de atuação do IPHAN frente às problemáticas surgidas após o Registro, na prática da salvaguarda?

A hipótese foi construída a partir do marco das teorias neoconstitucionalistas que defendem a força normativa da Constituição, de Peter Häberle, Canotilho, Sarlet, Dantas, e outros, e também posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) e outros tribunais pátrios, que sustentam a possibilidade de aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, dentre eles os direitos culturais presentes na Constituição. Assim, ainda que não houvesse a devida regulamentação infraconstitucional, o que não é a realidade do patrimônio imaterial, dada a existência de um conjunto de normas legais e infra legais, o Registro tem o seu efeito extraído da própria Constituição Federal de 1988.

Partindo disso, evidencia-se que sendo o direito à promoção e proteção do patrimônio cultural imaterial uma conquista do povo brasileiro, sedimentado no Texto Constitucional como garantia fundamental, art. 216, e reforçado por outros instrumentos legais, como o DP 3551/2000, a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, a Convenção da Diversidade Cultural e outras, não se pode permitir ameaça ou violação à dimensão imaterial do patrimônio cultural registrado, pois esta categoria de direitos se insere no *Bill of Rights,* o catálogo dos direitos fundamentais. Desta forma, todas as ações estatais devem ser no sentido de ampliar e efetivar tais conquistas, adotando políticas públicas, editando atos administrativos, ações judiciais e medidas extrajudiciais, tudo no sentido de conferir a máxima eficácia ao direito fundamental de proteção ao patrimônio cultural imaterial registrado.

O método utilizado na presente investigação científica no âmbito jurídico será uma combinação da pesquisa exploratória, a qual “visa proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito” (GIL, 2002, apud BOAVENTURA, 2004, p.

57) com a pesquisa explicativa, a qual objetiva identificar “os fatores que interferem ou condicionam a ocorrência dos fenômenos” (BOAVENTURA, idem).

Adota-se nesta pesquisa o estudo bibliográfico registrado pelas Ciências Sociais e Jurídicas, utilizando-se referencial doutrinário e jurisprudencial que revela o entendimento dos Tribunais acerca da matéria em análise. As principais fontes são a bibliográfica, a documental e oral, com enfoque na investigação da prática de salvaguarda e das questões até então vivenciadas pelo IPHAN nesse processo, como forma de demonstrar a produção de efeitos jurídicos de proteção do Registro. Essa análise é fundamentada pelas teorias constitucionalistas e jusculturalistas nacionais e internacionais, com ênfase na teoria do poder normativo da Constituição.

Mediante a revisão bibliográfica e documental foram organizados argumentos sobre a matéria em questão e selecionados casos vivenciados pelo IPHAN, confrontando-os com os marcos legais e infra legais já existentes, a fim de verificar o grau de eficácia e/ou efetividade das normas aplicáveis, bem como dos resultados práticos alcançados na seara administrativa.

A fim de verificar como a temática sobre a eficácia jurídica do Registro nasceu no contexto institucional e até hoje se mantém como uma das suas maiores preocupações, este trabalho está baseado, no plano documental, em consultas feitas ao arquivo da COPEDOC (Coordenação-Geral de Pesquisa e Documentação), em Brasília, sobre o GTPI, onde constam publicações institucionais, atas e memórias de reunião da Comissão e do Grupo de Trabalho, minutas de lei e farto referencial literário sobre a matéria, correspondências, fax, ofícios, memorandos, textos legislativos, pareceres jurídicos e técnicos, dentre outros. Foram também analisados processos de Registro e o estado da arte de alguns bens registrados, dos quais constam Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), contratos, ofícios, dossiês, matérias jornalísticas, recomendações ministeriais, decisões judiciais, que serviram para a análise dos estudos de caso.

Necessário, ainda, dada a ausência de algumas informações documentais, realizar entrevistas com participantes do GTPI, como Márcia Sant’Anna e Célia Corsino, assim como técnicas do IPHAN que atuam na Identificação, Registro de Salvaguarda dos bens registrados, Desirée Tozi, Diana Dianovsky, Natália Brayner e a Consultora Letícia Vianna.

A formação jurídica deste pesquisador, aliada à nova visão em Preservação do Patrimônio Cultural que foi adquirindo ao logo do mestrado, fez com que este identificasse vários pontos sensíveis e passíveis de discussão no plano jurídico, que não foram observados quando da condução dos processos de Registro e Salvaguarda, tendo em vista que muitos

profissionais que estava à frente são das Ciências Sociais, sem uma percepção jurídica mais acurada.

A linha metodológica adotada nesta pesquisa centra-se na corrente jurídico-sociológica, buscando-se compreender o Direito, enquanto ciência normativa e fenômeno cultural dinâmico que regula as relações humanas, não somente no plano da existência, vigência e validade da norma, mas no plano da eficácia, aplicabilidade e efetividade social, com a apreciação dos efeitos que deve produzir ou efetivamente produza para atender, legitimamente, às constantes e relevantes demandas que chegam ao IPHAN e aos órgãos públicos incumbidos da defesa do patrimônio cultural, sem olvidar as necessidades das comunidades detentoras e produtoras, muitas vezes em situação de vulnerabilidade social e hipossuficiência jurídica.

Visando a organizar a apresentação de seu conteúdo, o desenvolvimento do trabalho é dividido em capítulos, seções e subseções.

O primeiro capítulo trata do patrimônio cultural como bem jurídico, apontando-se os principais conceitos e debates sobre o que se considera patrimônio cultural à luz dos preceitos das ciências sociais e sob o viés do constitucionalismo que disciplina o direito à cultura. Nesta oportunidade, será evidenciado que a cultura se torna bem jurídico relevante para o direito a partir da sua patrimonialização, do seu reconhecimento oficial pelo Estado através da aplicação dos instrumentos constitucionais, devendo-se, pois, possibilitar-se o acesso à sua fruição numa perspectiva coletiva. Neste sentido, o patrimônio cultural deve contribuir para que sejam atingidos os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, que se almeja sociocultural.

O primeiro capítulo trata das diversas fases pelas quais passou o patrimônio cultural, sua constituição e desenvolvimento, a partir das fases do abandono e do mecenato, a ingerência do Estado nas questões relativas ao patrimônio, até chegar às fases da excepcionalidade e historicidade. Mais adiante, são discutidos aspectos relativos à conquista sobre a inserção da dimensão imaterial no conceito de patrimônio cultural, encerrando-se com o tratamento da natureza jurídica do patrimônio cultural, destacando-se a sua face de interesse público e social que legitima a criação e aplicação de um regime diferenciado aos bens culturais objeto de Registro. Apontam-se, também, os aspectos das políticas públicas desenvolvidas no campo do patrimônio e a participação do Estado na constitucionalização dessas ações, sem olvidar a imprescindível cooperação internacional para ampla solidificação de teorias e práticas voltadas ao patrimônio cultural intangível.

O segundo capítulo tem como eixo a discussão sobre a categoria imaterial do patrimônio cultural no Direito brasileiro, a partir do escorço histórico da proteção legal tanto da natureza material quanto imaterial no Brasil, tendo como marco inicial a tentativa frustrada de Mário de Andrade de inserção, no Decreto-Lei (DL) 25/1937, da proteção às culturas populares; trata da formulação e execução das primeiras práticas preservacionistas, os movimentos formados até 1970, a releitura e inovações das propostas na gestão de Aloísio de Magalhães à frente do antigo sistema Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN) e Fundação Nacional Pró-Memória, os movimentos das bases sociais e, por fim, observando-se os novos delineamentos que influenciaram a elevação da cultura e do patrimônio cultural imaterial a direito constitucional fundamental.

Aponta-se que o tratamento da tutela constitucional do patrimônio cultural imaterial tem como premissa a ideia de que a Constituição deve garantir a todos a proteção ao patrimônio cultural e o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura, mediante a conjugação dos instrumentos protetivos explícitos e implícitos na CF/88 e leis esparsas. Demonstra-se que os efeitos práticos da aplicação generalizada do entendimento de que a Constituição por si não basta para extrair a efetiva proteção ao Registro ceifam direitos já regularmente insertos na esfera jurídica de parcela considerável de cidadãos brasileiros, representando mecanismo de menoscabo tanto da força normativa da Constituição quanto limitador da maior efetividade possível que se espera dos direitos fundamentais no Brasil.

Em seguida, cuida-se de contextualizar a possível origem do Registro quando da atualização da legislação baiana, em 1987, por um Grupo baiano de estudiosos que pensou no instrumento chamado “Registro Especial” e que influenciou na redação do Texto Constitucional sobre a Cultura, bem como o Seminário de Fortaleza e o GTPI. Depois, trata-se do Registro como fator de refinamento da democracia deliberativa e de concretização da sociedade aberta de intérpretes, a partir da teoria de Peter Häberle.

Após, são analisadas as problemáticas surgidas no contexto da designação do GTPI para a regulamentação do Texto Constitucional e a escolha do Registro como instrumento jurídico de proteção ao patrimônio cultural imaterial. Nessa oportunidade, analisa-se a intenção inicial do GTPI em ter no Registro um instrumento de identificação, reconhecimento e valorização, e não um instrumento de proteção análogo ao tombamento, as discussões que nortearam a opção pelo Decreto Presidencial e os alcances desse mecanismo. Depois, aponta-se para a atual situação vivenciada pelo sistema jurídico brasileiro, de origem positivista, o declínio dessa corrente e as formas possíveis de construção do Direito e efetividade dos

direitos culturais a partir do diálogo das fontes, especialmente considerando que a dinâmica e peculiaridades relativas ao patrimônio intangível dificultam a codificação de condutas e comportamentos, exigindo a conjugação de instrumentos e medidas também dinâmicas, respostas estatais que não estão prontas, mas que devem ser construídas com as comunidades detentoras e produtoras a partir da análise do caso concreto e do nível de ameaça ou violação ao patrimônio imaterial objeto de Registro.

O terceiro capítulo, por sua vez, destaca a eficácia jurídica do Registro de bens culturais imateriais como mecanismo de garantia e concretização dos direitos fundamentais à cultura e à memória, cuja eficácia não se limita apenas a reconhecer e declarar o valor cultural, evocando-se, para tanto, situações já vivenciadas no âmbito do IPHAN, durante os processos de salvaguarda, e que, a partir das novas teorias constitucionalistas pós-positivistas e da hermenêutica pós-moderna, corroboram para a real produção de seus efeitos, sobretudo porque o ideal Constituinte é representado pelo verbo "proteger", o que demonstra a determinação maior imposta ao Poder Público no sentido de que este, com a colaboração da comunidade, tutele o patrimônio cultural de forma plena.

O eixo deste capítulo também está centrado no estudo de alguns aspectos da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial enquanto lei do patrimônio cultural imaterial no Brasil, sua projeção jurídica, processo de incorporação e valor legal, o horizonte de eficácia dos arts. 11 e 13 dos seus decretos, 22 e 5753/2006.

Depois, cuida-se dos efeitos jurídicos do Registro e a prática de salvaguarda de bens registrados pelo IPHAN, as categorias de bens imateriais e os livros de Registro criados até o momento, enfatizando-se, sobretudo, os mais utilizados atos legais e infra legais de proteção ao patrimônio cultural imaterial, notadamente o DP 3551/2000 e a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Imaterial. Analisam-se os aspectos mais relevantes do processo administrativo de Registro, destacando-se o rol de legitimados ao pedido, ritos procedimentais mais importantes, etc.

Na continuidade, são tratadas as interfaces entre Tombamento e Registro e a política de salvaguarda dos bens culturais registrados pelo IPHAN, o surgimento dos questionamentos acerca da necessidade de repensar a eficácia jurídica do Registro e os primeiros passos adotados pela Instituição neste sentido, destacando a importância da vontade da Administração na condução desse processo.

O último capítulo cuida dos limites de atuação do IPHAN na proteção do patrimônio cultural imaterial, a partir do poder conferido ao Estado para agir em defesa dessa categoria

do patrimônio mediante a aplicação dos instrumentos sancionadores a terceiros que ameacem ou violem bens culturais registrados. Tais mecanismos, administrativos e processuais, servem para potencializar a eficácia do Registro, agindo, muitas vezes, em complementariedade a este e ao próprio Tombamento.

Foram, então, selecionados quatro estudos de caso: Registro da Arte Gráfica dos índios Wajãpi, do Amapá, Ofício de Paneleiras, do Espírito Santo, Ofício de Baiana de Acarajé de Salvador-BA e Cachoeira de Iauaretê, no Amazonas, que envolvem diferentes sujeitos, entes públicos e privados, direitos de natureza diversa. A partir das problemáticas vivenciadas com as comunidades detentoras e produtoras, o IPHAN lançou mão de sua competência legal e regimental para, ao lado destas, construir entendimentos e soluções com órgãos, organismos e empresas que ameaçaram ou efetivamente praticaram danos aos bens culturais registrados.

Por fim, trata da necessidade, por vezes, de intervenção do Poder Judiciário em sede de tutela e efetivação dos direitos e deveres socioculturais, tendo como fundamento o princípio constitucional de inafastabilidade do controle judicial na esfera de proteção dos direitos culturais, sobretudo diante de eventuais debilidades legislativas e administrativas que dificultam ou impedem uma resposta estatal de efetiva garantia ao patrimônio cultural imaterial registrado, o que será alcançado através da utilização dos diversos organogramas jurídicos existentes e pela hermenêutica jurídica revelada na construção de jurisprudência.

Pretende-se, então, demonstrar que as consequências normativas ante o dano, ameaças ou ofensas aos bens culturais registrados não precisam ser típicas, ou seja, estar definidas em rol *numerus clausus*. Pode-se construir o efeito jurídico mais adequado ao caso concreto, sobretudo ouvindo-se a comunidade prejudicada, a fim de que esta aponte a melhor forma de reparação, já que muitos grupos que integram a sociedade brasileira possuem modos de viver distintos, uma lógica diversa do “homem médio” e tal fator não deve ser desconsiderado.

A infração ao conjunto de normativas que rege o patrimônio cultural imaterial pode gerar invalidade do ato administrativo de onde emanou o dano, quando derivado do próprio Poder Público; dever de indenizar e reparar, quando presente um dano, nexo causal e culpa, tanto pela Administração Pública quanto ao particular; direito à tutela inibitória, sanção disciplinar, enfim, variadas respostas do Estado frente à violação aos deveres de cooperação e proteção.

Deixa-se claro, desde já, que não se pretende tornar o sistema de proteção ao patrimônio cultural imaterial (PCI) do patrimônio cultural num sistema punitivo, como

basicamente ocorreu no âmbito da dimensão material. A punibilidade é intrínseca ao ato legal protetivo, ao Direito, mas na seara do intangível as respostas do Estado serão construídas de diferentes modos, a partir, sempre, do caso concreto, rompendo o tradicional modelo de tipicidade estrita que estrutura a prática de preservação do patrimônio cultural "pedra e cal".

Para execução da política de preservação do PCI e concreta garantia de eficácia jurídica do Registro, é necessário que outros instrumentos sejam utilizados, conjuntamente, de forma que cada um deles efetive a proteção patrimonial num certo sentido. Isso já ocorre na aplicação do Tombamento, que apesar de sua reconhecida consolidação e força legal, depende de outros mecanismos e da constante intervenção judicial para alcançar o efeito "ideal". Na aplicação do Registro e promoção da Salvaguarda, esse diálogo das fontes é igualmente necessário, pois o Registro não está isolado. Essencial que este instrumento seja inserido num contexto de recursos que são utilizados para se alcançar uma proteção integral ao patrimônio cultural tutelado.

Sem dúvida, a necessidade de aprofundamento no estudo dos efeitos jurídicos do Registro é cada vez maior, considerando a onda de ataques que os direitos culturais, sobremodo das minorias étnicas, populações tradicionais e comunidades, vêm sofrendo no âmbito do Poder Público e da esfera privada. Dai exsurge a relevância em os órgãos de cultura, com destaque àqueles que aplicam o Direito, absorverem os avanços e a nova concepção constitucional de aplicabilidade dos direitos culturais advindos com o Registro. É o que se pretende, em maior escala, com este trabalho.

CAPÍTULO 1

2 O PATRIMÔNIO CULTURAL COMO BEM JURÍDICO

A história da humanidade revela uma característica marcante dos povos, das “gentes” e nações que povoaram a Terra no decorrer de milênios: a busca incessante pela transmissão de seus conhecimentos, modos de vida, saberes, fazeres, expressões, costumes, tradições, crenças, linguagens, hábitos e valores. Foram diversas as formas utilizadas e variantes os caminhos trilhados para registrar a memória coletiva e a cultura de tantos povos, sobretudo aqueles de épocas remotas.

O perpassar do tempo e a criação das sociedades propiciaram a sistematização desses conhecimentos ainda vinculados à ideia de senso comum, que passaram, então, a ser objeto de estudo por diferentes ciências. As manifestações da alma humana, costumes e práticas, retratadas na memória coletiva até então pertencentes a um universo abstrato, também com a influência da religião, foram categorizadas em expressões artísticas, literatura, música, dança, entre outros, e passaram a ter significado relevante para o Estado como elemento da cultura, da história e da arte.

A cultura, portanto, se torna patrimônio através dos processos e práticas de construção das comunidades e do Estado. Um ato de atribuição de valor em que a coisa se torna bem e esse bem se torna patrimônio, o qual, por sua vez, se torna patrimônio cultural e, por isso, é objeto de proteção jurídico-estatal. “São essas práticas e esses atores que atribuem a determinados bens valor enquanto patrimônio, o que justificaria sua proteção”. (FONSECA, 2005, p. 35)

Segundo ressalta Oliveira (2012, p.71):

> Contudo, a proteção de um bem valorado como cultural por um ordenamento de normas jurídicas nem sempre foi uma realidade. Na alvorada da história, o homem tentava proteger o seu patrimônio cultural, destruindo o dos outros e impondo o seu. Depois, os povos começam a sofisticar essa proteção, ao incentivar sua produção e tutela dentro de seus domínios territoriais, apesar de sempre recorrerem à imposição de sua cultura a outrem por uma questão expansionista, até finalmente chegar à existência de ordenamentos jurídicos nacionais, prevendo a proteção do bem cultural e a assinatura de tratados internacionais sobre a matéria.

O patrimônio cultural está intimamente ligado à concepção de memória coletiva e indissociavelmente vinculado aos aspectos da história, do tempo pretérito, das múltiplas dimensões culturais sedimentadas num passado que ainda vive e que, para sobreviver, deve ser não somente oficialmente reconhecido como um bem jurídico, mas elevado à condição de interesse social relevante. Isso porque, ao identificar, valorizar e preservar o patrimônio cultural, está se reconhecendo o direito da coletividade de fruição do passado enquanto dimensão da cidadania e direito fundamental social, cuja justificativa para o enquadramento na categoria de bem jurídico é a necessidade de sua preservação como bem cultural incomparável e insubstituível, a teor da definição contida no Preâmbulo da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1977).

A tutela do patrimônio cultural como um bem jurídico surge num contexto em que a sociedade passou a exigir respostas às questões e desafios impostos pela constante situação de risco existencial que perpassa o horizonte do patrimônio cultural. Ao Direito restou a missão de restabelecer o equilíbrio e a segurança nas relações socioculturais, posicionando-se mais imperativamente em face das velhas e novas ameaças, estas cada vez mais constantes, que fragilizam e põem em risco a ordem de valores e os princípios republicanos do Estado de Direito, que sempre almejou alcançar o status de Estado Sociocultural de Direito.

Entre os conceitos de risco, Canotilho (2002, p. 1354) exemplifica:

> Os perigos (conhecidos e desconhecidos) gerados pela moderna tecnologia; as ameaças de toda a civilização planetária (a partir da teoria de BECK); as potencialidades do domínio tecnológico da natureza e da pessoa; os desafios colocados às comunidades humanas no plano da segurança e previsibilidade perante eventuais catástrofes provocadas pela técnica e pela ciência.

Andrade (2001) enfatiza, também, sob a ótica da Teoria Constitucional, que há correntes da Sociologia que descrevem a sociedade contemporânea como uma “sociedade de risco” ou “do desaparecimento”, influenciada pelos perigos ecológicos e mesmo genéticos e ainda por pressão do seu próprio movimento para o aniquilamento das condições de vida

naturais, sociais e culturais. Dai a necessidade de as Constituições dos países e a própria teoria dos direitos fundamentais avançarem no sentido de acolher os novos valores, referências, conceitos e investirem em novas condições que possibilitem a construção e solidificação da teoria constitucional dos direitos fundamentais culturais adequada.

Como bem jurídico de significativo valor, o patrimônio cultural está presente cada vez mais no contexto social, tornando-se objeto de consumo e, consequentemente, fazendo surgir novas relações jurídicas e novos direitos. Muitos desses direitos, inclusive, não foram pensados quando da elaboração dos instrumentos jurídicos de salvaguarda dos bens culturais, o que exige da ordem jurídica reflexão e análise a fim de se formular um aparato normativo que dê conta das problemáticas que aparecem com a prática institucional de órgãos criados para fins de preservação do patrimônio cultural.

Para esta pesquisa, considera-se bem tudo aquilo que tem valor e, na perspectiva jurídica, é o que possui valor para o Direito, para as relações jurídicas de viés cultural. Silva (2004, p. 26) compreende o bem cultural como:

> bem, material ou não, significativo como produto e testemunho da tradição artística e/ou histórica, ou como manifestação da dinâmica cultural de um povo ou de uma região [...]. Podem-se considerar como bens culturais obras arquitetônicas, ou plásticas, ou literárias, ou musicais, conjuntos urbanos, sítios arqueológicos, manifestações folclóricas, etc.

Para o referido autor (2004, p.26), os bens culturais são produtos criados pelo ser humano, por meio dos valores que ele projeta, não só no aspecto da construção do bem em si, mas, sobretudo, “no sentido de vivência espiritual do objeto”, como ocorre no caso da paisagem natural, em que não há produção ou construção material e mesmo assim há a integração com a presença e participação do espírito humano.

O jusfilósofo Reale (1993, p.64) vislumbra a existência de dois elementos que compõem o bem jurídico cultural: um formado pelo objeto material, que chama “suporte”, e um valor/significado que lhe dá sentido. Assim, afirma: “o ser do bem cultural é ser um sentido”.

O olhar do Estado para o patrimônio cultural e a sua inserção no rol dos bens jurídicos dignos de especial proteção se deu levando em consideração a importância da tutela dos bens culturais enquanto suporte de memória da nação, elemento de aprimoramento dos povos e de desenvolvimento das civilizações, com estreita vinculação à dignidade da pessoa humana.

2.1 CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

2.1.1 A fase do abandono e do mecenato

A doutrina, para fins didáticos, estabelece quatro fases históricas que bem retratam a constituição e o desenvolvimento da tutela jurídica do patrimônio cultural: a fase do abandono, da excepcionalidade, da historicidade e da imaterialidade. Todas elas configuram-se importantes referenciais para a compreensão dos distintos momentos de constituição e desenvolvimento da tutela jurídica do patrimônio cultural, campo ainda não tão explorado pelas Ciências Jurídicas e que, por certo, contribuirão para a melhor compreensão do processo de patrimonialização dos bens culturais.

A primeira fase, a do abandono, é marcada pela ausência de políticas públicas institucionalizadas em prol do patrimônio cultural. Nesse período, o homem, dentre os outros animais, era o que mais fragilidade apresentava na relação com a natureza, de modo que a necessidade de sobreviver fez com que ele criasse instrumentos hábeis a proporcionar-lhe a continuidade da vida. Foi a partir disso que nasceu a cultura: “da necessidade do homem de se adaptar ao meio ambiente”. (OLIVEIRA, 2012, p.71)

No período pré-histórico, o homem foi evoluindo e, na árdua luta pela sobrevivência, não apenas multiplicou a espécie humana, mas se agrupou em núcleos familiares, produzindo conhecimentos e transmitindo os seus modos de fazer, criar e viver- costumes, hábitos, mitos, crenças, saberes, tradições, linguagem oral e escrita, audiocorporal, para a sua descendência inicialmente e, mais tarde, para os demais grupos sociais. Isso se dava não somente de forma espontânea, mas também com o uso da força, se preciso fosse, uma vez que, “por uma questão etnocêntrica”, o ser humano acredita na ideia de que o seu modo de vida prevalece sobre os demais. Tanto é assim que Heródoto (apud LARAIA, 2005, p. 11) chegou a afirmar: “se oferecêssemos aos homens a escolha de todos os costumes do mundo, [...] acabariam preferindo os seus próprios costumes, tão convencidos estão de que estes são melhores do que todos os outros”.

Foi na Antiguidade, contudo, com a formulação dos primeiros estados, que as questões do patrimônio cultural foram trabalhadas com maior vigor. Houve um incentivo às práticas culturais, na medida em que o conhecimento e o domínio sobre as artes, a literatura e música se expandiam nas Cidades-Estados da Grécia Antiga, a exemplo de Atenas e Tebas, palco da efervescência das festividades artístico-culturais, concurso de peças teatrais, dramas e poesias. Registra Teixeira (1996, p.62-63) que:

> Uma vez chegados às civilizações da Antiguidade Clássica, em particular nas do Médio Oriente, a religião, a cultura e a arte revelam-se espaços privilegiados de domínio social, pelo que os seus detentores (monarquia e clero), procuram manter a ligação entre estes componentes da vida social, formando uma unidade cultural complexa, a fim de perpetuar o poder. Desenha-se, por isso, o merecimento de proteção das obras de arte na base da conformidade e pertença ao círculo da autoridade vigente. E dai resultam as primeiras barreiras à expressão artística como sucede v.g com a interdição de certos motivos (religiosos, morais, etc.).

Ressalta o supracitado autor que já nesse período se inicia um maior incentivo da arquitetura- artes plásticas-, sobre as “letras”, pois os maiores Impérios passaram a patrocinar a edificação de monumentos.

No campo do Direito, ainda não havia normas jurídicas disciplinando as relações culturais, até então não reconhecidas como patrimônio cultural e afetas tão-somente aos sujeitos particulares que preservavam ou não os elementos culturais por ato espontâneo, voluntário, sem haver qualquer ato coercitivo do Estado. A inexistência de aparato normativo sobre a preservação do patrimônio cultural fez ruir parcela significativa da memória dos povos antigos, os quais, mesmo demonstrando certa preocupação com a preservação, não oficializaram essa proteção. E o interessante é que na hipótese de conflitos entre povos, comunidades e nações, o primeiro alvo das investidas dos bárbaros era o patrimônio cultural edificado e também o próprio modo de vida, a tradição, a língua, os costumes, a religião, a cultura em sua acepção mais ampla. Sobre isso, preleciona Oliveira (2012, p. 72):

> [...] eram frequentes as condutas que resultavam na destruição do patrimônio cultural alheio pelos povos colonizadores, os quais, sempre que venciam uma guerra, costumavam apagar a memória cultural dos vencidos destruindo todo o seu patrimônio cultural, seja vilipendiando obras artísticas, históricas e arquitetônicas, seja vedando as práticas e condutas consagradas na cultura vencida. E, desde então, quando havia uma disputa bélica entre povos, o conquistador não só se satisfazia em tomar a terra e as riquezas econômicas do outro povo, mas queria que aquele povo assimilasse a sua cultura (a do conquistador) e rejeitasse aquela (a do dominado).

A ausência de legislação que tratasse da matéria naquela fase de conquistas e destruição resultou no perecimento de obras de arte valorosas, como pontua Teixeira (1996, p.64): “Cícero, no segundo discurso contra Verres em que dedica um capítulo a pilhagens de obras de arte, condena de forma incisiva a conduta deste sob a óptica da moral, mas reconhece a falta de apoio jurídico que sustente uma tutela sancionatória para tal conduta”.

Dentro da fase do abandono ainda se destaca um importante período, chamado de mecenato, inspirado no ministro do Império Romano Caio Clínio Mecenas (74 a.C e 8 d.C), precursor das ações entusiastas e incentivadoras da cultura na regência do Império de Augusto César (63 a.C- 14 d.C). As ações do governo César eram essencialmente baseadas na contratação e financiamento de artistas para produção de obras de arte e valorização da arquitetura clássica romana. Havia uma necessidade de afirmação e propagação da cultura romana então imposta pelo Grande Imperador.

Em que pese as medidas adotadas pelo então ministro Mecenas terem um cunho fundamentalmente político: “glorificar o governo e o imperador Augusto” (RUBIM, 1997), a atenção sobre o patrimônio se alargou naquele instante, justamente porque, ainda que não fossem atos oficializados como políticas institucionais, nasciam no seio da governança, de quem detinha o poder, e por isso eram considerados legítimos, e foram, a partir disso, abraçados pela sociedade civil.

A utilização da arte e da cultura como mecanismo de autodeterminação dos povos de Roma foi uma realidade forte no contexto da ideologia desse Império que se reconhecia como uma nação singular, detentora dos chamados valores culturais greco-romanos, e que habitava uma cidade (civitas). “E para viabilizar o uso da cultura era necessário que se criasse um sistema de manutenção de um corpo de indivíduos dedicados à criação artística, o que ocorreu com o mecenato”. (OLIVEIRA, 2012, p. 73)

Após a derrocada de Roma, no entardecer da Baixa Idade Média e durante o Renascimento, a aristocracia, a burguesia europeia, reis e rainhas, e a Igreja Romana, papas e cardeais da alta cúpula católica, adotaram a prática do mecenato como diretriz. Rubim (1997) e Koshiba (2000, p. 236) apontam que famílias de matriz italiana continuaram com práticas do mecenato, incentivando e financiando artistas, a exemplo dos Doria de Gênova, Borghese de Roma, Médicis de Florença, Sforza de Milão, e ainda os papas Nicolau V, Alexandre VI ou Leão X, os quais patrocinaram artistas como Michelangelo e Rafael Sanzio.

O silêncio do Estado nestas ações de incentivo à cultura enquadra o mecenato nesta fase de abandono. Não havia ainda uma concepção plenamente formada sobre a preservação

oficial do patrimônio cultural, com status de objeto de responsabilidade estatal. Todos os bens eram vistos da mesma forma, não havia identificação, reconhecimento, valorização e seleção destes, com exceção de parte da Idade Média em que palácios e Igrejas monumentais eram preservados. Conforme afirma Teixeira (1996, p.63-64): “monumentos históricos e obras de arte em geral não conhecem, então, qualquer tratamento de exceção ou privilégio, salvo quando apresentam um caráter religioso oficial”.

Com o desenvolvimento do Estado e a ampliação da sua gama de ações, já na Idade Moderna, o mecenato continuou presente, mas com uma nova roupagem, que foi a legitimação da busca pela preservação do patrimônio cultural não somente pelos indivíduos interessados, mas pelo próprio Estado intervencionista, o qual usou o mecenato cultural “como meio de criação de ‘artistas oficiais’ que serviam às Administrações que lhes financiavam como instrumento ideológico de exaltação da pátria ou de um determinado regime de governo”. (OLIVEIRA, 2012, p. 74)

2.1.2 A ingerência do Estado na proteção jurídica dos bens culturais

No descortinar do século XIX a tutela do patrimônio cultural ganha contornos mais acentuados, em que pese a hegemonia dos interesses privados sobre os coletivos, fato bastante evidente no que se refere às questões de propriedade e sobre as quais a proteção ao patrimônio cultural sempre se conflitou no decorrer da história.

Na Idade Moderna, com o incremento e fortalecimento do Estado Nacional, o Poder Público se afasta cada vez mais da ideia de irresponsabilidade administrativa, passando a atuar diretamente sobre a conduta dos súditos, tanto na esfera jurídica privada quanto nas relações de trato coletivo, disseminando, inclusive, a ideia de políticas públicas e a sua promoção no âmbito estatal.

Foi a partir dessa nova formação de políticas públicas no Estado que se consolidou mais efetivamente a tratativa da proteção ao patrimônio cultural, até então restrita a um incerto “mecenato público” que prestigiava “artistas oficiais”, passando, assim, à promoção

de políticas públicas culturais mais próximas do ideal coletivo, como bem enfatiza Rubim (1997):

> Ao se tornar também um prestador de serviços educativo-culturais, o Estado contemporâneo deixou de realizar apenas uma intervenção governada por uma lógica utilitária e legitimadora, tão comum ao mecenato e aos criadores oficiais. Simultaneamente e em tensão com este modo de intervenção, o Estado contemporâneo começou também a ser perpassado por uma lógica advinda da sociedade e suas necessidades educativo-culturais. Nesta perspectiva, a atuação estatal adquire um outro caráter, podendo mesmo empreender performances que detém grande autonomia frente aos interesses particulares dos detentores do poder de governar e até entrar em conflito aberto com suas concepções.

Foi no contexto do início do século XIX que o movimento liberal-burguês, precisamente no ano de 1789, liderado por revolucionários radicais, iniciou uma verdadeira pugna destrutiva contra os bens culturais artísticos e arquitetônicos franceses, com intento de eliminar da história traços que revelassem resquícios ou quaisquer marcas do antigo regime. Tais ações despertaram a insatisfação do Bispo de Blois, o abade francês Henri Gregoire, membro do governo revolucionário francês, cujos ideais de preservação do patrimônio cultural, bastante avançados, ecoaram perante o Estado Francês já naquele momento, influenciando-o.

O abade francês Gregoire, mesmo compondo o alto Clero da Igreja Católica, essencialmente tradicionalista e conservador, revelou-se um defensor atuante, destemido e bastante avançado para o período. Em defesa do seu ideal preservacionista, combateu as práticas e discursos em favor da depredação do patrimônio edificado, consagrando essas ações como “os axiomas da ignorância”. (HOFFMAN, 2006 apud OLIVEIRA, 2012, p. 75)

Como naquela época as teorias sobre o patrimônio cultural eram assaz embrionárias, despidas de um rigor mais científico, filosófico e antropológico, a proteção aos bens de cultura se dava de modo genérico, sem passar por um processo técnico de seleção daquilo que seria mais representativo. Assim, todos os bens da arquitetura, detentores de valores estéticos significativos, excepcionais e monumentais eram consagrados de relevância histórica, como se o valor do bem cultural fosse intrínseco.

A opção ideológico-cultural adotada pelos Poderes Públicos, e que refletiu durante décadas em grande parte dos Estados, foi a de preservação da parcela do patrimônio artístico e arquitetônico que mais monumentalidade e/ou excepcionalidade traduzissem, ainda que essa eleição fosse “socialmente limitada e pouco representativa” (FALCÃO, 1984, p. 45), já que sem contar com a participação das comunidades. O Estado delimitava o bem jurídico cultural a partir do critério de excepcionalidade e monumentalidade, definidor também do modo de

alocação de recursos públicos – restrito apenas à preservação daqueles bens de cultura que mais se aproximassem dos chamados “monumentos de elite”.

Françoise Choay (2006), no livro “A Alegoria do Patrimônio”, reconstitui a história da intervenção do Estado francês na proteção do patrimônio, decorrente da ideia de “patrimônio nacional” e “monumento histórico”. A referida autora mostra que durante a Revolução Francesa, atos protetivos foram realizados em torno desta ideia. Interessante como isso não surge no discurso jurídico.

Outro fato importante para a solidificação das estruturas organizacionais do Estado no campo de preservação do patrimônio cultural foi a criação, já em 1837, na França, da Inspetoria do Patrimônio Histórico, primeiro organismo governamental voltado para a preservação, na gestão de Guizot, Ministro do Interior da França. Foi dirigido por Merimée e Vitet. Violet-le-Duc foi o arquiteto encarregado de inventariar e conservar esses tesouros nacionais.

Na visão de Choay (2006), a preservação tornou-se uma questão de interesse público na medida em que atos de depredação atingiram os brios de iluministas que divisavam os monumentos como receptáculos de conhecimento, suportes de memória. Compreendidos como a materialização da identidade nacional francesa ou como “propriedades do povo”, esses monumentos foram objeto de proteção pelo Estado, valorizados e respeitados também por seu valor didático-pedagógico.

2.1.3 Fases da excepcionalidade e historicidade

A restauração da Catedral de Notre Dame, data de meados do século XIX, realizada por Violet-le-Duc e Lassus, foi como resultado do trabalho da Inspetoria do Patrimônio Histórico e também de pressões de intelectuais, dentre os quais se destaca Victor Hugo, que defendiam a preservação desse patrimônio nacional francês. A ideia de preservação estava voltada para aquilo que era considerado excepcional, mas as ações de preservação ocorreram bem antes desses fatos, como bem elucida Choay (2006).

Quanto à ideia de proteção jurídica do patrimônio cultural, no curso do século XIX essa proteção esteve pautada na formulação de leis que protegessem os grandes monumentos

selecionados como os mais importantes, ditos excepcionais, para grupos que detinham o poder e que, com a tutela estatal, oficializava esse reconhecimento. O marco decisório para essa oficialização da proteção legal do patrimônio ocorreu no final do século XIX, em Paris, referência de cultura para as nações, e que assistiu à demolição de casario medieval localizado no entorno da Catedral de Notre Dame e destruição de vielas e cortiços do mesmo estilo para dar lugar à abertura de avenidas amplas e modernas. Esse olhar jurídico se deu influenciado, sobremodo, pelo movimento de preservação anteriormente formado naquele País.

Naquele período, o critério da "excepcionalidade" era o elemento definidor do valor cultural do bem a ser selecionado dentro da categoria patrimônio cultural. Esse valor cultural, aos olhos dos críticos da Arquitetura e da Arte, seria aquilo que mais próximo estivesse da visão estética, artística e arquitetônica predominante nos países ditos civilizados, ou seja, elitista, requintada, apurada, dentro de um padrão de civilização elevada que predominava na época.

Conforme se observa,

> A origem desta concepção adveio de uma noção de cultura que não se diferenciava muito da formulada pelo senso comum da época, a qual seria associada à erudição, ou seja, de 'refinamento de espírito'. Logo, como o governante concebia a cultura como erudição, ele fatalmente destinava os esforços estatais para salvaguardar, apenas, os bens portadores de referência a certo conhecimento erudito, como as ciências (as artes aplicadas), as manifestações artísticas (as belas artes) e a Arquitetura, valores que representavam, inevitavelmente, o eurocentrismo colonialista da época. (OLIVEIRA, 2012, p. 76)

Nessa fase não houve espaço para valorização das manifestações da cultura popular, cotidianas, das formas de fazer e viver da sociedade, consideradas desprovidas de valores mais elevados, de caráter rudimentar, anacrônico, irrelevante para a constituição da narrativa do patrimônio que se pretendia oficializar.

O discurso da excepcionalidade, que se espraiava por outros continentes, inevitavelmente conduziu a um caminho de exclusão e rejeição de tudo o quanto não se amoldava em conceitos e abordagens das elites sociais e do poder dominante. Exemplo dessa exclusão é o que ocorreu no Brasil com as expressões culturais, saberes, conhecimentos, modos de vida dos povos de matriz africana e indígena, repudiados e subjugados durante séculos, em que pese a predominância inegável desses povos na constituição da identidade da nação brasileira.

A exaltação aos monumentos teve sua fase de euforia minimizada ainda em meados do século XIX a partir dos movimentos europeus que despertaram um olhar mais aguçado sobre

a memória coletiva, o que ressoou em diversos setores. “O deslocamento do eixo de atenção da excepcionalidade e da monumentalidade para os bens culturais usuais que permitiriam reconstruir ou entender uma comunidade e seu modo de vida, trouxe reflexos nas diversas áreas do saber social, inclusive na área jurídica”. (SOARES, 2009, p. 22)

Já no final do século XIX, com a formulação das primeiras legislações sobre o patrimônio, nos lugares portadores de excepcional valor artístico e arquitetônico, herdeiros da “Antiguidade Clássica”, com a Grécia, Itália, Egito, Turquia, o Estado passou a adotar ações protetivas, influenciadas sobretudo pela experiência francesa, que foi anterior,.

Essa política elitista se espraiou pelos continentes e fincou raízes na construção das primeiras legislações de muitas nações, as quais tinham como paradigma a seleção do patrimônio cultural portador de excepcional valor artístico e arquitetônico e que mais se aproximasse do padrão europeu, civilizado.

No contexto internacional, essa ideia de conservação do passado mediante a preservação dos monumentos arquitetônicos foi sendo disseminanda de tal forma, que os eventos, seminários, encontros, congressos realizados tratavam de aprimorar cada vez mais o discurso em torno do patrimônio “pedra e cal”. No bojo desses encontros, eram formuladas as Cartas Patrimoniais, que não eram leis, mas que serviam e ainda servem de fonte jurídica de criação e revisão de instrumentos legislativos e jurídicos, instrumento de política pública cultural, como a Carta de Atenas, de Veneza, de Estolcomo, de Petrópolis, de Goiânia, Fortaleza, entre outras de grande relevância para a discussão de temáticas do patrimônio cultural.

A Carta de Atenas, por exemplo, elaborada alguns meses após o encontro da Liga das Nações, no I Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos em Monumento, em 1933, embora ainda recheada do ingrediente “excepcionalidade”, foi o primeiro documento de recomendação, em nível internacional, de proteção - conservação, manutenção e utilização do bem cultural, cuja proposta é a valorização histórica e artística do monumento e não a sua re-funcionalização. (CÉSAR; STIGLIANO, 2010)

Já o paradigma da historicidade, aos poucos foi sendo contemplado nas discussões e normativas técnicas elaboradas para proteção ao patrimônio cultural, aliando-se, então, ao da excepcionalidade. Foi também uma carta patrimonial, a de Veneza, produzida em 1964 no II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos dos Monumentos Históricos, que introduziu essa nova perspectiva de referência para além da então predominante excepcionalidade.

Na visão de Oliveira (2012, p. 77):

> A alteração de paradigma na proteção dos bens culturais é perceptível com a Carta de Veneza, que passou de uma proteção a um bem em razão de seu valor excepcional para uma tutela com prevalência do valor histórico-documental, não se admitindo quaisquer modificações não só do monumento principal, como também de todo o meio onde está inserido.

Sant'Anna (2011, p.194) se reporta à mudança de foco no campo do patrimônio, da arte e arquitetura à história, marcada pela Revolução Francesa e pelos fenômenos ocorridos após a Segunda Guerra Mundial:

> Até meados do século XX, apenas a arte e a história fundamentavam os valores atribuídos aos bens móveis e imóveis declarados "monumentos históricos", bens que, após a Revolução Francesa, também foram denominados de "patrimônios nacionais". Depois da Segunda Guerra Mundial, contudo, e paralelamente ao surgimento de uma nova concepção de documento histórico, o campo já consolidado da preservação do patrimônio, no Ocidente, passou por uma grande expansão tanto de caráter tipológico quanto cronológico.

Segundo ela, "Essa expansão permitiu reconhecer como monumentos históricos (e, portanto, como patrimônio) todas as formas de arte e de construção, eruditas ou populares, situadas no meio urbano ou rural, antigas ou relativamente recentes e, ainda, conjuntos de edifícios, vilas e cidades". (SANT'ANNA, 2011, p.194)

Em 1967, por influência da Carta de Veneza, foi promovida a Reunião sobre a Conservação e Utilização de Monumentos e Sítios de Valor Histórico e Artístico, em Quito, em que se afirmou a percepção de que o bem histórico contribui para o desenvolvimento econômico das regiões.

Neste sentido, a evolução das teorias do patrimônio serviu para nortear as práticas governamentais, as quais foram se apartando, lentamente, das concepções elitistas, geralmente enaltecedoras da arquitetura religiosa e militar, e passando a ter como referência outros valores, vinculados à história, à memória coletiva, à cultura tradicional e popular. Um grande e significativo passo se dava à conquista de outros direitos.

2.1.4 O horizonte da imaterialidade no patrimônio cultural

O Século das Luzes (XVIII) foi o palco principal para o desenvolvimento de estudos e pesquisas voltados para a cultura tradicional e popular, tendo como referência a atuação resoluta do pastor luterano Johann Gottifried Herder (1744-1803), considerado por alguns como representante do iluminismo alemão e por outros, visto como pai do romantismo.

Segundo Herder (1995), o patrimônio cultural abrangia a criação de todo o povo e é produto de práticas e atividades constantemente produzidas e transmitidas de geração em geração, que dialogam e permanecem por meio das transformações, contudo movidas “por um espírito comum onde se expressa a alma do povo”. Para ele, as formações culturais e históricas se manifestam no espírito inventivo, dinâmico e criador dos povos, o que muito se aproximava da atual percepção sobre a dimensão imaterial do patrimônio cultural.

Na Idade Moderna, movimentos das ex-colônias esbulhadas, nações africanas e indianas, sequiosos por novos direitos, manifestavam-se em prol da necessária luta em defesa da cultura, da preservação da memória das mais diferentes “gentes”, territórios e nações espalhadas no globo. As novas ideologias repercutiam de sul a norte e ganhavam aliados.

O Estado, contudo, mantinha-se num silêncio quase sepulcral diante da nova realidade. “O patrimônio imaterial custou a ser reconhecido com bem cultural carecedor de proteção institucional por meio de políticas e públicas” (OLIVEIRA, 2012, p. 77) e, sobretudo, mediante elaboração de leis, como se verá oportunamente. No Brasil, a intenção de Mário de Andrade ficou sufocada pelo seu “ineditismo” quase revolucionário para a época, pois até então apenas Cuba se dedicava aos estudos sobre o horizonte intangível do patrimônio cultural. (PEREZ,1980)

Tamanha a expressão das novas ideologias em torno do patrimônio cultural imaterial, que o fato de a Convenção sobre a Salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972, da UNESCO, ter prestigiado, sobremodo, o patrimônio edificado e não ter incluído na definição de patrimônio cultural da humanidade os bens de natureza imaterial, suscitou fortes manifestações de desapreço por parte de países em desenvolvimento, que vinham, de há muito, trabalhando para a consagração da cultura tradicional e popular. Santilli (2002, p.72), apoiada num dos textos norteadores das atividades do GTPI, “A Experiência Internacional”, afirma que tal fato “gerou uma reação por parte de muitos países, principalmente do chamado

terceiro mundo, que, liderados pela Bolívia, resolveram protestar quanto à exclusão das manifestações e expressões da cultura tradicional e popular".

Segundo a referida autora, "esses países requereram formalmente à Unesco que estudasse e propusesse formas jurídicas de proteção da cultura tradicional e popular", que resultou, mais tarde, na Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular. (SANTILLI, 2002)

A preservação dos bens culturais populares e a ideia de monumento histórico foram, então, a partir da Carta de Veneza (1964) influenciando os países a ampliarem seus critérios de análise, passando a incentivá-los a valorizar o "contexto urbano ou paisagístico das grandes criações arquitetônicas, assim como as 'obras modestas' que possuem 'significação cultural'", conforme expõe Sant'Anna (2012, p. 194):

> Essa perspectiva permitiu identificar e valorizar como "patrimônio" os pequenos povoados e a chamada arquitetura vernacular; enfim, criações populares até então excluídas das políticas de preservação. Nos anos 1970 e 80, uma noção mais ampla de patrimônio já se encontrava incorporada a vários documentos internacionais, os quais recomendaram a valorização dos "modos de vida", das "criações anônimas" e, por fim, das "obras materiais e não materiais que expressam a criatividade do povo".

Não se deve olvidar que os conflitos sociais foram imprescindíveis à ampliação da noção de patrimônio cultural. As transformações e mudanças sociais oriundas do dinamismo histórico e cultural serviram de elementos imateriais para a nova definição do patrimônio cultural, seu conceito e sua tutela. Funari e Pelegrini (2006, p. 24-25) pontuam que:

> [...] as sociedades foram, cada vez mais, interpretadas como compostas por diversos grupos sociais, eles próprios fluidos e em constante mutação, com interesses possivelmente conflitantes. Como consequência, os próprios conceitos de ambiente e cultura sofreram alterações. O meio ambiente e a cultura foram, muitas vezes, valorizados por seu caráter único e excepcional. Com o despertar para a importância da diversidade, já não fazia sentido valorizar apenas, e de forma isolada, o mais belo, o mais precioso ou o mais raro. Ao contrário, a noção de preservação passava a incorporar um conjunto de bens que se repetem, que são, em certo sentido, comuns, mas sem os quais não pode existir o excepcional. É nesse contexto que se desenvolveu a noção de imaterialidade do patrimônio.

O campo do patrimônio imaterial ganhou espaço no cenário internacional mediante ações e programas encabeçados pela UNESCO, que declarou a importância dos bens culturais intangíveis que integram o patrimônio da humanidade e que repercutiu e tinham importância e força não apenas nas relações culturais, mas também no âmbito das relações econômicas, sociais e políticas. Antes de proclamar tal posicionamento, através da edição da Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular, de 1989, o Brasil, em

caráter de vanguarda, já havia antecipado e consagrado, na Constituição de 1988, a proteção à dimensão imaterial do patrimônio cultural em seu art. 216, como direito fundamental.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

O patrimônio cultural, tal qual desenhado na Constituição de 1988, possui uma amplitude tamanha, que a sua compreensão levaria o Estado a proteger todas as atividades, práticas, expressões, modos de vida, saberes e produções humanas existentes no universo cultural brasileiro. Dai é que emerge a necessidade de seleção dos bens mais representativos da cultura, "sob pena de imobilizar a vida cultural, que possui natureza extremamente mutável e dinâmica", não significando isso a rejeição àqueles elementos não objeto de tutela estatal. (MIRANDA, 2006, p. 52-53)

A partir da eleição dos bens mais representativos e significativos que integram o patrimônio cultural e seu reconhecimento oficial, esses passam a ser regidos por um regime jurídico especial, que se distancia um pouco tanto do regime de direito privado quanto do público, fundamentado pelo chamado "interesse público".

Inspirado em doutrina italiana, Silva (2007, p.83, grifos nossos) aponta que:

> A doutrina vem procurando configurar outra categoria de bens – os bens de interesse público -, na qual se inserem os bens tanto pertencentes a entidades públicas como bens dos sujeitos privados subordinados a uma particular disciplina para a consecução de um fim público. **Ficam eles subordinados a um peculiar regime jurídico relativamente a seu gozo e disponibilidade e também a um particular regime de polícia, de intervenção e de tutela pública**. Essa disciplina condiciona a atividade e os negócios relativos a esses bens, sob várias modalidades, com dois objetivos: controlar-lhes a circulação jurídica ou controlar-lhes o uso – de onde as duas categorias de bens de interesse público: os de circulação controlada e os de uso controlado.

Ato contínuo, o autor descreve:

> São inegavelmente dessa natureza os bens imóveis de valor histórico, artístico, arqueológico, turístico e as paisagens de notável beleza natural, que integram o meio ambiente cultural, assim como os bens constitutivos do meio ambiente natural (a qualidade do solo, da água, do ar etc.) (SILVA 2007, p.83)

O conceito de "interesse" constitui pilastra sobre a qual se assenta o próprio Direito. O verbete "interesse" tem origem latina: *inter esse*, estar entre, participar. O interesse se dá

sempre em relação – e relação de complementariedade entre uma pessoa (sujeito) e um bem ou valor (objeto). Mancuso (1989) aquiesce com a afirmativa segundo a qual: “o interesse interliga uma pessoa a um bem da vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa”.

A percepção de Soares (2009, p. 95) sobre a temática está centrada em dois eixos em que o bem cultural é objeto de tutela jurídica: o da dominialidade e o da fruição. Para a autora, “A dominialidade se pauta no uso e gozo da propriedade de acordo com as normas e está direcionada pelo princípio da função social da propriedade”. Já com relação à fruição, “cabe ao Estado, por ser o titular da situação jurídica do bem público, garantir o acesso aos bens e possibilitar a fruição numa perspectiva coletiva”.

Souza Filho (1993 p.21, grifos nossos) afirma a existência de um regime jurídico especial de proteção aos bens culturais:

> Todos os bens culturais são gravados de um especial interesse público – seja ele de propriedade particular ou não. Aliás, isto ocorre não apenas com os bens culturais, mas também com os ambientais em geral. **Esta nova relação de direito entre os bens de interesse cultural ou ambiental com o Estado e os particulares vem dando margem a uma nova categoria de bens, os bens de interesse público que não se reduz apenas a uma especial vigilância, controle ou exercício do poder de polícia da administração sobre o bem, mas é algo muito mais profundo e incide diretamente na sua essência jurídica.** A limitação imposta aos bens de interesse público é de qualidade diferente da limitação geral imposta pela subordinação da propriedade privada ao uso social. **As limitações gerais produzem obrigações pessoais aos proprietários que devem tornar socialmente úteis as suas propriedades, enquanto as limitações impostas a esses bens de interesse público são muito mais profundas pois modifica a coisa mesma, passando o poder público a, diretamente, controlar o uso, transferência, a modificabilidade e a conservação da coisa, gerando direitos e obrigações que ultrapassam a pessoa do proprietário, atingindo o corpo social, que passa a ser co-responsável, interessado e legitimado para a sua proteção, além do próprio poder público.**
> **Ao mesmo tempo que a cidadania passa a ter direitos em relação ao bem cultural, como a visualização, a informação e o direito a exigir da Administração a sua manutenção e conservação, passa a ter obrigações em relação a ele, que estão diretamente ligados a sua proteção, constituindo crime qualquer agressão a ele cometida.**

A proteção ao patrimônio cultural, em contraposição à ideia de proteção ao seu suporte físico, ocorre não no sentido de abrigar interesses privados, individuais ou mesmo do ente público instituidor da tutela. Vai mais além: implica a proteção de interesses difusos, da coletividade, das sociedades, dos povos, comunidades, sem haver um titular exclusivo e definido, mas estendido a todos, indistintamente, exercida “por pressupostos de consciência e abnegação”. (SOUZA FILHO, 1993)

Assim, para que ocorra a efetiva proteção jurídica dos interesses jurídicos culturais, tanto no que se refere à dimensão material quanto imaterial, haverá implicação de obrigações e direitos aos titulares dos bens culturais tutelados, à sociedade como um todo e também ao próprio Estado. Contudo, a aplicabilidade das normas protetivas irá variar de acordo com a natureza jurídica dos bens, a realidade de cada contexto, a existência de outras normas conexas ao patrimônio cultural, sendo que o fator determinante para pensar em formas de produção de efeitos das normas e instrumentos jurídicos é a análise do caso concreto.

Isso porque trabalhar com a noção de patrimônio cultural material e imaterial exige tratamentos jurídicos diferenciados, a começar pelo fato de que são sujeitos e objetos, coisas e pessoas, bens e valores geralmente complexos. Deste modo, como se verá no decorrer deste estudo, as normas que regem a dimensão tangível do patrimônio poderão ser utilizadas em algumas situações do intangível, e vice-versa, sem, contudo, se distanciar das características e princípios que norteiam a prática e abordagem das duas dimensões do patrimônio cultural, a material e a imaterial.

Há que se dizer, assim, que a ordem jurídica pátria somente reconhece como integrante do patrimônio cultural nacional o bem cultural quando ele é individuado, mediante um processo de seleção oficial pelo Estado. A partir daí, ele será localizado, reconhecido publicamente como objeto de preservação, ganhando status de cultural, pelo que a sua "essência jurídica" é modificada intensamente, "razão pela qual não só o seu conceito de bem cultural como o processo de sua constituição têm relevância jurídica". (MIRANDA, 2006, p. 55)

Souza Filho (1993) complementa:

> Pela leitura da lei e da Constituição de 1988, bem cultural é aquele bem jurídico que, além de ser objeto de direito, está protegido por ser representativo, evocativo ou identificador de uma expressão cultural relevante. Ao bem cultural assim reconhecido é agregada uma qualidade jurídica modificadora, embora a dominialidade ou propriedade não se lhe altere. Todos os bens culturais são gravados de um especial interesse público – seja ele de propriedade particular ou não [...]

Após o reconhecimento oficial, por uma ou mais esferas de poder, o bem cultural é alcançado pelo efeito direto do ato - administrativo, judicial ou legislativo -, que altera substancialmente a sua natureza jurídica, impondo aos bens culturais a sujeição ao regime especial de interesse público, o qual, por sua vez, para fins deste trabalho, engloba a noção de interesse social, coletivo e difuso.

CAPÍTULO 2

3 A FACE IMATERIAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 ESCORÇO HISTÓRICO DA PROTEÇÃO LEGAL DA NATUREZA MATERIAL E IMATERIAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL

O crescimento das discussões em torno da tutela jurídica da dimensão imaterial do patrimônio cultural brasileiro é fruto de intensa reivindicação dos mais diversos movimentos sociais brasileiros, repercutindo significativamente na Constituinte de 1988, e que resultou na formulação de um verdadeiro estatuto do patrimônio cultural dentro do Texto Constitucional, sobretudo nos arts. 215 e 216. Já de início, no art. 4º, parágrafo único, da CF/88 estabeleceu como princípio da República Federativa do Brasil a busca pela integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Foi uma longa e árdua a trajetória de luta pela oficialização da proteção legal do patrimônio cultural intangível. As ações em torno da identificação, reconhecimento, valorização e proteção dos direitos dos povos e comunidades tradicionais aumentaram significativamente e foram fortificadas mediante a inserção de instrumentos legais, -

Convenções, Tratados, Cartas de organismos como a Organização das Nações Unidas (ONU), UNESCO, e Organização Internacional do Trabalho (OIT), etc.

Em realidade, a preocupação que assolou o Poder Público brasileiro, desde 1735, sempre fora direcionada para a proteção dos monumentos históricos. Foi nesse período que o Conde das Galveias, Vice-Rei do Estado do Brasil, tendo conhecimento de algumas pretensões do Governador de Pernambuco em relação a algumas edificações deixadas pelos holandeses, enviou-lhe uma missiva em repúdio:

> Pelo que respeita aos Quartéis que se pretendem mudar para o Palácio das duas Torres, obra do Conde Maurício de Nassau, em que os Governadores fazem a sua assistência, me lastimo muito que se haja de entregar ao uso violento e pouco cuidadoso dos soldados, que em pouco tempo reduzirão aquela fábrica a uma total dissolução, mas ainda me lastima mais que, com ela, se arruinará também uma memória que mudamente estava recomendando à posteridade as ilustres e famosas ações que obraram os Portugueses na Restauração dessa Capitania, de que se seguiu livrar-se do jugo forasteiro todo o mais restante da América Portuguesa: as fábricas em que se incluem as estimáveis circunstâncias (referidas)... são livros que falam, sem que seja necessário lê-los...; se se necessitasse absolutamente, para defensa dessa Praça, que se demolisse o Palácio, e com ele uma memória tão ilustre, paciência, porque esta mesma desgraça têm experimentado outros edifícios igualmente famosos; mas por nos pouparmos a despesa (sic) de dez ou doze mil cruzados, é cousa indigna que se saiba que, por um preço tão vil, nos exponhamos a que se sepulte, na ruina dessas quatro paredes, a glória de toda uma nação [...] (MEC, SPHAN, 1980, p.61)

Durante décadas são vistas ações pontuais do Estado no que tange à defesa do patrimônio cultural de natureza material: o Visconde do Bom Retiro, Conselheiro Luiz Pedreira do Couto Ferraz, enviou ordens aos Presidentes das Províncias a fim de que estes obtivessem coleções epigráficas para a Biblioteca Nacional e também solicitou ao Diretor de Obras Públicas da Corte que observasse cuidadosamente a reparação dos monumentos para que não fossem apagados os registros neles inscritos; já em aproximadamente 1879, o Chefe da Seção de Manuscritos da Biblioteca Nacional, Alfredo do Vale Cabral, visita os estados da Bahia, Pernambuco, Alagoas e Paraíba, recolhendo a epigrafia dos monumentos da região. (MEC, 1980, p. 13)

No Império de Dom Pedro II, apesar de sua inclinação para os conteúdos e temáticas históricas, não houve nenhum ato seu no sentido de organização e defesa do patrimônio histórico, mediante a proteção de monumentos. Somente na Monarquia, e depois da República, é que alguns intelectuais de escol passaram a reclamar a necessidade da elaboração e de adoção de medidas para efetivamente proteger o patrimônio, cada vez mais ameaçado, destacando-se, neste cenário, Araújo Porto-Alegre, Araújo Viana e Afonso Arinos.

Conforme registram pesquisas do IPHAN:

> Em 1920, o Professor Bruno Lobo, então presidente da Sociedade Brasileira de Belas Artes, encarregou o Professor Alberto Childe, conservador de Antiguidades Clássicas do Museu Nacional, de elaborar um anteprojeto de lei de defesa do patrimônio artístico nacional. Este arqueólogo fez uma série de sugestões que visavam mais à proteção dos bens arqueológicos do que dos históricos e, além disto, propunha a desapropriação de todos os bens. (MEC, 1980, p.14)

Naquele momento, contudo, a iniciativa não teve o seu andamento, sendo apresentado, já em 1923, pelo deputado pernambucano Luiz Cedro, outro projeto de organização e defesa dos monumentos históricos e artísticos do País, o qual também não vingou por ser considerado “tímido” e não contemplar os bens de natureza arqueológica.

No ano seguinte, o poeta Augusto de Lima, representante de Minas Gerais, apresentou na Câmara dos Deputados outro projeto de lei com a finalidade de proibir a saída para o estrangeiro de obras de arte tradicional do Brasil, mas que se conflitava com normas constitucionais e do Código Civil vigente.

Nessa conjuntura, a partir de 1924, alguns estados brasileiros, detentores de ricos acervos patrimoniais, a exemplo de Minas Gerais, Bahia e Pernambuco, passaram a sentir a necessidade de criar instrumentos de proteção. Em julho de 1925 o governo mineiro criou uma Comissão para estudo de normas que pudessem coibir o comércio de antiguidades que ameaçava as cidades mineiras, trabalho que resultou na elaboração de uma minuta de lei posteriormente encaminhada para o Parlamento Nacional e que serviu de referencial quando da formulação do DL 25/1937.

No ano de 1927, o Governador do Estado da Bahia, Francisco M. Góis Calmon, mediante as leis estaduais 2.031 e 2.032, de 8 de agosto, regulamentadas pelo Decreto 5.339, de 6 de dezembro do mesmo ano, organizou a defesa do acervo histórico e artístico do Estado e criou a Inspetoria Estadual de Monumentos Nacionais anexa à Diretoria do Arquivo Público e Museu Nacional. No outro ano, 1928, o Governo de Pernambuco criou a Inspetoria Estadual de Monumentos Nacionais e um museu. (MEC, 1982, p. 15)

O que se tinha presente naquele contexto jurídico essencialmente positivista, onde predominava o império da lei e o direito de propriedade visto como absoluto, era que as leis estaduais de proteção iam de encontro a certas disposições constitucionais vigentes, bem como a regras de direito civil que consagravam o direito de propriedade de forma absoluta, incontestável. Diferente de hoje, em que a propriedade é garantida como um direito fundamental, a teor do art. 5º, XXII, e deve cumprir sua função sociocultural, naquele

momento sobre a propriedade recaia um direito intocável, o que fora efetivamente mudado a partir da evolução do direito e da previsão de instrumentos limitadores ao direito de propriedade, como a Requisição Administrativa, Ocupação Temporária, Servidão, o Tombamento entre outros.

Na seara do Direito Penal no Brasil ainda não havia também qualquer tipificação legal de crimes contra o patrimônio cultural, o que resultou na posterior declaração de inconstitucionalidade das leis baiana e pernambucana, que previam, no âmbito daqueles Estados, penas para o caso de dano ao patrimônio.

Esse fato desencadeou a elaboração de um projeto de lei federal de proteção ao patrimônio, por iniciativa do Deputado baiano Wanderley de Araújo Pinho, datado de 29 de agosto de 1930, que mais uma vez sucumbiu ante a deflagração da Revolução de 1930, que dissolveu o Congresso Nacional e revogou a Constituição de 1891. Tal projeto serviu de fonte significativa para a elaboração de outras normas legislativas.

Em 12 de julho de 1933 foi promulgada a primeira lei federal sobre proteção ao patrimônio cultural, o Decreto 22.928, que prenunciava a abertura de uma nova política cultural pelo Estado brasileiro, em que pese o seu conteúdo específico, a categorização da cidade de Ouro Preto como monumento nacional. Ainda em julho do mesmo ano, o Decreto 24.735, que tinha natureza de norma complementar, iniciou a organização de um Serviço de Proteção aos Monumentos Históricos e às Obras de Arte Tradicionais do País.

Dois dias após a criação desse Serviço, a Assembleia Constituinte já constituída e reunida, instaurou a nova ordem jurídica com a criação da nova Constituição do Brasil, que no Título V, capítulo II, trata da Educação e Cultura, previsionando:

> Art. 148 - Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.

Foi somente a partir da inauguração desse novo regime constitucional de proteção ao patrimônio histórico e artístico que o Brasil estava legitimado a pensar na criação de um referencial legislativo infraconstitucional mais efetivo no sentido de proteção aos bens de cultura.

Nesse período se deu a criação de um discurso legitimador para embasar os pensamentos de intelectuais modernistas e do interesse do próprio Poder Público, o qual, por

sua vez, instituiu um Serviço de Proteção ao Patrimônio e formulou o DL 25/37. Calabre (2005) enfatiza diversas ações estatais no campo da cultura, sobretudo nas fases que Silva, Ellery e Midlej chamaram de “expansão fragmentada” e “direitos culturais”. Para a autora, o governo Vargas da década de 1930 atuou diretamente na estruturação e sistematização das ações do Poder Público, destacando-se a sua atuação sobre a cultura.

A visão de Halbwachs (2006) é no sentido de que a memória coletiva é influenciada pelos quadros sociais que a antecederam e a determinaram; é fortemente ratificada a partir de uma análise histórica da evolução das práticas preservacionistas no Brasil, desde as manifestações dos modernistas na década de 1920, da construção dos discursos dos intelectuais, detentores do “saber socialmente reconhecido”, no dizer de Sant’Anna (2004), que possuíam um saber/poder legitimado pelo Estado. Um Estado então ditatorial, que selecionava o que devia ser preservado (CHUVA, 2003), inventando, assim, uma tradição baseada em épocas distantes, em contextos distintos, transportando estilos, conhecimentos e preferências do passado para o presente, dando continuidade a uma memória/arte que nunca foi do Brasil- síntese das nuances da arquitetura grega antiga, barroca colonial e arquitetura moderna.

Durante o período inicial da formulação dos órgãos de patrimônio no Brasil, é perceptível, em certo grau, a preponderância da ótica seletiva do Poder através da eleição do que seria patrimônio a partir de uma concepção elitista, onde monumento era, de fato, aquilo que foi edificado para “eternizar a lembrança das coisas memoráveis, ou concebido, erguido, ou disposto de modo que se torne um fator de embelezamento e de magnificência nas cidades”, que pudesse denotar “o poder, a grandeza, a beleza: cabe-lhe afirmar os grandes desígnios públicos, promover os estilos, falar à sensibilidade estética”. (CHOAY, 2006, p. 19)

A ideia de preservação foi inspirada no modelo francês do século XIX e se restringia ao âmbito de museus e arquivos, sítios arqueológicos, pranchetas e instrumentais de arquitetos, restauradores, historiadores da arte. Patrimônio resumia-se em objetos, coisas- bens móveis e imóveis- considerados suporte de memória coletiva.

3.1.1 A tentativa frustrada de Mário de Andrade e a construção de um monumento legislativo, o Decreto-Lei 25, de 1937

As bases iniciais para a consolidação do sistema de patrimônio no Brasil se deram num contexto um tanto frenético, década de 1930, era Vargas, em meio a uma instituição que cuidava essencialmente da Educação e Saúde, temas de alta complexidade e de abordagem bastante distinta. A Gustavo Capanema coube a missão de, entre 1934 a 1945, dirigir esse Ministério e adotar as providências primeiras para a constituição de um órgão especialmente criado para a proteção dos bens de cultura nacionais e a elaboração de legislação específica.

A partir das experiências francesas e seguindo princípios já delineados no projeto subscrito pelo deputado baiano Wanderley de Pinho, que não fora aprovado à época, o Ministro Gustavo Capanema entendeu por bem ampliar os estudos e pesquisas sobre a criação desse sistema de proteção somente em 1936, consoante exposto em depoimento contido em "A lição de Rodrigo":

> Nos princípios de 1936, sendo ministro da Educação, e às voltas que então já andava com os nossos múltiplos assuntos culturais, lembrou-me mandar fazer o levantamento das obras de pintura, antigas e modernas, de valor excepcional, existentes em poder de particulares, na cidade do Rio de Janeiro. Estava a ponto de contratar competente pintor brasileiro para essa tarefa. Mas vi que isto só, sendo embora coisa relevante, não teria o sentido compreensivo e geral de um cometimento de tal natureza. Urgentemente necessário era preservar os monumentos e outras obras de arte de todas as espécies, e não apenas as obras de pintura, mediante um conjunto de procedimentos que não se limitassem à capital federal, mas abrangessem o país inteiro. A ideia inicial, deste modo, se transformava num programa maior que seria organizar um serviço nacional, para a defesa do nosso extenso e valioso patrimônio artístico, então em perigo não só da danificação ou arruinamento mas ainda, em grande número de casos, de dispersão para fora do país. Como por mãos à obra de empreendimento tão difícil? Como transformar o pensamento que me seduzia num sistema de serviço público? (CAPANEMA, 1969, p.41)

A exposição acima já demonstra a preocupação exata acerca do possível arruinamento e deterioração de obras de pintura, antigas e modernas, de valor excepcional, ao tempo em que evidencia a necessidade de construção de um serviço de preservação que tivesse um "sentido" maior, não apenas de restauração de objetos em si, mas de todo um complexo de atividades relacionadas à preservação da "cultura".

E foi num telefonema...

Assim nasceu o Anteprojeto de Mário de Andrade, denso e bastante ousado, que estabeleceu objetivos do novo órgão criado para coordenar o processo de preservação do patrimônio cultural do Brasil:

> Logo me ocorreu o caminho. Telefonei a Mário de Andrade, então Diretor do Departamento de Cultura da Prefeitura de São Paulo. Expus-lhe o problema e lhe pedi que me organizasse o projeto. Mário de Andrade, com aquela sua alegria adorável, aquele seu fervor pelas grandes coisas, aquela sua disposição de servir, queria apenas duas semanas para o trabalho. Decorrido o prazo, eis Mário de Andrade no Rio de Janeiro, trazendo o projeto. (CAPANEMA, 1969, p.41)

Fora, então, delimitado o campo de reflexão e ação do então Serviço do Patrimônio, conciliando experiências de outros países; sempre fiel à tradição europeia, abrangia a arte, a arquitetura, arqueologia, museus, arquivos; estruturou o quadro técnico da instituição; classificou em oito categorias a obra de arte patrimonial; trouxe a figura do tombamento para nomear o instrumento de proteção, diversamente daquele adotado pela França e Portugal, “Classificação”; criação de quatro livros de Tombo e quatro Museus Nacionais; definiu, ainda, o que se entende por “patrimônio artístico nacional”. (MEC, 1980)

O Anteprojeto de Mário de Andrade se dividiu em três capítulos: o primeiro cuida da finalidade e competência do SPHAN; o segundo, por sua vez, define patrimônio artístico nacional e elenca os bens excluídos dessa categoria; ressalta aspectos relativos à transferência da propriedade do bem, com a menção expressa sobre a vedação de que tal mudança gere a possibilidade na saída do respectivo bem do país; após, indica o nome e a categoria dos oito tipos de bens culturais passíveis de Tombamento, fixando, por fim, os aspectos procedimentais da tutela e indicando a utilização de quatro livros de tombo que “ servirão para neles serem inscritos os nomes dos artistas, as coleções públicas e particulares, e individualmente as obras-de-arte que ficarão oficialmente pertencendo ao patrimônio artístico nacional”. Estes livros foram discriminados como: 1) Livro de Tombo Arqueológico e Etnográfico; 2) Livro de Tombo Histórico; 3)Livro de Tombo das Belas Artes; 4) Livro do Tombo das Artes Aplicadas. (IPHAN, 2002, p. 278-279).

Já prevendo eventuais críticas ao seu ideário, Mário de Andrade formulou diversos esclarecimentos sobre pontos do anteprojeto que serviram também para demonstrar os seus posicionamentos e compreensões relativas à arte, história, cultura popular, educação e aos museus.

A sua concepção de patrimônio cultural não se limitava aos monumentos da arte erudita apenas, mas às diversas manifestações da cultura brasileira, do erudito ao popular, do sagrado ao não sagrado, do saber científico ao empírico. Segundo ele, não importava somente reunir todo o conhecimento que compunha o universo da cultura brasileira, era necessário apoiar e divulgar. Nessa linha, Mário de Andrade previu a criação de um serviço de publicação dos livros do tombo, considerando que "além de indispensáveis aos estudiosos, têm valor moral de incitamento à cultura e à aquisição de obras de arte", justificou Mário (IPHAN, 2002,p.279-280). Na última parte, tratou da organização interna do órgão de proteção.

Uma das maiores questões que Mário de Andrade defendeu foi a nova e mais aberta composição do patrimônio artístico nacional, possibilitando que outras manifestações da cultura nacional fossem objeto de interesse estatal, para além daquela preocupação em proteger somente os monumentos, obras de arte e outros bens que compunham a dimensão material do patrimônio cultural. A sua defesa consistia na afirmação de um entendimento de cultura baseado na consagração da universalidade e a assume como repositório de saberes, crenças e manifestações artísticas de um povo diverso e plural.

Depois de solicitadas as providências de praxe para instauração de um órgão estatal pelo Ministro Capanema, o Presidente Getúlio Vargas, em 19 de abril de 1936, autorizou a contratação de pessoal habilitado para o desempenho das novas e desafiadoras atividades.

A tarefa foi outorgada ao mineiro Rodrigo Melo Franco de Andrade, advogado, jornalista e escritor, com experiência em gestão pública. Segundo Capanema (1969, p.42), "da sua geração mineira, a figura de Rodrigo, com aquela alma a um tempo mansa e severa, delicada e positiva, risonha e inflexível, com aquele seu tom sábio e conclusivo [...], passou a ser a de um mentor, no mais alto sentido da palavra [...]".

Após minuciosa análise, o anteprojeto de lei até então formulado por Mário de Andrade não foi acolhido na sua íntegra. O advogado Rodrigo Melo Franco de Andrade ficou incumbido da tarefa de aperfeiçoar o anteprojeto da lei federal, concluído depois de três meses de instalado o Serviço, e que havia sido encaminhado para o Presidente Getúlio Vargas, o qual, por sua vez, o remeteu ao Congresso Nacional. Embora a lei tenha sido aprovada pela Câmara dos Deputados, o Senado promoveu emendas, cuja votação foi mais uma vez interrompida por novo Golpe de Estado que dissolveu o Congresso Nacional, em 10 de novembro de 1937. (MEC, 1980, p. 24).

Passados alguns dias, a nova Constituição foi promulgada, ampliando o grau de importância da proteção ao patrimônio cultural, e já no dia 30 de novembro de 1937 foi promulgado o DL 25, que organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, primeira entidade oficial de proteção do patrimônio cultural da América Latina. (MEC, 1980, p. 25)

A edição dos dois textos, de 1936 e 1937, por Mário de Andrade e Rodrigo Melo Franco de Andrade, tinha pontos em comum, destacando-se o objetivo de organizar o primeiro Serviço de Proteção ao Patrimônio Histórico e Artístico do estado brasileiro. De outro lado, havia certo antagonismo entre as duas propostas. Isso porque, segundo alguns autores, o DL 25/1937 teria gerado uma ação patrimonial "elitista", "classista", pois privilegiava a arquitetura religiosa e militar do Brasil colonial, revelava o "desejo por um país passado, com quatro séculos de história, extremamente católico, guardado por canhões, patriarcal, latifundiário, ordenado por intendências e casas de cadeia, e habitado por personagens ilustres, que caminham entre pontes e chafarizes". (RUBINO, 1996, p. 97)

A literatura não oscila no sentido de tecer críticas quanto à hegemonia da tradição criada pelo então SPHAN, mediante o DL 25/1937, no sentido de manutenção de uma política de preservação da técnica construtiva denominada "pedra e cal". Nogueira (2002, p. 190), por exemplo, aponta categoricamente a primeira etapa de atuação do SPHAN como "a sacralização da memória em pedra e cal [...] e a eleição de uma etnia, dita civilizada, em detrimento de outras à margem do processo".

Durante a década de 1920, importante assinalar, porque ausente da narrativa oficial, no Nordeste eclodia o "Movimento Regionalista", que divergia consideravelmente dos ideais até então defendidos pelos modernistas. O Movimento do Nordeste buscava a reabilitação de valores regionais e tradicionais do Brasil em negação a tudo o quanto viesse de fora, em contraposição ao ideal modernista, fundamentado na crença pela universalidade da arte e pela sacralização do patrimônio europeu. Freyre (1952) resume bem a proposta do Movimento, evidenciando que:

> Nosso movimento não pretende senão inspirar uma nova organização do Brasil. Uma nova organização em que as vestes em que anda metida a República - roupas feitas, roupagens exóticas, veludos para frios, peles para gelos que não existem por aqui - sejam substituídas não por outras roupas feitas por modista estrangeira, mas por vestido ou simplesmente túnica costurada pachorrentamente em casa: aos poucos e toda sob medida.
> Daí ser perigoso falar-se precipitadamente num novo "sistema" quando o caminho indicado pelo bom senso para a reorganização nacional parece ser o de dar-se, antes de tudo, atenção ao corpo do Brasil, vítima, desde que é nação, das estrangeirices

> que lhe têm sido impostas, sem nenhum respeito pelas peculiaridades e desigualdades da sua configuração física e social; e com uma outra pena de índio ou um ou outro papo de tucano a disfarçar o exotismo norte-europeu do trajo. Primeiro, sacrificaram-se as Províncias ao imperialismo da Corte: uma Corte afrancesada ou anglicizada.

As vozes do Movimento Regionalista não ecoaram em terras modernistas. Ausentes mesmo permaneceram da construção das narrativas "oficiais" do patrimônio. Foram ouvidas somente depois de décadas, influenciando a nova prática institucional do Poder Público, que passou a olhar para a cultura popular de modo mais amplo, sob a influência dos folcloristas e da nova ideia de referências culturais inserida nas práticas preservacionistas.

O fato é que as atividades executadas pelo SPHAN eram voltadas, quase unicamente, para discussões teóricas e execução de obras de restauro e conservação de edifícios e obras de arte. A Revista do Patrimônio, chamada por Lúcio Costa de "a menina dos olhos de Rodrigo", evidencia, durante os seus primeiros cinco anos de edição, "o perfil de um Patrimônio que privilegia os bens de pedra e cal, sobretudo religiosos, de Minas e Rio de Janeiro". A conclusão desse pensamento, do arquiteto e antropólogo Cavalcanti (2000, p. 23), é ratificada a partir da análise das temáticas tratadas no âmbito da Revista:

> [...] predominam artigos sobre arquitetura, arte e história (84%), sendo os restantes 16% dedicados, nessa ordem, à etnografia, museologia e história natural. Mais da metade (68%) dos artigos de arquitetura, arte e história abordam temas religiosos, 58% tratam da Região Sudeste – Minas Gerais e Rio; 23% do Nordeste; 13 %, da Região Sul; e 6%, da Amazônia". (CAVALCANTI, 2000, p. 23)

A rejeição ao tratamento da preservação das culturas populares, da arte popular, do folclore era algo real e transparente por parte dos dirigentes do SPHAN. Tanto é assim que, desde a formulação do primeiro número da primeira Revista, quando questionado por Mário de Andrade sobre a possibilidade de inserir o folclore na pauta, Rodrigo Melo F. Andrade imediatamente criou óbice a tal proposição, conforme se extrai desse diálogo:

> E folclore? já pode entrar na revista? [...] A propósito do folk-lore desconfio que não haverá por enquanto lugar para ele na revista, atendendo-se às atribuições atuais do Serviço. Entretanto, assim que for promulgada a lei nova [...] penso que devemos introduzi-lo, compreendido no conceito de arte popular. (ANDRADE, 1987, p. 129)

A pretensão de Mário de Andrade se contrapunha à de Rodrigo. Enquanto o primeiro se preocupava com a preservação das culturas populares, do folclore, artes, etc., o segundo

defendia a construção de um Brasil que reafirmasse uma "herança europeia- portuguesa- e, em contrapartida, negar uma possível herança indígena", buscando constituir a fisionomia do Brasil sem regionalismos no âmbito das relações internacionais. (CHUVA, 2003, p. 316)

O grupo que atuou junto ao então SPHAN, composto por Rodrigo Melo, Carlos Drummond de Andrade, José Lins do Rego, Lúcio Costa, Afonso Arinos e tantos outros intelectuais, consagrados "gênios fundadores da nação moderna", foi influenciado pela experiência de 1920. Sant'Anna (1995, p. 116) preconiza sobre a influência modernista:

> A questão da nacionalidade é, portanto, básica na constituição do modernismo brasileiro e a sua problematização por esses intelectuais precede a criação do SPHAN. Quando esta instituição é finalmente fundada, os modernistas já haviam "descoberto" o Brasil, isto é, já haviam decifrado o que acreditavam ser o caráter nacional [...]. A valorização da arquitetura do período colonial e da herança artística luso-brasileira, pelos modernistas e pelos integrantes do movimento neocolonial, se inscreve num esforço de resistência cultural e reforço da nacionalidade.

A missão de Rodrigo M. F. Andrade, então, segundo Chuva (2003, p. 316), era "consolidar uma lei e um serviço público de salvaguarda do patrimônio nacional, sem perder de vista a inserção brasileira nas redes internacionais, numa espécie de diplomacia cultural por ele exercida".

Mário de Andrade, por sua vez, tinha uma visão abrangente de cultura,- antropológica *avant la letrre*, e tal pensamento permeou o Anteprojeto apresentado. Nele estava inserido o seu ideal de enquadrar a cultura brasileira como múltipla e plural, valorizando as diferentes manifestações culturais como identificadora da brasilidade. Ele "sustentava a crença no valor da diversidade cultural brasileira que, reunida ou amalgamada, faria uma nova síntese". (CHUVA, 2003, p.317)

Nesse panorama, tinha-se de um lado um advogado conservador, defensor de um instrumento legal restritivo, voltado especialmente para o tombamento dos monumentos mais representativos da história e da arte brasileiras, mediante a adoção de critérios de atribuição de valor herdados da tradição europeia, espelhados nos princípios e diretrizes elencados na Carta de Atenas, de 1931; do outro, um literato com ideias revolucionárias, que teve parte de sua proposta aceita e mantida no DL 25/37, a exemplo da criação do Livro de Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico para a inscrição de coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular.

Percebe-se, a partir disso, que embora a preservação do patrimônio "pedra e cal" tenha sido uma constante e o grande foco de concentração do DL 25/1937, a criação de um Livro de

Tombo Etnográfico demonstra que, em realidade, parte do sonho de Mário de Andrade poderia ser contemplado pela prática institucional, o que não ocorreu de fato e de direito.

Isso porque, dentre outras coisas, a Instituição possuía apenas arquitetos, restauradores e historiadores em seu quadro, preparados para a execução de atividades voltadas unicamente a bens corpóreos.

O próprio conceito de patrimônio cultural trazido pelo DL 25 afirmava que constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. O instrumento até então criado, o Tombamento, somente poderia ser aplicado sobre coisas, bens móveis ou imóveis, não sendo adequado para proteger manifestações da cultura popular, "intangíveis", o que estabelecia o ocultamento e a invisibilidade dos grupos diferentes daqueles setores sociais hegemônicos, herdeiros do passado colonial europeu.

Plausível, mas não justa, a argumentação do IPHAN no sentido de que a ameaça de destruição que assolava os edifícios e monumentos quando da constituição do Órgão fez dessa categoria de bens o objeto principal de tutela estatal, situação que fora agravada por meio dos efeitos da urbanização desenfreada e da especulação imobiliária da época, do aumento no número de bens tombados e, por outro lado, o não investimento de recursos no setor, o que engendrou certa "hipertrofia dos setores dedicados à conservação e restauração dos monumentos de pedra e cal". (MEC, 1980, p.52)

A intenção de Mário de Andrade foi aprimorada e ressignificada com o passar dos tempos, mas constitui-se importante fator na análise do processo histórico de construção das teorias que fundamentam o PCI. O modo como ele concebia a preservação é bastante diferenciada da atualmente em curso e que se aprimora a cada dia e que não tem momento de acabar. Era mais voltada à necessidade de documentação de manifestações fadadas inevitavelmente ao desaparecimento em face dos processos de modernização, trabalhando muito fortemente com a ideia de "resgate", no sentido de que as futuras gerações pudessem ter acesso à história por meio de livros e artefatos em museus.

3.1.2 A era Aloísio de Magalhães e o olhar estatal para as culturas populares

Após a constituição do IPHAN e as suas ações embrionárias no Brasil, o movimento folclorista, integrado por intelectuais que almejavam o reconhecimento do folclore como saber científico, ocupou lugar de destaque no campo de discussão sobre cultura e patrimônio no Brasil. A repercussão dos debates travados no âmbito das Comissões estaduais de folclore chegava aos departamentos estaduais e federais de cultura e até mesmo nas Universidades, fazendo com que a década de 1940 fosse marcada pela deflagração de um audacioso projeto de construção e solidificação das Ciências Sociais.

Travassos (2002) enfatiza que, entre o final da década de 1920 e a de 1940, a pesquisa sobre culturas populares muda o seu direcionamento, que se torna mais amplo e criterioso. O folclore é mais afastado de escritores, pensadores, poetas e músicos e se aproxima mais das ciências sociais e antropológicas.

Nas décadas de 1950 e 1960, segundo relata Chuva (2003), a partir do que dissera Aloísio de Magalhães, houve um achatamento de valores, uma homogeneização da cultura, que era “oficial”, vinculada a um passado morto, museificado, o que tornou necessário buscar as raízes vivas da identidade nacional quando da supervalorização do Tombamento.

A aproximação dos intelectuais com a cultura popular e tradicional ocorreu justamente no contexto de 1940, e se deu em face do atendimento à necessidade de o Brasil se inserir no sistema capitalista mundial. Foi, então, nesse período, de 1945 a 1970, que houve a solidificação das Ciências Sociais no Brasil e o movimento pelo folclore ganhou maior capilaridade.

Esse cenário repercutiu consideravelmente nas ações do IPHAN. Houve uma mudança de perspectiva na sua ação preservacionista, a partir de reavaliações sistemáticas vinculadas a atividades “modernas” como design, indústria e informática, inserindo novas políticas que dessem conta de atender ao novo contexto que emergira, a exemplo de “referências culturais”, que era o fundamento da nova postura institucional em relação à noção de “patrimônio histórico e artístico” consagrado. (FONSECA, 2012)

As políticas culturais desse período já demonstravam certo distanciamento da visão “folclorizante” de indígenas, afro-brasileiros, camponeses, ribeirinhos e algumas comunidades tradicionais e minorias que lutavam pela conquista de direitos.

O Centro Nacional de Referências Culturais (CNRC) surge contratualmente nesse momento, 1 de junho de 1975, em caráter temporário, resultado de todo esse processo de busca pelo reconhecimento da cultura popular. O seu objetivo pode ser resumido como o traçado de um sistema referencial básico para a descrição e análise da dinâmica cultural brasileira, tendo por características essenciais:

> a. adequação às condições específicas do contexto cultural do país;
> b. abrangência e flexibilidade na descrição dos fenômenos que se processam em tal contexto, e na vinculação dos mesmos às raízes culturais do Brasil;
> c. explicitação do vínculo entre embasamento cultural brasileiro e a prática das diferentes artes, ciências e tecnologias, objetivando a percepção e o estímulo, nessas áreas, de adequadas alternativas regionais. (MEC, 1980, p. 44)

As novas aspirações iam de encontro a todo o projeto de Rodrigo Melo Franco de Andrade e de alguns modernistas que acreditavam que as características regionais eram sinal de atraso e obstáculo à atualização da cultura brasileira.

O CNRC desenvolveu diversos programas e projetos de pesquisa, abarcando as mais diversificadas manifestações culturais do Brasil, a exemplo do Artesanato Indígena no Centro-Oeste, Tecelagem Popular no Triângulo Mineiro, Etnomusicologia na Área nordestina, Cerâmica de Trancunhaém, construção de Brasília, Levantamento Ecológico e Cultural das Lagoas Mundaú e Manguaba do Complexo Industrial-Portuário de Suape, indústrias familiares de Imigrantes em Orleans, Estudo Multidisciplinar do Caju e tantos outros projetos de natureza semelhante. (MEC, 1980)

A gestão de Aloísio de Magalhães no IPHAN constituiu-se num marco no campo do patrimônio, porque ele conseguiu dar início a uma política que, mesmo não sendo ainda a ideal, foi a possível para o momento. O pensamento do então dirigente do IPHAN é resumido em texto da sua lavra:

> Ocorre, entretanto, que o conceito de bem cultural no Brasil continua restrito aos bens móveis e imóveis, contendo ou não valor criativo próprio, impregnados de valor histórico (essencialmente voltado para o passado), ou aos bens da criação individual espontânea, obras que constituem o nosso acervo artístico (música, literatura, cinema, artes plásticas, arquitetura, teatro), quase sempre de apreciação elitista.
> Aos primeiros deve-se garantir a proteção que merecem e a possibilidade de difusão que os torne amplamente conhecidos. Deles podem provir as referências para a compreensão de nossa trajetória como cultura e os indicadores para uma projeção no futuro. Quanto aos segundos, basta assegurar-lhes a liberdade de expressão e os recursos necessários à sua melhor concretização. (MEC, 1980, p.46)

Neste pensamento,- assegurar a liberdade de expressão e os recursos necessários à sua melhor concretização-, Aloísio de Magalhães já prenunciava uma abordagem de preservação diferenciada no campo das manifestações culturais, e que influenciou, decisivamente, a política de preservação oficializada, mais tarde, pelo Decreto 3551/2000.

A inquietação de Aloísio de Magalhães, e que repercutiu fortemente nas políticas culturais das décadas de 1970 e 1980, girou em torno da indignação pela não valoração de alguns bens, oriundos do fazer popular, relevantes na formulação das políticas econômica e tecnológica:

> Permeando essas duas categorias, existe vasta gama de bens- procedentes sobretudo do fazer popular- que por estarem inseridos na dinâmica viva do cotidiano não são considerados como bens culturais nem utilizados na formulação das políticas econômica e tecnológica. No entanto, é a partir deles que se afere o potencial, se reconhece a vocação e se descobrem os valores mais autênticos de uma nacionalidade. Além disso, é deles e de sua reiterada presença que surgem expressões de síntese de valor criativo que constitui o objeto da arte. (MEC, 1980, p. 46-47)

A noção de Referências Culturais, embora construída numa conjuntura militar autoritária, foi revolucionária e reorientou a prática implementada pelo Estado, desde1937. A nova prática estava voltada para representações que configuram uma "identidade" da região para seus habitantes, observando-se a dinâmica cultural ali existente, a forma de utilização e ocupação de territórios, de uso e valorização de recursos, os modos de viver, fazeres, saberes, crenças e hábitos das comunidades. A proteção dessas referências ocorreria somente após se conhecer e identificar tais referências, para somente depois proteger, o que não era a realidade de então. (FONSECA, 2012)

Toda essa prática iniciada na esfera do CNRC norteou a política de preservação da dimensão do patrimônio que mais tarde a CF/88 se consagrou como "imaterial". A sua ação estava direcionada para a produção de informações e pesquisa, diálogo entre pesquisadores e membros da comunidade, numa relação de troca. Para Fonseca (2012): "Trata-se de identificar sentidos e valores vivos, dinâmicos, marco de vivências e experiências que conformam uma cultura para os sujeitos que com ela se identificam".

O projeto desenvolvido pelo CNRC, como se esperava, foi questionado, pois emergiu num contexto político conturbado, alicerçado num governo autoritário e que era o principal interlocutor. O seu objetivo era justamente prestigiar os bens considerados fora da escala de valores do IPHAN, considerando "novos patrimônios". (FONSECA, 2012)

A grande mudança de paradigma dentro do IPHAN, divergente de toda a prática até então reinante no seio da Instituição, refere-se ao alargamento e aprofundamento da sua relação com os usuários e detentores dos bens culturais. Esse envolvimento apenas "encontraria sua verdadeira significação e finalidade se se traduzisse em envolvimento efetivo com as comunidades que estão intimamente associadas a esses bens". Dai, o IPHAN ter estabelecido uma relação com a comunidade, promovendo o diálogo e conscientização comunitária para a proteção de um patrimônio de pertença difusa. (MEC, 1980, p.53)

A Instituição aponta, então, uma retomada de consciência do seu papel, conforme declarado abaixo:

> O esforço no sentido de operacionalizar um conceito mais abrangente de bem cultural, a obtenção do comprometimento de outras entidades com o programa de trabalho do IPHAN e a instauração de um diálogo franco e leal com a comunidade atestam a tomada de consciência, por parte da instituição, da necessidade de se colocar à altura das exigências suscitadas pelo trato dos bens culturais num contexto histórico de alta complexidade como é o atual. (MEC, 1980, p.53)

O contexto internacional, mediante a edição de Convenções e Tratados, aliado à mudança de paradigmas que ocorria no Brasil, com a criação do CNRC e do Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular- CNFCP, influenciaram e serviram de reconhecimento, ainda tímido, pelo Estado, da cultura popular, em oposição à realidade então dominante, seleção de bens culturais móveis e imóveis, conjuntos arquitetônicos urbanos ou naturais. O olhar para as manifestações da cultura tradicional e popular como relevante elemento de memória e, portanto, da identidade, foi modificado.

Um novo caminho se descortinava com a criação da Fundação Pró-Memória, em 1979, pela Lei 6.757, incorporada à estrutura do IPHAN. Novos trabalhos e a ampliação daqueles já em andamento influenciaram sobremaneira a conquista de direitos culturais, assim como direitos das minorias, dos hipossuficientes, daqueles direitos chamados difusos e coletivos. Uma nova política ganhava capilaridade e prenunciava a inauguração de um novo tempo.

3.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A CONSAGRAÇÃO DO REGISTRO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

O reconhecimento do valor cultural do Terreiro da Casa Branca do Engenho Velho da Federação- o Ilê Axé Iyá Nassô Oká, em Salvador da Bahia, em 1984, mediante o instituto do Tombamento, é o marco histórico na proteção jurídica do patrimônio cultural das comunidades de matriz africana no Brasil, fato que se deu antes mesmo da Constituinte de 1988, e talvez tenha sido esta experiência a força motriz a inspirar o legislador ordinário a promover um olhar mais atento aos legados africanos, estabelecendo um novo critério na atribuição de valor patrimonial dessas comunidades.

Esse fato social, de forte cunho político, foi desencadeado num contexto em que predominava, há mais de seis décadas, na instituição destinada à proteção do patrimônio cultural do Brasil, IPHAN, uma concepção de monumentalidade e excepcionalidade como elementos principais para a seleção do que se constituía o patrimônio cultural nacional. E a história registra um longo período marcado pela escolha de monumentos de grande valor arquitetônico, estilístico e histórico, representantes de uma cultura que mais se aproximasse da herança europeia e mais se distanciasse da africana e indígena.

As novas perspectivas, lastreadas sobretudo pela noção de referências culturais, refletiu na Constituinte de 1988, através da ampliação da proteção ao patrimônio cultural e da própria alteração do conceito de patrimônio cultural, de cunho antropológico. Tamanha a relevância da temática “patrimônio cultural” que, em 1988, o assunto logra o status de “direito constitucional”, e mais, de natureza fundamental.

Já também na década de 1980, com a participação mais efetiva da UNESCO nas discussões sobre a educação, cultura e meio ambiente, o Patrimônio Cultural foi repensado, a partir de reflexões sobre memória, identidade e diversidade cultural. Tal evolução refletiu diretamente na Carta Magna de 1988, arts. 215 e 216, que definiu o patrimônio cultural como o conjunto de bens culturais de natureza não somente material, mas também imaterial, que se refere à ação, à memória e à identidade dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira.

Isso não ocorreu rapidamente. Foram lutas travadas na sociedade, sobretudo pelas comunidades tradicionais, excluídas muitas vezes dos processos de inclusão social, à margem

das políticas públicas do Estado. O papel da UNESCO foi determinante no sentido de direcionar a tratativa do tema. Na visão de Soares (2009, p. 25-26):

> O termo patrimônio cultural passa a ter um sentido mais amplo, em decorrência dos movimentos e debates que ocorrem a partir das décadas de 60 e 70 e são refletidos na redefinição das políticas públicas de preservação do patrimônio cultural, que têm como pressuposto a diversidade cultural. A própria conceituação jurídica de patrimônio cultural, como bem ou como herança para os países em desenvolvimento, como o Brasil, e a discussão sobre a natureza jurídica do patrimônio como bem (influência da doutrina italiana) ou como herança (influência anglo-germânica) refletem os desdobramentos acerca da concepção da diversidade cultural e de seu alcance nos planos interno e internacional.

Dentre alguns documentos que se destacaram no contexto internacional e refletiram diretamente na nova política constitucional de cultura no Brasil, estão a Carta de Veneza, de 1964; o documento de Quito, de 1967; a Convenção para Proteção do Patrimônio Cultural e Natural Mundial, de 1972; a Convenção de Estolcomo, de 1972; a Carta de Machu Picchu, de 1977; o Tratado de Cooperação Amazônica, de 1978; no Brasil, a Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, de 1981, e tantas outras já mencionadas no decorrer deste trabalho.

O que, contudo, gerou um alto grau de insatisfação em muitos países foi a não inclusão na Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972, da definição de patrimônio cultural da humanidade os bens da cultura popular e tradicional, algo que desde a década de 1960 já vinha sendo reivindicado pelos povos das ex-colônias espoliadas, países da África e Índia.

Segundo relata Sant'Anna (2012, p. 6), a preocupação com a preservação e valorização das expressões da cultura tradicional e popular,

> Surgiu, na realidade, como reação de alguns países do terceiro mundo a esse documento, que definia o Patrimônio Mundial apenas em termos de bens móveis e imóveis, conjuntos arquitetônicos e sítios urbanos ou naturais. Liderados pela Bolívia, aqueles países solicitaram formalmente à Unesco a realização de estudos que apontassem formas jurídicas de proteção às manifestações da cultura tradicional e popular como um importante aspecto do Patrimônio Cultural da Humanidade

No Brasil, a constante busca para a definição de patrimônio cultural e inserção da proteção jurídica daquilo que veio a se chamar dimensão imaterial do patrimônio refletia os interesses e conflitos travados, sobretudo, pelas comunidades tradicionais e minorias desde antes mesmo da edição do DL 25/37.

A expressão "cultura" e suas variantes - patrimônio cultural, histórico e pioneiramente a expressão direitos culturais, - impregnam todo o Texto Constitucional de 1988, nos mais

variados momentos e categorias de direitos, fixação de competências legislativas e administrativas, princípios e políticas públicas. A CF/88 passou a ser chamada de Constituição Sociocultural, tamanha a sua preocupação com os assuntos relacionados à cultura.

Mapeando o Texto Constitucional, observa-se, no capítulo referente aos direitos e deveres individuais e coletivos, a garantia ao cidadão de "propor ação popular que vise a anular ato lesivo [...] ao patrimônio histórico e cultural" (art. 5º, LXXIII); o tópico da competência administrativa, prevê como competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, "proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos [...]", bem como impedir-lhes "a evasão, a destruição e a descaracterização [...], e "proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência" (art. 23, III, IV e V); como competência legislativa de todos os entes federativos, a "proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico [...], a "responsabilidade por dano [...]", e, de forma geral, "educação, cultura, ensino e desporto" (art. 24, VII, VIII, IX); como competência específica dos Municípios, "promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local [...]" (art. 30, IX); como elemento fixador dos conteúdos básicos para o ensino fundamental, o "respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais" (art. 210).

Como princípios da produção e promoção de rádio e televisão, a "preferência a finalidade educativas, culturais e informativas, promoção da cultura nacional e regional, regionalização da produção cultural, artística e jornalística [...]" (art. 221, I a III); como dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à cultura (art. 227); como direitos indígenas, sua cultura, inclusive as terras que tradicionalmente ocupam, "necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições" (art. 231, § 1º).

A natureza constitucional da cultura, e todo esse prestígio fruído na Carta Magna, demonstram que a proteção ao patrimônio cultural está situada dentre aqueles valores mais relevantes da sociedade brasileira, daí não se poder admitir a redução da eficácia de normas constitucionais protetoras da cultura por eventual ausência ou insuficiência de regulamentação infraconstitucional, o que tem sido uma constante na ordem jurídica brasileira.

Rothenburg (2004, p.41) afirma que a cultura, assim como a ecologia:

> faz parte do conteúdo e da ideologia das Constituições modernas [...] como um dos principais valores que orientam (formam e informam) a Constituição.
> [...] Não se trata de mera contingência – normas apenas formalmente constitucionais, que fariam parte da Constituição por razões estratégicas, como

> sedimentação de determinados interesses, que encontram na fórmula constitucional evidência, simbolismo e garantia de estabilidade, mas que talvez não desfrutem de reconhecimento consensual e certamente não possuem a maior importância-; trata-se de um autêntico valor fundamental: o ambiente (agora: a cultura) como bem jurídico constitucional. [...]
> O valor 'ambiente' (agora: cultura), quando considerado alicerce da Constituição, impregna-a amplamente. Para compreendê-la e aplicá-la, é preciso levar em consideração a perspectiva ambiental (agora: cultural). O 'todo constitucional', tomado holisticamente, possui um componente ambiental (agora: cultural) fundamental. Assim, a Constituição da democracia, dos direitos fundamentais, da federação, é também uma Constituição ecológica (agora: cultural) em sentido (material) largo. E não somente num sentido parcial- de um grupo de normas específicas (que, no entanto, contribuem decisivamente para traçar o perfil global da Constituição).

Um dos pontos de maior destaque com o advento da Carta de Outubro, e que muito interessa a este trabalho, relaciona-se à nova tessitura conceitual conferida ao patrimônio cultural brasileiro e os instrumentos de tutela, tudo previsto nos arts. 215 e 216, verdadeiro Estatuto Constitucional da Cultura.

Outra questão que merece relevo, refere-se à repercussão dos ideais disseminados na era Aloísio de Magalhães no que se relaciona à necessidade de participação social nos processos de patrimonialização, o que colidia com a política até então firmada pelo IPHAN através do Tombamento, ato administrativo unilateral e imperativo, sem qualquer participação dos agentes sociais, o que vem, a curtos passos, se modificando.

A Constituinte de 1988, evento jurídico-político que alterou radicalmente o paradigma jurídico-cultural do Brasil, redemocratizando-o, soube interpretar os anseios sociais e corporificá-los em forma de norma constitucional. Foi o Texto Constitucional que estabeleceu garantias de democratização da gestão pública da cultura, "cuja expressão mais sólida é a determinação para que haja a "colaboração da comunidade" na atuação estatal de promoção e proteção do patrimônio cultural (art. 216), cuja definição é tão larga e exuberante que pode fazê-lo ser confundido com a própria cultura". (CUNHA FILHO, 2009)

Esse anseio de participação social no processo de patrimonialização foi tema de debate na Constituinte de 1988, conforme demonstra a fala do Constituinte Octávio Elísio (1987, p. 277) durante as reuniões para redação do Texto Constitucional:

> A estratégia política de preservação do patrimônio histórico ainda é alguma coisa autoritária, de cima para baixo, que desconhece que, naquela cidade, vivem pessoas que não podem se sentir – como eu me senti- quando criança e jovem lá vivendo, como peça de museu. Um lugar, onde você não vive e não convive com a coisa que é sua. **Eu não vejo outro jeito de se preservar um patrimônio, sem que a população participe, de modo efetivo, desse ato de preservação**. [...] (grifos nossos)

Os diversos documentos encaminhados à Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1988 reforçava essa crença na participação social no processo de preservação, a exemplo do Pronunciamento da Associação Brasileira de Antropologia na Subcomissão de Cultura da ANC, a qual defendia que "Os processos culturais são essencialmente dinâmicos e possuem forte sentido conjuntural. Por essa razão, tanto quanto por princípio democrático, toda ação governamental na área cultural deve se fundamentar na ampla participação da sociedade civil". (ÂNTÔNIO A.ARANTES, ANC 1987, p. 293)

O Constituinte Artur Távola pretendeu, com suas intervenções, tornar a preservação do patrimônio cultural reponsabilidade de todos e dever do Estado. Contudo, seu intento era retirar do Estado essa carga excessiva de deveres, inclusive porque o suporte desse patrimônio muitas vezes estaria no ser humano, como ocorre na política de preservação da face imaterial. Para ele, a *Lex Mater* traria duas novidades:

> a primeira é a ideia de que o Poder Público se respalde em conselhos representativos da sociedade civil. A questão da arte e da cultura envolve o conhecimento especializado que não está todo nas mãos do Poder Público. Quantos especialistas em arte barroca, enfim...; segundo, a sociedade civil, principalmente as comunidades, elas são muito interessadas, às vezes, na preservação do sentido histórico da sua cidade, da sua comunidade. Ninguém mais do que cada pequena cidade conhece a importância dos seus sítios históricos. De forma que integrar a sociedade civil na organização desses conselhos, parece-me sadio, do ponto de vista da preservação. (TÁVOLA, 1987, p. 168, ANAIS DA ANC)

O art. 216, então, inova o ordenamento jurídico brasileiro, indo de encontro ao conceito de patrimônio cultural trazido pelo DL 25/1937 e, de modo pioneiro, divide o patrimônio cultural em dimensões, a material e imaterial:

> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
> I - as formas de expressão;
> II - os modos de criar, fazer e viver;
> III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
> IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
> V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.
> § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, **registros**, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

> § 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.
> § 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.
> § 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.
> § 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. (grifos nossos)

O artigo em tela não só previu, pela primeira vez, a proteção jurídica ao imaterial, como ainda incluiu como referência à memória e à identidade brasileiras as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, trazendo em seu rol instrumentos constitucionais de proteção e promoção, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

A perspectiva de proteção do patrimônio cultural imaterial se fez presente nos Anais da Constituinte de forma muito intensa. A ideia de excepcionalidade como critério de análise e definição de patrimônio, assim como a de que os bens culturais deveriam estar vinculados a fatos memoráveis do passado foi repensada. Segundo registro dos anais da Constituinte de 1988, uma questão que merecia destaque na pauta de discussões é que:

> [...] quando falamos em bens culturais a serem preservados, nós adicionamos a esse bem um caráter de excepcionalidade, e com isso acho que deixamos de lado uma faixa enorme de bens culturais, e do saber fazer, muito ligada à cultura popular. Eu gostaria de ter uma ajuda de V. Exas. de como eu, Constituinte ouro-pretano, posso tratar esta questão para que, depois, não seja cobrado da minha terra por não ter ido, no momento da Constituinte, uma redefinição, um repensar da questão da preservação do patrimônio histórico. (OTÁVIO ELÍSIO, 1987, p.277, Atas de Comissões da Constituinte)

No âmbito da Constituinte, o que ficou bastante claro nos debates travados quando da elaboração do capítulo sobre a Cultura, especialmente sobre a proteção jurídica ao patrimônio imaterial, é de que havia uma dívida da Nação brasileira com relação à salvaguarda da cultura popular. A ideia era então desmaterializar o conceito de patrimônio histórico, levando a considerar patrimônio até o modo de viver das comunidades, os modos de fazer da sociedade e, tomando como patrimônio cultural brasileiro as criações científicas, artísticas, tecnológicas, obras, objetos, documentos, edificações, conjuntos urbanos, sítios de valor histórico e paisagístico, trazendo a diversidade como relevante elemento da formação da identidade brasileira.

Na visão do Constituinte Relator, Artur Távola (1987, p.168):

> [...] se no artigo está a preservação do patrimônio cultural brasileiro, considerado patrimônio cultural com vimos, mas abrigando a chamada cultura propriamente dita, a alta cultura, aqui é a ideia de proteger o patrimônio cultural popular, seja cultura popular, seja a indígena, seja a africana, e uma novidade aqui introduzida: "os vários grupos imigrantes que participam do processo civilizatório brasileiro".
> Acredito que, se nós abrigarmos as culturas dos diversos grupos imigrantes, que fazem parte do processo civilizatório brasileiro, estamos dando aos povos e raças que nos ajudam a ser e a transformarmo-nos em grande nação, estamos dando um status cultural, que é esse caldeamento notável que este País sabe fazer como poucos, a aceitação, a incorporação de culturas abertas, possa também ser considerada patrimônio cultural.

A Carta de Outubro não fixou propriamente um conceito de patrimônio cultural. Apontou, em realidade, o que se constitui o patrimônio cultural brasileiro, trazendo, assim, de forma positiva, um viés sociológico e antropológico sobre cultura. A intenção do legislador originário era a de que, em um País plural e diversificado como o Brasil,

> a cultura precisa ser vista em seu sentido antropológico, sociológico, porque o Estado precisa criar condições de proteção da capacidade artística e criadora também das massas populares, daqueles artistas anônimos, desde as tribos indígenas, das populações rústicas até as favelas e inclusive asilos, uma produção cultural que tem sido ignorada e muito rica. (FLORESTAN FERNANDES, 19887, p. 273, ANAIS DA ANC)

A busca por uma visão mais ampla de patrimônio cultural, não apenas diante da inclusão do patrimônio imaterial, mas frente à compreensão de que o patrimônio cultural não é somente a soma de bens culturais, tangíveis e intangíveis, e sim um entendimento conceitual fruto da atribuição de valores a bens e/ou práticas culturais que se constituem de distintas facetas interligadas, é observada em considerações feitas por Fonseca (2003).

Os princípios e valores em que se apoia a noção de patrimônio cultural nascem da concepção material de valorização da cultura no mundo ocidental, em contraposição à prática oriental, onde os objetos materiais não são concebidos como únicos e determinantes à construção cultural, não sendo, pois, considerados os principais depositários da tradição cultural (SANT'ANNA, 2003, p. 48)

Depois de analisar as diversas concepções-, antropológica, filosófica e semiótica de cultura, o constitucionalista José Afonso da Silva preconiza que a cultura pode ser compreendida na seara constitucional como um sistema de significações, isto é, um sistema de sentidos significantes, cujo acesso se dá através da compreensão, do conhecimento do sentido, frisando que:

> [...] na ordenação constitucional de cultura se encontram duas ordens de valores culturais, dois sistemas de significações: uma que são as próprias normas jurídico-constitucionais, por si sós, repositórios de valores (direitos culturais, garantia de acesso à cultura, liberdade de criação e difusão cultural, igualdade no gozo dos bens culturais etc); outra que se constitui da própria matéria normatizada: a cultura, o patrimônio cultural brasileiro, os diversos objetos culturais (formas de expressão; modos de criar, fazer e viver; criações artísticas; obras, objetos, documentos, edificações, conjuntos urbanos, sítios, monumentos de valor cultural. (SILVA, 2007, p. 803-804)

Para o supramencionado autor, a Constituição não apenas trata da cultura na sua concepção antropológica, mas ainda como um sistema de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216), sendo que os bens culturais objeto de eventual preservação terão significação constitucional se forem elevados aos significados referenciais normativos da CF/88.

A definição jurídica atribuída à expressão "patrimônio cultural brasileiro", na forma do quanto previsto na CF/88 para o fim de preservação, promoção e proteção pelo Poder Público, sugere que somente poderá haver intervenção do Estado a partir do momento em que os bens, materiais e imateriais, forem oficial e solenemente reconhecidos como patrimônio. Para Vieira (2010, p. 33), isso quer dizer que, "se do ponto de vista antropológico todos os utensílios, artefatos, enfim, todo construído, toda obra humana, é cultura, nem tudo isso entra na compreensão constitucional como formas culturais constituintes do patrimônio cultural brasileiro digno de ser especialmente protegido." Finaliza o jurista, afirmando que "Só o será se houver o destaque do bem jurídico (material ou imaterial) com aquela significação referencial da norma constitucional."

Para o desenvolvimento das atividades de preservação, o Estado criou organismos especializados que exercem a função administrativa de atribuição de valor cultural aos bens considerados mais representativos, por meio do devido processo legal administrativo, aplicando-se, ao final, um dos instrumentos constitucionais criados para tutela e salvaguarda de bens culturais.

Como todo sistema jurídico necessita de instrumentos de tutela para a sua efetiva proteção, o Constituinte achou por bem prever, no seio da Constituição, os instrumentos de proteção ao patrimônio cultural, num rol exemplificativo e que, portanto, não se esgota ali, já que previu também que outras formas de acautelamento e preservação são necessárias a uma maior garantia de proteção aos bens culturais. Tais mecanismos, de natureza constitucional, são dotados de força e eficácia plena por garantir o direito à cultura, direito esse de natureza fundamental e, consequentemente, de aplicação imediata, como se verá oportunamente.

Os instrumentos de tutela jurídica constituem-se mecanismos de seleção dos bens que integrarão o patrimônio cultural brasileiro, de forma a lhes conferir proteção do Estado- ai incluído os Poderes da República, entes da federação e demais órgãos que compõem a sua estrutura administrativa,- e segurança jurídica, colocando tais bens salvaguardados contra ameaças de danos e riscos que poderão ser causados pelo próprio Estado e/ou particulares.

Houve, deste modo, a recepção constitucional do instrumento do Tombamento, já previsto desde 1937 pelo DL 25, assim como a constitucionalização da desapropriação, igualmente prevista no DL 3.365/1941, art. 5º, alíneas "k" e "l". Estes eram os únicos institutos existentes na ordem jurídica pátria até 1988.

O novo Texto Constitucional criou os inventários, registros, vigilância e ainda possibilitou a formulação e o manejo de outras formas de acautelamento e preservação. Estes três instrumentos, e mais a possibilidade/dever de utilização de "outras formas de acautelamento e preservação", como se pode observar, apresentam três consequências jurídicas: "a) a ampliação dos modos de tutela dos bens culturais no Brasil; b) a extensão dos titulares para a tutela dos bens culturais no Brasil; c) a abertura da formação do patrimônio cultural brasileiro por instrumentos não regulamentados". (SOARES, 2009, p.282)

Frisa-se que a prática dos Inventários já era uma constante na Instituição Oficial de preservação do Brasil, o IPHAN, desde o seu surgimento, em que pese a sua não regulamentação legal até o momento.

No campo do patrimônio imaterial, não havia ainda um instrumento consolidado na seara federal que desse conta da proteção e promoção desse horizonte do patrimônio cultural cujo suporte e abordagem se diferenciavam completamente das práticas até então promovidas na área do material, pelo Tombamento.

Uma nova política se constituía. Uma nova dimensão de um só patrimônio, o cultural, necessitava de estudos mais acurados. O que se tinha bem claro, ao menos partindo da concepção adotada pelo legislador constituinte, era o de que ao redigir o artigo 216, o legislador Originário registrou nas Atas de Comissões da ANC que "por este dispositivo constitucional, está o Poder Público suficientemente coberto para levar a tarefa de preservação do patrimônio, em toda a sua extensão". (ARTUR TÁVOLA, 1987, p.168, ANAIS DA ANC)

Ferreira (s/d, p.171), no artigo "Educação e Constituinte,", publicado na Revista de Informação Legislativa, vol. 92, ao analisar esse tema, apresenta magistério irrepreensível:

> O Direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos

> sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições em favor de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, assinalando o advento de um novo modelo de Estado, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX.

A Constituição, enquanto ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, é resultante de um processo de confluência entre as diversas forças políticas do Estado e constitui verdadeiro pacto para a convivência social harmônica. Esse pacto, em forma de Carta Republicana, se efetiva por meio de mecanismos e instituições que assegurem a sua supremacia.

O Registro, portanto, como instrumento concretizador do direito ao patrimônio cultural imaterial, viabiliza a efetividade do art. 216 da CF/88, devendo garantir uma construção hermenêutica que dê vazão às expectativas dos sujeitos culturais, detentores e produtores, e da própria sociedade, enquanto destinatários da norma constitucional e enquanto autores históricos dos bens culturais imateriais.

3.2.1 O Registro Especial no contexto da atualização da legislação baiana de proteção ao patrimônio cultural, de 1987

A literatura até então pesquisada não aponta muito claramente a gênese da expressão “Registro”, de modo que a primeira lei no Brasil a consagrar o seu uso foi a CF/88, que previsiona os “Registros” como forma de promoção e proteção do patrimônio cultural, junto aos inventários e outros instrumentos.

Muito se questiona se ficou a cargo do legislador infraconstitucional e da Administração Pública, por seus órgãos especiais, a eleição e construção de qual instrumento, dentre estes previstos na Constituição, seria o ideal à efetiva proteção da dimensão imaterial do patrimônio cultural brasileiro ou se, na verdade, o Registro já nasceu na CF/88 predestinado à salvaguarda do PCI. Observe-se que já existiam o Tombamento, os inventários e a desapropriação, e o Registro surge exatamente no mesmo momento e no mesmo artigo da Constituição que previsona a proteção ao PCI, como se, em realidade, já houvesse uma

intencionalidade em direcionar o Registro à salvaguarda específica dessa nova categoria de patrimônio. E tal hipótese foi confirmada.

Ainda que de modo tímido, há como mapear a primeira discussão em torno da escolha do Registro como mecanismo de proteção à face intangível do patrimônio e que influenciou o próprio legislador Constituinte na sua indicação expressa no Texto Constitucional.

A única fonte indicadora do nascimento dos debates sobre o Registro está no Relatório Final das Atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho do Patrimônio Imaterial do IPHAN, em que a ex-Diretora do DEPROT, hoje DEPAM, professora Márcia Sant'Anna, refere-se à realização do Seminário de Fortaleza, em novembro de 1997, para aprofundamento da discussão sobre o conceito de patrimônio imaterial e o desenvolvimento de estudos para a criação de instrumento legal, momento em que se optou pelo "Registro" como seu instrumento de preservação.

Observe-se que a referida autora, também uma das importantes mentoras e palestrantes do Seminário de Fortaleza, aponta, no Relatório Final, que indicou para compor a pauta de apresentação de trabalhos o antropólogo baiano Ordep Serra, ex-Diretor-Geral do Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia (IPAC), de 1987 a 1989, o qual levou a experiência da autarquia estadual no desenvolvimento do projeto de atualização da legislação baiana de proteção ao patrimônio cultural e cujo instrumento criado à época para preservação de bens culturais imateriais foi o denominado por eles de "Registro Especial".

Segundo Sant'Anna (2012, p.6):

> Esta recomendação apoiou-se em experiências prévias, a exemplo da apresentada no seminário pelo antropólogo baiano Ordep Serra que, no período de sua gestão como Diretor do Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia, desenvolveu projeto de atualização da legislação estadual de proteção ao patrimônio, no qual se propôs a instituição do "Registro Especial" como instrumento de preservação de bens culturais imateriais.

Em entrevista, a professora Márcia Sant'Anna (2014) relatou que, de fato, o nascimento das primeiras discussões sobre a figura do Registro, bem como a sua utilização para proteção do patrimônio imaterial, ocorreu no contexto de 1987, sendo levada para o Seminário de Fortaleza, que, na verdade, apoiou a iniciativa da Bahia e reconheceu o Registro como o mecanismo ideal para salvaguarda do patrimônio intangível:

> Esta lei do Estado da Bahia, que foi promulgada agora, que tem o Registro Especial, na realidade foi consequência do projeto de 1987/89. Então, esse instrumento que agora está ai nessa lei foi discutido aqui na Bahia, com esse nome, Registro Especial, antes mesmo da Constituição. E no Seminário de Fortaleza, Ordep Serra,

> que foi o Diretor do IPAC na época em que essa discussão se deu, essa ideia foi disseminada, inclusive como sugestão a adoção do termo Registro. E Ordep apresentou essa experiência no Seminário, e o nome foi abordado no evento de Fortaleza por causa dessa experiência. O nome registro surgiu a partir dessa experiência aqui da Bahia.

Como se percebe, o Seminário de Fortaleza trouxe como foco a discussão de um instrumento já utilizado no contexto do Projeto de Atualização da Legislação de proteção do Estado da Bahia, datado de 1987, ou seja, exatamente no ano em que a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) estava sendo formada no Brasil para elaboração da Constituição de 1988.

Sant' Anna (2014), quando questionada sobre a possibilidade de esse grupo baiano ter inspirado o legislador Constituinte a prever na Constituição o instrumento do Registro, enfatizou que há possibilidade de que essa influência tenha se dado também no âmbito da Assembleia Constituinte, "porque Paulo Ormindo Azevedo foi consultor desse trabalho da Bahia e ele estava num daqueles grupos que assessoravam a elaboração da parte da cultura na Constituição. É possível que ele tenha levado essa ideia. ".

De fato, em pesquisa no Congresso Nacional em Brasília, consta da Ata da 24ª Reunião da Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes, realizada em 12 de maio de 1987, que o então Ministro da Cultura Celso Furtado aponta que constituiu um grupo de especialistas para reunir experiências acerca do espaço que cabia reservar na Constituinte para o tema da cultura e as temáticas relativas a patrimônio de natureza constitucional e nomeando o Arquiteto Paulo Ormindo David de Azevedo como integrante desse grupo. (ANC, ATAS DE COMISSÕES, 1987, p.419)

O aludido projeto de atualização da legislação baiana foi coordenado pelo atual (2014) superintendente do IPHAN na Bahia, Carlos A. Amorim, e também pela Arquiteta Márcia Sant'Anna, contando ainda com a participação dos advogados Luís Vianna Queiroz e Paulo Damasceno Silva, da professora Rosário Carvalho, do então diretor do IPAC, Ordep Serra, e do arquiteto Paulo Ormindo Azevedo, que foi membro do Conselho Consultivo do IPHAN, e outros. (SANT'ANNA, 2012, p.8)

O projeto de atualização da legislação da Bahia foi iniciado em 1987 e resultou ainda na realização de um seminário, em 1989, promovido pelo IPAC/Bahia, sobre o "registro especial" do patrimônio, conforme consta da Ata da 37ª Reunião do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, em sessão realizada no dia vinte e um de novembro de dois mil e dois, no Auditório Moniz de Aragão, do Palácio Gustavo Capanema, no Rio de Janeiro (IPHAN,

2002, p.4). O projeto não foi executado na sua integralidade. A nova lei baiana fora implementada anos após, mas com diversas alterações.

A partir do quanto consta no Relatório Final das Atividades do GTPI, que ainda será analisado neste trabalho, há como se atribuir certa influência do Grupo baiano na eleição do Registro como instrumento jurídico de proteção ao patrimônio imaterial, a partir da experiência prévia apresentada no Seminário de Fortaleza, sendo aprimorado ainda mais quando da sua regulamentação na esfera federal. Isso porque o contexto de 1987 não era o mesmo daquele de 1997. Os interlocutores da construção da política presentes no Seminário foram diversos, cada um trazendo a sua experiência, suas ideias.

Houve avanço nas discussões sobre a temática após a CF/88, e já a partir desse marco legislativo surgiu um novo olhar sobre o patrimônio cultural imaterial, certamente também diferente daquele de Mário de Andrade.

3.2.2 O registro como fator de refinamento da democracia deliberativa e de concretização da sociedade aberta de intérpretes na visão de Peter Häberle

A interpretação constitucional aplicada aos direitos culturais deve pautar-se no pressuposto de que a cultura e a identidade dos diversos grupos sociais são fragmentárias, o que aponta para a necessidade de que a identificação e proteção dos bens culturais de natureza imaterial sejam consideradas levando-se em conta o contexto de uma sociedade pluralista e que se pretende democrática. Wolkmer (2003, p. 419) afirma que:

> Na presente modernidade, a cultura não pode ser caracterizada monolítica, imutável, homogênea e sem contradições. Os múltiplos sistemas filosóficos, sociais e políticos estão abertos a práticas, modelos e formas de representação, marcados pelas diferenças, identidades e especificidades culturais. As várias dimensões étnicas, morais e religiosas, bem como os ativismos complexos e grupos de interesses insurgentes, comprovam a cada dia que o pluralismo é o paradigma nuclear das sociedades contemporâneas.

Dai evocar-se a aplicação da teoria de Peter Häberle, cuja marca é justamente a negação de um monopólio da interpretação constitucional, mesmo naqueles casos em que se

confere a um órgão administrativo específico, no caso IPHAN e demais órgãos de cultura, ou jurisdicional, Poder Judiciário, o monopólio da censura, seleção e aplicação das normas. Esta perspectiva hermenêutica, quando institucionalizada pelo procedimento do Registro, deve dar vazão às variadas dimensões étnicas, morais, religiosas e culturais.

Assim sendo, o Registro dos bens culturais intangíveis deve estar assentado no reconhecimento da pluralidade, subjetividade e complexidade da interpretação constitucional a ser assegurada às bases sociais e aos múltiplos agentes de cultura. Dai dizer-se que o procedimento legal do Registro deve traduzir não somente uma concretização máxima do princípio democrático, mas, sobretudo, oportunizar uma consequência metodológica da abertura material da Constituição.

Nesse contexto, o Registro é concebido como instrumento hábil à promoção da proposta de Häberle, isto é, deve atuar num processo público de interpretação constitucional no qual todos os potencialmente interessados, órgãos estatais vinculados às temáticas do patrimônio, potências públicas e privadas voltadas para atividades que tenham transversalmente vinculação a bens registrados, cidadãos, grupos e comunidades sejam reconhecidos como destinatários da norma constitucional e, deste modo, como legítimos intérpretes de seus direitos culturais de matriz constitucional.

É necessário deixar claro que o Registro deve concretizar um trabalho hermenêutico constitucional que pode e deve ser utilizado tanto pelos órgãos do Estado quanto pelos sujeitos que dialogam com os bens protegidos. Isso é um reflexo da sociedade aberta e plural e que, portanto, autoriza a potencialização do Registro como um instrumento de eficácia jurídica garantida.

O Direito deve estabelecer garantias que efetivem ao máximo a discussão do próprio ordenamento jurídico-constitucional, a fim de criar condições mais concretas no sentido de que os discursos de aplicabilidade jurídica dos direitos fundamentais no âmbito dos direitos culturais espelhem as diversas perspectivas culturais. Assim, a vontade do legislador constituinte em efetivamente promover e proteger o patrimônio cultural imaterial não pode sucumbir a eventuais omissões do legislador derivado ou mesmo preferências de dirigentes de órgãos públicos em manter a tradição de somente proteger a dimensão material do patrimônio cultural.

A própria expectativa da comunidade na eficácia jurídica do Registro não pode ser desconsiderada. Isso porque ele possui validade como forma de o próprio direito efetivar a ideia de auto legislação. (HABERMAS, 2003, p. 163-164). Por isso, o Registro é uma

garantia do Direito, já que cria as condições sob as quais os "cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo. Por isso, servem os direitos fundamentais legítimos à participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador".

O art. 216 da *Lex Fundamentallis* não se trata de mera norma constitucional de matriz antropológica e despida de validade jurídica. Ela estabelece para a Administração Pública o dever de promover o patrimônio cultural brasileiro em parceria com a comunidade e por meio dos instrumentos e procedimentos previstos pela ordem jurídica. Isto faz reconhecer a criação constitucional de uma miríade de direitos culturais cujos titulares são a comunidade e cujo objetivo é possibilitar a fruição do patrimônio cultural, acesso aos meios que viabilizam a promoção e proteção dos bens culturais e, ainda, o direito de exigir do Estado prestações positivas necessárias à máxima fruição de tais direitos.

O Registro, juntamente com outros instrumentos previstos na norma constitucional e infraconstitucional, vem garantir à sociedade brasileira o direito irrenunciável de promover e proteger o patrimônio cultural. Para a efetivação desse direito, o legislador constituinte elegeu dois fortes verbos, "promover" e "proteger", vale dizer, o Poder Público, com a colaboração da comunidade, deve promover e proteger os bens culturais portadores de referência à ação, à memória e à identidade dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira, fornecendo os meios para que seja exigido o cumprimento da função constitucional reservada ao Estado nos processos de identificação, reconhecimento e valorização do patrimônio cultural.

A efetiva promoção e proteção do PCI ficou, então, no âmbito administrativo, sob a responsabilidade do Ministério da Cultura, sobretudo da sua autarquia especializada na matéria, o IPHAN, que já possuía experiência de mais de meio século na proteção do patrimônio material e na criação e implementação de políticas públicas culturais.

A tarefa do IPHAN, junto com o Direito, não foi tratar do fenômeno do pluralismo como algo novo, pois a diversidade sempre existiu. Coube, em realidade, traduzir essa diversidade ontológica em um pluralismo discursivo, em que os atores tradicionais de fala, e ai alguns setores do IPHAN estavam inseridos, passam a reconhecer discursos culturais múltiplos, reconhecendo-lhes legitimidade e proteção jurídica.

O caminho foi longo, e a face imaterial do patrimônio continuou, após a CF/88, por uma década no silêncio. Uma nova ordem jurídica era instalada com o advento da Carta Constitucional. A cultura ganhava status de direito fundamental e as pressões sociais se

faziam presente, reclamando a efetividade dos direitos culturais, inclusive na perspectiva internacional. O Estado se viu obrigado a interromper o seu silêncio.

3.3 A REGULAMENTAÇÃO INFRALEGAL DA DIMENSÃO INTANGÍVEL DO PATRIMÔNIO CULTURAL

A base criadora da proteção oficial ao patrimônio imaterial, presente no esforço de Mário de Andrade já na década de 1930, e fruto de reiteradas manifestações das comunidades, se deu oficialmente no Brasil somente com a Carta Republicana de 1988. Decorreu, dentre outros fatores, da insatisfação com a edição da Convenção da Unesco para Salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972, a qual, mais uma vez, reforçou a ideia de patrimonializar bens da cultura europeia, "da Cristandade, das cidades antigas, dos 'grandes' monumentos, das 'grandes' civilizações e dos períodos históricos, em detrimento das culturas e das espiritualidades não-europeias, e de modo geral, dos patrimônios de todas as culturas vivas", especialmente das tradicionais. (LÉVI-STRAUS, 2012, p. 33)

A reação à Convenção de 1972, por ter adotado uma concepção de patrimônio cultural restritiva, foi bastante incisiva e repercutiu na própria UNESCO, que, por sua vez, sob a liderança do seu Diretor-Geral, Sr. Koïchiro Matsuura, reuniu a Conferência Geral e adotou a Recomendação para Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular, em 1989, um ano após a promulgação da Carta Magna de 1988. O conteúdo dessa Convenção priorizava ações de preservação e transmissão de conhecimentos, saberes, etc, que a CF/88 já havia batizado de patrimônio cultural "imaterial".

A expressão "patrimônio imaterial" aparece no debate global em 1982, em meio à Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais – ICOMOS (Conselho Internacional sobre Monumentos e Sítios) e em 1985 na Lei 13/85, de 6 de julho, de Portugal, que tratava dos "regimes especiais de proteção e valorização dos bens imateriais".

No mesmo ano em que foi editada a Recomendação, 1989, a Bahia realizava também um seminário, promovido pelo IPAC, sobre o "registro especial" de patrimônio imaterial, conforme aponta a Ata da 37ª Reunião do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, em

sessão realizada no dia vinte e um de novembro de dois mil e dois, no Auditório Moniz de Aragão, do Palácio Gustavo Capanema, no Rio de Janeiro (IPHAN, 2002, p.4)

Na esfera federal, somente no final dos anos de 1990 é que o IPHAN aponta a necessidade de formular políticas culturais voltadas ao horizonte imaterial do patrimônio. Já havia se consolidado, em nível institucional, de modo muito tímido, que o Tombamento não se prestava à tutela do patrimônio imaterial. Essa era uma realidade. Ressentia-se apenas a falta de estudos mais contundentes sobre a matéria.

O Registro ainda era um "ilustre desconhecido" e o Tombamento continuava a ser o instrumento eleito para a proteção do patrimônio cultural brasileiro. Tanto é assim que, a comunidade mato-grossense, integrada por artesãos que construíam violas e por músicos e dançarinos do cururu e do siriri, estilos musicais onde esses instrumentos são utilizados, encaminhou ao IPHAN a solicitação do tombamento da viola-de-cocho, a fim de que fosse reconhecido "o caráter coletivo e difuso do saber fazer e tocar" viola-de-cocho. (DIANOVSKY, 2013, p.42)

O requerimento da comunidade foi, de pronto, indeferido, pelo IPHAN, já que institucionalmente já havia se consolidado o entendimento de que o modo de fazer, saber, etc, modalidade em que se inseria a viola-de-cocho, não preenchia os requisitos legais fixados pelo DL 25/1937, o qual tratava da proteção de bens culturais móveis e imóveis. Ainda assim, o Estado de Mato Grosso, distante da compreensão que se firmava sobre a nova política que ganhava corpo, promoveu o "tombamento da viola-de-cocho". (IPHAN, 2009, p. 72-80)

Dianovsky (2013, p. 44) preleciona que:

> Ainda que o IPHAN tenha negado o pedido de tombamento da viola-de-cocho, esse evento trouxe novamente à baila a questão da preservação de elementos do "folclore", da cultura popular, de bens culturais vivenciados pelas comunidades no Brasil. De acordo com relatos de Célia Corsino, gestora do Iphan envolvida no despertar das ações com o patrimônio imaterial, essa solicitação apontou para a necessidade do instituto implementar uma política que fosse compatível com a diretriz constitucional sobre patrimônio cultural, objeto de muito debate e algumas ações experimentais.

A ex-diretora do Departamento de Identificação e Documentação (DID) e atual (2014) Diretora do DPI/IPHAN, Célia Corsino (2013), afirma que o pedido de Tombamento da viola-de-cocho foi a grande motivação para a real necessidade de aprofundamento das discussões sobre o patrimônio intangível no seio da Autarquia.

Esses questionamentos, somadas a tantas outras necessidades de dar uma resposta efetiva à sociedade brasileira, após quase seis décadas de silêncio, e também reforçados por políticas voltadas para a cultural popular, desenvolvidas no âmbito da Funarte e em outros organismos, contribuíram para que, na comemoração dos seus 60 anos de criação, o IPHAN, promovesse em Fortaleza, de 10 a 14 de novembro de 1997, o Seminário "Patrimônio Imaterial: Estratégias e Formas de Proteção", que contou com a participação de entidades dos setores público e privado, UNESCO, acadêmicos e da sociedade em geral.

Na 11ª Reunião do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural do IPHAN, de 1º de novembro de 1997, foi noticiada oficialmente a realização do Seminário de Fortaleza para "discussão da proteção do patrimônio imaterial do país e da sua arte popular" (ATA DO CONSELHO CONSULTIVO, 1997), pelo então presidente do IPHAN, Glauco Campello, o que não foi objeto de comentário por parte dos Conselheiros, ainda que a temática fosse inovadora e necessária.

A pretensão que norteou a realização do evento foi reunir elementos e subsídios que "permitissem a elaboração de diretrizes e a criação de instrumentos legais e administrativos visando a identificar, proteger, promover e fomentar os processos e bens", os quais, segundo a CF/88, fossem "portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira" (art. 216), considerados estes "em toda a sua complexidade, diversidade e dinâmica, particularmente as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas". (CARTA DE FORTALEZA, 1997)

Neste sentido, buscava-se recolher as experiências nacionais e internacionais de resgate e valorização da cultura viva e desenhar a nova política de preservação da face imaterial do patrimônio cultural, tendo sempre claro que era necessário criar formas de identificação, promoção e proteção sem engessar as manifestações culturais e nem amarrá-las a certos valores e conceitos passíveis de discussão, como autenticidade. Buscava-se, assim, trabalhar com a ideia de favorecimento da continuidade dos bens culturais, tendo como base a noção de referência cultural.

Os principais objetivos do Seminário de Fortaleza estavam resumidos no *folder* de divulgação do evento, constante dos arquivos da COPEDOC, e apontava como tema central: ampliação do conceito de patrimônio para além dos monumentos históricos e obras arquitetônicas e artísticas a partir dos anos de 1970, que foi incorporado na definição de patrimônio cultural da Constituição Federal de 1988; proteção e preservação às

“manifestações culturais de caráter popular” como parte da história do IPHAN devido ao anteprojeto de Mário de Andrade e em face dos trabalhos realizados pela Fundação Pró-Memória; por fim, a discussão sobre a possibilidade de criação de trabalhar com a ideia de “outras formas de acautelamento e preservação” do Texto Constitucional.

O arquivo da COPEDOC/IPHAN guarda a memória do Grupo de Trabalho do Patrimônio Cultural Imaterial, que contém valiosas informações sobre a organização do Seminário de Fortaleza, Dossiê M544, Caixas A, B, C e D.

Na organização do evento foram separadas temáticas específicas que envolviam o “Patrimônio Cultural e o fazer popular: experiências de resgate e valorização”, através de mesas que discutiram a contribuição de Mário de Andrade e o valor patrimonial da cultura popular, a era Aloísio de Magalhães e as experiências do CNRC e da Fundação Nacional Pró-Memória; definição do que seria bem cultural de natureza imaterial; permanência e a mudança nos modos de fazer, tradição e cotidiano e apresentação de experiências nacionais e internacionais; instrumentos legais e medidas administrativas para preservação de bens culturais imateriais, dentre outros assuntos.

No dia 12 de novembro daquele ano, no painel “Permanência e Mudança: modos de fazer, tradição e cotidiano”, uma mesa apresentou as experiências brasileiras no trato com o patrimônio cultural, culturas populares e tradicionais, oportunidade em que o ex-Diretor-Geral do IPAC/BA, Ordep Serra, como se mencionou anteriormente, compartilhou a experiência do Estado da Bahia através do projeto de atualização da legislação baiana de proteção, onde se foi pensado no instrumento de tutela do patrimônio imaterial chamado pelo grupo baiano, composto por Márcia Sant’Anna, Carlos Amorim, Paulo Damasceno, Luís Vianna Queiroz, Rosário Carvalho, Ordep Serra e Paulo Ormindo Azevedo, de “Registro Especial”, expressão que até hoje integra a lei de proteção da Bahia, Lei 8895/2003, e que fora recomendado à União – Ministério da Cultura e IPHAN, pelo Seminário através dos itens 4 e 5 da Carta de Fortaleza:

> Propõe e recomenda:
> 4. que seja criado um grupo de trabalho no Ministério da Cultura, sob a coordenação do Iphan, com a participação de suas entidades vinculadas e de eventuais colaboradores externos, com o objetivo de desenvolver os estudos necessários para propor a edição de instrumento legal, dispondo sobre a criação do instituto jurídico denominado registro, voltado especificamente para a preservação dos bens culturais de natureza imaterial;
> 5. que o grupo de trabalho estabeleça as necessárias interfaces para que sejam estudadas medidas voltadas para a promoção e fomento dessas manifestações culturais, entendidas com iniciativas complementares indispensáveis à proteção legal propiciada pelo instituto do registro. Essas medidas serão formuladas tendo em

> vista as especificidades das diferentes manifestações culturais, e com a participação de outros agentes do poder público e da sociedade. (IPHAN, 2012, p. 22)

Nesse contexto, surgiram relevantes discussões para a constituição do campo do patrimônio imaterial, como a inadequação do Tombamento para a proteção dos bens de cultura intangíveis; influência negativa das novas tecnologias e relações de mercado que acabam por enfraquecer certas práticas culturais tradicionais; falta de estrutura administrativa para a implementação de políticas públicas do imaterial; tratamento diferenciado dos bens intangíveis, dada a sua natureza processual e passível de promoção e apoio à sustentabilidade econômica dos produtores e detentores; possível utilização dos Inventários e criação dos Livros de Registro; criação de um selo do patrimônio cultural e certificado. Esta última não foi observada no modo como proposto pelo DID.

Um dos objetivos centrais do Seminário foi discutir estratégias e formas de proteção do patrimônio imaterial, e como se mencionou acima, a Carta de Fortaleza recomendou o aprofundamento do conceito de bem cultural de natureza imaterial e o desenvolvimento de estudos destinados à regulamentação do processo de Registro como principal instrumento de preservação da imaterialidade do patrimônio.

Diversamente do quanto entendido por alguns membros que participaram do GTPI e outros estudiosos, e que tomou foro de verdade, este trabalho defende o reconhecimento da existência da cultura como direito fundamental, o que, na forma do art. 5º, §1º dispensaria a necessidade de regulamentação da CF/88, justamente porque “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Além do que, o conjunto de normativas hoje existente na ordem jurídica pátria, quando aplicado dialogicamente, está apto à efetiva concretização do direito constitucional de proteção à dimensão imaterial do patrimônio cultural.

Pautados nos resultados obtidos no Seminário de Fortaleza, e ainda a partir das propostas e recomendações contidas na Carta de Fortaleza, sobretudo aquelas referentes ao aprofundamento da reflexão sobre o conceito de bem cultural de natureza imaterial e a necessidade de nomear um grupo de trabalho para desenvolver estudos para a proposição de um instrumento legal voltado à preservação dos bens culturais de natureza imaterial, tanto o MinC quanto o IPHAN se empenharam para constituir esse grupo de trabalho para cumprimento de tal desiderato.

3.3.1 A instituição do grupo de trabalho do patrimônio imaterial

Em acatamento às recomendações da Carta de Fortaleza, em março de 1998 o então Ministro da Cultura, Francisco Weffort, instituiu uma Comissão com a finalidade precípua de formular propostas que possibilitassem disciplinar, na esfera infraconstitucional, o acautelamento da face imaterial do patrimônio cultural, como proposto pela CF/88, há exatos 10 anos. Essa Comissão foi integrada por membros do Conselho Consultivo do IPHAN, Joaquim Falcão, Marcos Vilaça e Thomas Farkas e pelo Presidente da Biblioteca Nacional, Eduardo Portella.

No mesmo ato, Portaria 37/1998, cumprindo ainda o quanto sugerido pela Carta de Fortaleza, o Ministro da Cultura instituiu o Grupo de Trabalho, composto por membros do IPHAN: Márcia Sant'Anna (coordenadora), Célia Corsino, Ana Cláudia Lima e Alves e Ana Gita de Oliveira; Maria Cecília Londres da Fonseca, da Secretaria de Patrimônio, Museus e Artes Plásticas, do MinC; Cláudia Márcia Ferreira, do CNFCP da Funarte; e, ainda, inicialmente, Ana Maria Roland e Sidney Fernandes Sollis, do IPHAN.

O Grupo de Trabalho do Patrimônio Imaterial-GTPI, que estendeu seus trabalhos durante 17 meses, em realidade, teria 60 dias para apresentação de uma proposta. Entretanto, a complexidade da matéria e a exiguidade de material produzido no Brasil sobre a temática foram suficientes para justificar a edição das Portarias 229/1998 e 485/1998, as quais prorrogaram duas vezes, pelo prazo de 90 dias, e depois mais 360 dias, a conclusão dos trabalhos.

A Comissão, integrada, em sua maioria, por membros do Conselho Consultivo do IPHAN, teve sua razão de ser. Tal Conselho é, na estrutura administrativa da Autarquia, um órgão colegiado que delibera sobre a aplicação dos instrumentos de tutela legal, no caso, até aquele momento, o Tombamento. Como evidencia Célia Corsino (2013) e Dianovsky (2013), somente com o apoio do Conselho Consultivo a Comissão, o GTPI e a nova política do imaterial ganhariam capilaridade dentro do MinC e do IPHAN.

O Conselho foi criado juntamente com o SPHAN, em 1937, e sua primeira sessão se deu em 10 de maio de 1938. Sua função foi e é justamente desenhar a política de preservação no Brasil, um lugar de diálogo entre o Poder Público e a sociedade, composto inicialmente por pensadores e intelectuais como Manuel Bandeira, Edgar Roquete Pinto, Afonso Arinos de Melo Franco, Silva Telles, Paulo Santos, entre outros. É constituído, atualmente, por nove

representantes de instituições públicas e privadas e por 13 representantes da sociedade civil, indicados pela presidência do IPHAN e designados pelo Ministério da Cultura. O mandato dos conselheiros é de quatro anos, permitida a recondução. É presidido pelo presidente do IPHAN que o integra como membro nato.

A repercussão do Seminário de Fortaleza e a instituição da Comissão e do GTPI foram efetivamente tratadas no âmbito do Conselho Consultivo após manifestação incisiva do Ministro da Cultura, Francisco Weffort, dirigida a esse órgão, o qual reafirma a necessidade de o IPHAN identificar os marcos mais significativos de trajetória do Brasil como nação, e seu trabalho será tanto mais representativo da pluralidade cultural quanto mais diversificado for esse patrimônio,

> contemplando não só nossas raízes luso-brasileiras, como as nossas origens indígenas, a presença africana e as inúmeras contribuições de outras etnias e culturas, presentes desde o início de nossa história. Judeus e muçulmanos, franceses e holandeses forjaram também, nos primeiros séculos de nossa existência, o que viria a ser a nação brasileira. A eles se juntaram mais recentemente italianos, alemães, japoneses, e um sem número de outros grupos de imigrantes que se integraram de tal maneira, que já não os vemos, nem eles se veem, como 'outros', como 'estranhos'. Mas essa capacidade de integração, talvez um dos traços mais positivos de nosso processo histórico, não deve comprometer o reconhecimento do mosaico que somos, muito mais multifacetado que o triângulo das chamadas três raças formadoras. É preciso que todos os que compõem a nação brasileira possam se identificar com suas representações. (IPHAN, 1997, ATA DA 12ª REUNIÃO DO CCPC/IPHAN)

Mais adiante, o Ministro enfatiza a necessidade de ampliar o olhar do IPHAN sobre o patrimônio cultural, deixando-se, assim, a visão reducionista e elitista de patrimônio, e aponta pela efetivação de medidas, um tanto ousadas, para a concretização de tal tarefa:

> Passando os olhos pelos Livros de Tombo, verifico que as inscrições estão longe de espelhar o universo cultural diversificado a que me referi. A julgar o Brasil por esse retrato, somos uma nação quase que exclusivamente branca, luso-brasileira, católica, em que mesmo nossas raízes indígenas e africanas praticamente não deixaram rastro. Sei que o IPHAN tem consciência dessas lacunas, e que há alguns anos vem se manifestando sobre a necessidade de reconhecer como patrimônio também os testemunhos histórica e culturalmente significativos de outras de nossas heranças culturais. **O seminário realizado em Fortaleza recentemente, no contexto das comemorações dos sessenta anos do IPHAN, foi um passo importante nesse sentido.** Mas já é hora de essas intenções se traduzirem em ações visíveis para a sociedade, o que implica em usar tanto a rica experiência acumulada, como uma indispensável dose de criatividade e ousadia, para superar os obstáculos que por ventura ainda existam para alcançarmos esse objetivo. Ao lançar esse desafio, não estou minimizando as dificuldades práticas que a instituição encontra no seu dia-a-dia para cumprir as suas lições, especialmente, no que diz respeito aos recursos

> financeiros e humanos hoje extremamente reduzidos para conservar, restaurar, apoiar e revitalizar os bens que estão sob sua responsabilidade. (IPHAN, 1997, ATA DA 12ª REUNIÃO DO CCPC/IPHAN, grifos nossos)

Esta missiva encaminhada ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural do IPHAN serviu, por certo, para alavancar os serviços do GTPI e para até mesmo criar um lugar de fala para essa nova dimensão do patrimônio no âmbito do Conselho.

De 4 de março, data da edição da Portaria 37/1998, até dezembro do mesmo ano, foram realizadas seis reuniões do GTPI e uma da Comissão. Os assuntos tratados foram diversos e iam desde o levantamento de questões gerais que envolvem o projeto, definindo-se tanto os meios- recursos físicos, financeiros e humanos, para viabilização das atividades quanto a fixação de parâmetros dos debates sobre o Registro de bens.

Houve o comprometimento do grupo em levantar material para leitura e a literatura inicial foi formada por textos de caráter institucional, sendo que, num complexo de doze textos, cinco tratavam-se de recomendações e experiências internacionais, quatro sobre reflexões internas promovidas desde a Carta de Fortaleza, e dois relativos a proposições de redação dos instrumentos legais de proteção. Dai decorreram três preocupações iniciais:

> A primeira diz respeito a tomada de conhecimento de experiências internacionais anteriores acerca da identificação e do registro dos bens de natureza imaterial. A segunda preocupação é a de produzir uma reflexão do problema em âmbito nacional. A terceira, foi a de aperfeiçoar prováveis instrumentos legais que garantam o reconhecimento desses bens referidos. (SIQUEIRA, 1998)

A partir disso, foi sugerido por Sydney Solis a adoção de um modelo com inspiração francesa e solicitado ao GTPI a elaboração de dois pequenos estudos sobre a experiência internacional na proteção dos bens imateriais e os precedentes desse tipo de trabalho em instituições brasileiras. A temática em voga girava sempre em torno de questões conceituais, que foram logo tratadas, e depois sobre o documento legal a ser produzido para fins de identificação e registro dos bens de natureza intangível. Esta era uma grande questão a ser trabalhada.

As preocupações que nortearam os trabalhos do GTPI, durante as suas doze reuniões e mais duas da Comissão, ocorridas de março de 1998 a agosto de 1999, podem ser assim resumidas: necessidade de constituição de um dossiê sobre os bens antes da sua inscrição; medidas administrativas e legais- definição do papel do Estado, limites de ação, competências e fonte de recursos financeiros; questões metodológicas e teóricas- necessidade de estudos da

antropologia e levantamento de categorias clássicas de classificação do patrimônio cultural; construção de tipologias; utilização de textos referenciais.

De início, após valiosas discussões, o que ficou bem definido foi a adoção do conceito constitucional de patrimônio cultural, presente no art. 216, que definiu o patrimônio cultural brasileiro como o conjunto de bens culturais de natureza material e imaterial, portadores de referência à ação, à memória e à identidade dos diversos grupos que formam a sociedade brasileira. A filiação do Grupo a essa perspectiva de patrimônio já constituía um grande marco no campo das ações do imaterial, em contraposição a um sistema jurídico hermético criado pelo DL 25/1937.

Segundo o Relatório Final das Atividades do GTPI, os estudos e debates travados durante as reuniões identificavam as principais problemáticas que assolavam o patrimônio cultural imaterial, interferindo na continuidade e na manutenção das expressões da cultura tradicional. Sobre essa preocupação o GTPI se debruçou, sobremodo porque o Direito existente não atendia a muitas demandas desse novo campo do patrimônio.

Sant'Anna (2012, p. 8-9) indica como principais problemas levantados pelo GTPI e que constituíam a sua preocupação, quanto à continuidade e manutenção das expressões culturais tradicionais,

> [...] turismo predatório, sua apropriação inadequada pela mídia, a uniformização de produtos decorrente do processo de globalização da economia, a apropriação industrial desses conhecimentos e a comercialização inadequada, tanto no âmbito nacional quanto no internacional. Esta é prejudicial quando ocorre por meio de produção em série de cópias de objetos tradicionais; da introdução de materiais não apropriados ou formas inadequadas com vistas ao lucro rápido; da apropriação gratuita de padrões originais ou princípios tecnológicos tradicionais.

O GTPI levantou diversas e complexas tratativas sobre as formas de reconhecimento da cultura tradicional e popular ou do folclore e sua vinculação às questões de propriedade intelectual, sobretudo porque a legislação relacionada ao direito autoral reconhece apenas a autoria individual ou individualizada, deixando parcela significativa do patrimônio imaterial à mercê da sorte. Chegou-se até a cogitar a possibilidade de incluir regras sobre propriedade intelectual na proposta de mecanismo legal para a preservação do patrimônio imaterial.

A conclusão do GTPI foi pela impossibilidade de tal pretensão, haja vista que,

> diante do estágio da discussão internacional e da necessidade de maior aprofundamento do tema junto a outras instâncias governamentais, seria precipitado e inadequado dispor sobre o assunto no momento. Avaliou-se que seria mais importante iniciar um trabalho de identificação, inventário, registro e

> reconhecimento do patrimônio imaterial de relevância nacional, para, num segundo momento, se estabelecer dispositivos de proteção para equacionar questões específicas que o uso e a comercialização desses produtos envolve. (SANT'ANNA, 2012, p. 9)

As consequências possíveis do Registro, observáveis hoje na prática institucional, e que serão tratadas em outro instante, revelam que à época da realização do GTPI, assim como até o momento, não se tinha a exata noção das implicações que o Registro de bens culturais imateriais e sua salvaguarda gerariam para o Estado e para terceiros. A experiência se incumbiu de ir demonstrando e exigindo uma prestação positiva do Poder Público em sentido amplo, não apenas do IPHAN e não somente sob o prisma das questões de propriedade intelectual, temática bastante discutida nessa fase preliminar.

3.3.1.1. A intenção inicial de identificação, reconhecimento e valorização do imaterial

Os primeiros estudos realizados pelo GTPI, tendo por referência trabalhos desenvolvidos pela Fundação Pró-Memória, Funarte, CNRC, CNFCP, e outros tantos já citados, serviram para a construção de uma teoria sobre o patrimônio cultural imaterial a partir da criação de princípios e diretrizes que fundamentariam, então, a elaboração do instrumento legal de proteção.

Esses princípios basearam-se na ideia de construção de um instrumento jurídico que desse conta da proteção de um bem cultural de natureza dinâmica, transitória, distante da ideia de autenticidade e originalidade reinante, e próximos à concepção de continuidade, de construção coletiva pela comunidade interessada e cujo suporte é humano, o que se diferencia completamente das práticas até então implementadas no campo do patrimônio material e quando da aplicação do Tombamento.

Dai, pensou-se na formulação de um instrumento jurídico cuja consequência seria a identificação, o reconhecimento e a valorização do patrimônio imaterial, considerando que essa dimensão do patrimônio é oriunda "de processos culturais de construção de sociabilidades, de formas de sobrevivência, de apropriação de recursos naturais e de

relacionamento com o meio ambiente" e que "essas manifestações possuem uma dinâmica específica de transmissão, atualização e transformação que não pode ser submetida às formas usuais de proteção do patrimônio cultural." (SANT'ANNA, 2012, p. 9)

Defendia-se a necessidade de criação de um mecanismo que não fosse de efetiva "proteção" e "conservação" na esfera do imaterial, "no mesmo sentido das noções fundadoras da prática de preservação de bens culturais móveis e imóveis", mas sim um instrumento que promovesse a identificação, reconhecimento, registro etnográfico, acompanhamento periódico, divulgação, fomento, difusão e apoio. "Enfim, mais documentação e menos intervenção". (SANT'ANNA, 2012, p. 10)

A fim de reforçar esse distanciamento do Tombamento, o segundo princípio trabalhado pelo GTPI defendia a não aplicação do conceito de autenticidade no campo de preservação do imaterial, uma vez que a natureza dinâmica dos bens culturais intangíveis exige um acompanhamento contínuo, - monitoramento e avaliação, observância e registro das suas alterações e mudanças no decorrer do tempo. A ideia de continuidade histórica em substituição à de autenticidade atendia mais amplamente à proposta que ali se consolidava.

Como se pode observar das narrativas constantes dos documentos do GTPI, existia um verdadeiro temor da possibilidade de se atribuir efeitos de "proteção" ao Registro. Tanto é assim que o Relatório Final das Atividades do Grupo evidencia: "Esses princípios básicos permitiram caracterizar o instituto do registro não como um instrumento de tutela e acautelamento análogo ao tombamento, mas como instrumento de reconhecimento e valorização do patrimônio imaterial". (SANT'ANNA, 2012, p.10)

As atas, memórias, os ofícios e demais documentos da época da regulamentação do Registro, apontam que o GTPI tinha um nítido receio de que esse novo mecanismo fosse tratado do mesmo modo como fora o Tombamento, quando, em realidade, assumir o Registro como instrumento de proteção implica uma ideia distinta da proteção conferida pelo Tombamento, que incide diretamente e prioritariamente sobre a configuração do bem, sua materialidade. Segundo Sant'Anna (2013) pode-se afirmar, seguramente, que "uma das razões porque o GTPI afirmava tanto o Registro como instrumento de reconhecimento era o pânico de que o IPHAN, em decorrência da prática de aplicação do Tombamento, resolvesse 'regular' a produção e reprodução dos bens imateriais, determinando, por exemplo, que tal panela das Paneleiras só pode ter esta ou aquela forma porque assim foi registrado".

Essa preocupação teve sua razão e serviu para, de fato, estabelecer princípios revolucionários no campo da preservação do Brasil. Foi a partir dela que este trabalho buscou

questionar qual o sentido de proteção que o patrimônio imaterial requer e que as comunidades atribuem. Isso porque a ideia de proteção na esfera do intangível é realmente bem diversa daquela utilizada no patrimônio material.

Analisando os princípios e regras legais que norteiam a prática preservacionista do patrimônio material, tem-se o instrumento do Tombamento, que configura restrição parcial ao direito de propriedade, recai sobre bens móveis ou imóveis e seus usuários, possuidores ou proprietários, os quais passam a ser obrigados a manter, conservar e restaurar os bens culturais objeto de tutela estatal. Ao Estado também incumbe a tutela subsidiária dos bens consagrados como patrimônio cultural do Brasil, a teor do disposto no DL 25/1937.

Como a política que se estava desenhando era justamente na contramão do processo em curso desde 1937, frisou-se bastante essa necessidade de que o Registro não produzisse os mesmos efeitos do Tombamento, que não "protegesse" no mesmo sentido que o Tombamento o bem cultural imaterial. E, de fato, tal proteção não se poderia dar nos mesmos moldes do Tombamento, até porque, como se poderá observar no decorrer deste trabalho, a proteção que a face imaterial do patrimônio requer, para além da obrigação pública de identificar, reconhecer, valorizar, através de documentação, estudos históricos, antropológicos e etnográficos, apoio à sustentabilidade, promoção, capacitação, avaliação e monitoramento, entre outros, é a garantia de direitos culturais de proteção aos bens registrados como patrimônio cultural do Brasil, inclusive contra terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado.

De fato, o Registro, em sua acepção genérica, equivale ao Tombamento no sentido do *status* que confere ao bem registrado. Ambos são formas de reconhecimento do valor cultural de determinado bem ou determinada prática, mas o Registro não produz o mesmo efeito jurídico do Tombamento. Isso porque a ideia de trabalhar com a dimensão imaterial supõe um olhar sobre o patrimônio como algo fundamentalmente dinâmico, volátil, que é constantemente formado, reformado e transformado e que, portanto, não pode ser encarcerado num determinado formato e padrão, como uma espécie de codificação, de engessamento. O GTPI trabalhou bem essas premissas.

Enquanto no viés do Tombamento trabalha-se com a ideia, por exemplo, de fiscalização ostensiva pelo Estado, para verificar se o bem cultural está ou não sendo preservado, transformado, mutilado, destruído na sua materialidade, inclusive com aplicação de multas, medidas coercitivas, judiciais e extrajudiciais, no patrimônio imaterial tal atividade é inexequível, já que não cabe fiscalização, vigilância e qualquer outra ação restritiva,

mediante o poder de polícia conferido ao Estado, por exemplo, para se observar se o frevo está sendo dançado de tal forma, se o barro das paneleiras de goiabeiras teve sua tonalidade um pouco alterada, se a saia da sambadora de roda do Recôncavo da Bahia está moldando ou não, porque essas coisas se alteram e se modificam constante e inevitavelmente. A intervenção ou proteção do Estado não se dá, portanto, no âmbito da prática cultural em si.

Considerando isso, é necessário pensar que a ideia de proteção pelo Estado será, inicialmente, por meio de formas de investimento nas condições materiais, sociais e até culturais que possibilitem a continuidade dessa prática na forma que melhor atenda aos anseios da comunidade interessada e às exigências do atual contexto. Caso não haja interesse da comunidade na continuidade das tradições, Vianna (2005, p. 308) assim questiona: "O que faria o governo? Entraria em pânico diante da possibilidade da perda de uma tradição tão importante para a vida cultural da cidade e injetaria verbas na festa, para que permanecesse viva? Ou apenas registraria a festa, para conhecimento das futuras gerações?"

Assim, diversamente do Tombamento, que é ato unilateral e fruto do *jus imperii* do Estado, e que muito pouco conta com a participação das comunidades, o Registro tem como elemento preliminar e essencial a manifestação expressa da comunidade, a qual permitirá ou não documentar, registrar, guardar, inclusive fazendo filmagens dos cantos, ritmos, toques e das próprias falas, depoimentos, para, então, promover a interpretação densa daquela cultura, reconhecendo que, dentre um conjunto de práticas ali vivenciadas, aquelas são especialmente valoradas pelo grupo como patrimônio. O Estado, então, depois dessa etapa, reconhecerá o valor cultural daquilo que foi apontado como relevante pela comunidade e não apenas delimitará quais os aspectos culturais dignos de proteção estatal, como sempre ocorreu no Tombamento.

O trato conferido ao patrimônio imaterial diverge consideravelmente daquele imprimido ao material, com práticas, ações e abordagens do meio cultural que este último campo ainda não absorveu completamente. O patrimônio cultural é um só, mas ganha contornos e metodologias distintas, dai a Constituição Federal ter preferido dualizar o patrimônio cultural em material e imaterial, no sentido de conferir-lhe tratamentos metodológicos e didáticos distintos, inclusive com relação à forma de abordagem legal.

Não se pode olvidar que, com relação à CF/88, o legislador Constituinte trouxe o verbo "proteger" como núcleo do art. 216, que determina que o Poder Público "protegerá" o patrimônio cultural. Vale dizer, na literatura especializada, o teor de dignidade humana nessa outorga é muito grande. O fundamento do dever estatal de tutela do patrimônio cultural

imaterial tem sua ênfase no verbo “proteger” (*schützen*) em contraposição ao verbo observar (*achten*), denotando o caráter positivo da proteção em relação ao caráter tradicional negativo ou abstencionista do dever de “observar”. Assim, toda a atuação do Estado, em suas instâncias diversas de poder, sobre o direito à cultura e sua efetividade plena, refere-se à concretização desse dever estatal de tutela, através do dever de “proteger” o PCI e não somente “promover”. (BONAVIDES,1996)

De fato, a pretensão inicial do GTPI de que o Registro produzisse os efeitos de identificação, valorização e reconhecimento foi um grande fator que contribuiu para o êxito da nova política preservacionista. Os demais efeitos, necessários à efetiva proteção dos bens culturais registrados, decorreram da prática institucional, não podiam ser previstos, todos eles, quando da existência do Grupo, até pela sua complexidade e constante novidade. A afirmação desses efeitos jurídicos foi e está sendo observada e construída nas ações de salvaguarda, em que pese as limitações e resistências ainda enfrentadas.

A criação de direitos e obrigações a partir do reconhecimento oficial da dimensão imaterial do patrimônio, como se verá, decorre não apenas do procedimento previsto no DP 3551/2000, mas da própria Carta Constitucional e demais normas legais e infra legais que fundamentam a atuação do IPHAN nesses quase quinze anos de construção e execução da política de preservação do PCI.

3.3.2 Decreto presidencial: instrumento ideal ou possível?

Desde o início das discussões em torno do instrumento legal de proteção ao patrimônio imaterial, questionamentos surgiram acerca da natureza conceitual e terminológica a ser adotada pelo Estado brasileiro: patrimônio intangível, tradicional, popular, oral, imaterial; discutiu-se também sobre a necessidade de diferenciar a salvaguarda a ser promovida em face de bens intangíveis daqueles tangíveis, a política “pedra e cal”; debateu-se sobre os legitimados à propositura do pedido de Registro - pessoas físicas e/ou jurídicas; e, ainda, sobre questões de direitos intelectuais que eventualmente surgissem em decorrência de apropriações indevidas de conhecimentos tradicionais, entre outros. Este último não foi contemplado no DP 3551/2000.

Dada a natureza dinâmica do patrimônio imaterial, cuja regulamentação somente se deu 12 anos após a CF/88, era praticamente imprevisível a exata noção de todas as problemáticas que poderiam surgir envolvendo os bens registrados e até que ponto o ente federado que promoveu o ato de preservação estaria comprometido com a defesa pela continuidade dos bens eventualmente ameaçados ou violados já que, em princípio, não haveria direitos a se "proteger".

Vê-se, contudo, que o papel do Estado foi pensado, segundo relata Sant'Anna (2012, p. 10), "não" como "mero observador". As suas responsabilidades "poderão ir desde a ajuda financeira a detentores de saberes específicos com vistas à sua transmissão, até divulgação ou facilitação de acesso a matérias primas, entre outras". O Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI) foi eleito o mecanismo de implementação da "política pública de identificação, inventário e valorização desse patrimônio". Segundo narra,

> Neste processo de registro o Estado não terá, contudo, um papel de mero observador. O conhecimento gerado sobre essas manifestações permitirá identificar de modo bastante preciso as formas mais adequadas de apoio à sua continuidade. Estas poderão ir desde a ajuda financeira a detentores de saberes específicos com vistas à sua transmissão, até a divulgação ou a facilitação de acesso a matérias primas, entre outras. Propõe-se que essas ações de apoio sejam desenvolvidas no âmbito do Programa Nacional de Patrimônio Imaterial, a ser criado juntamente com o instituto do registro. O Programa tem como principal objetivo implementar, no âmbito do Ministério da Cultura, política pública de identificação, inventário e valorização desse patrimônio. (SANT'ANNA, 2012, p. 10)

O GTPI e a Comissão contaram com a participação de vários especialistas, das mais diversas áreas do conhecimento, desde membros do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural do IPHAN, a integrantes dos Departamentos de Proteção e Identificação e Documentação, Superintendências Regionais e da Procuradoria Jurídica da Autarquia.

A inquietação que muito assolou o Grupo referia-se à não criação de um instrumento que implicasse restrições e limitações aos direitos de propriedade, posse, propriedade intelectual e outros. Isto era translúcido.

Já na primeira reunião ventilou-se a necessidade de discutir com a Comissão qual seria o mecanismo jurídico a ser formulado para dar conta da preservação do patrimônio imaterial, se seria projeto de lei, portaria, decreto ou outro ato normativo. Como o jurista Joaquim Falcão integrava a Comissão, aproveitou-se a oportunidade para adiantar-lhe o questionamento, oportunidade em que este indicou o Decreto como instrumento possível, já que este ato, na sua visão, não oneraria o Estado logo de início, apenas descrevia o

procedimento de Registro e também seria em caráter experimental. A preocupação destacada pelo jurista era não onerar ainda mais o Estado, observe-se.

A primeira proposta contida no Memorando 302/1998, entretanto, sugeria que o assunto fosse tratado por meio da edição de uma portaria ministerial, lastreada no DL 25/1937, o que recebeu, coerentemente, da Procuradoria Federal no IPHAN o opinativo pela inadequação da via eleita, já que estava consolidado o entendimento de que os bens de natureza imaterial constituem categoria autônoma e distinta, não guardando qualquer similitude com os bens contemplados no DL mencionado, passíveis de Tombamento, e ainda porque a portaria não se configura ato infra legal idôneo à regulamentação de dispositivo constitucional.

A Procuradoria Federal, mediante o Memorando 007/1999-GAB/BSB/PROJUR/IPHAN, de 08/01/99, apresentou seu entendimento sobre a eleição do decreto presidencial como instrumento hábil à regulamentação do Registro, destacando as dificuldades de tramitação de um projeto de lei, a partir das seguintes razões:

> O art. 216 da Constituição Federal não se reveste de auto-executoriedade. Desta feita, o ideal seria que esse dispositivo constitucional fosse regulamentado por lei. Contudo, sabe-se das dificuldades enfrentadas para que um projeto de lei venha a ser aprovado, cuja tramitação é sempre árdua e vagarosa. Então, considerando-se que não existirão maiores obrigações para o detentor do objeto caracterizado como patrimônio imaterial, e segundo o preceito constitucional inserto no art. 5º, inciso II, pelo qual "Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos seguintes termos: ...II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei;" é tolerável que a regulamentação da matéria ser faça por meio de Decreto Presidencial.

Sobre isso, duas observações merecem destaque. A primeira relativa ao entendimento de que o art. 216 da CF/88 é norma não auto executável, e a segunda porque a operadora do Direito refere-se à não existência de obrigações para o detentor do objeto caracterizado como patrimônio imaterial, apoiando-se, assim, no art. 5º, II, que consagra o princípio da legalidade.

Como se verá mais adiante, defende-se neste trabalho, em oposição a essa afirmativa, que o art. 216 da Carta Magna confere ao patrimônio cultural um status de direito fundamental, o que, a teor do § 1º do art. 5º, dispensa a obrigatoriedade de legislação infraconstitucional para atribuir eficácia plena ao comando constitucional, e, ademais, as obrigações eventualmente decorrentes do Registro recaem sobre terceiros que por ventura ameacem ou efetivamente causem danos ao patrimônio cultural registrado, e não

propriamente sobre os detentores e produtores dos bens culturais. Não se pode conceber, por exemplo, o Estado multar uma sambadora porque não compareceu à roda de samba. A eficácia do Registro será operada no sentido, por exemplo, de reprimir um ato de terceiro que venha a se apropriar de imagens e canções que integrem o objeto desse bem registrado, e desde quando a Instituição seja provocada pelos interessados, ou, de ofício, em situações excepcionais.

A referida Procuradora entendeu, destarte, que o decreto presidencial era o instrumento possível à regulamentação da norma constitucional:

> Refiro-me a um Decreto Presidencial também porque é o instrumento que está mais próximo da necessidade constitucional, na medida em que, conforme disse, o disposto no art. 216 da Constituição Federal não é auto-executável. Desta feita, uma portaria, ainda que ministerial, possibilitará a presença de uma enorme lacuna entre o texto constitucional e as questões nela mesma tratadas (na portaria). Ademais, vale lembrar que as portarias não surgem diretamente da norma constitucional, pois que devem ser editadas em complementação, e nunca em substituição, à ordem legal. (MEMORANDO 007/1999-GAB/BSB/PROJUR/IPHAN)

Os debates e preocupações apresentados foram de singular importância para a construção do instrumento, sobretudo porque o patrimônio imaterial possui interfaces com uma série de direitos e se vincula a relevantes questões, como tecnologia patrimonial, questões de mercado, direito de imagem e autorais, propriedade e posse, direitos contratuais de natureza civil, direitos dos povos e comunidades tradicionais, direitos de ordem sanitária, ambiental, saúde, dentre tantos outros que a prática tem se incumbido de demonstrar.

Sem dúvida, uma das maiores discussões do GTPI estava centrada na questão da proteção às comunidades tradicionais, tema objeto de acalorados debates institucionais e até mesmo interministeriais. Como a opção do GTPI no momento era de valorização e não a almejada “proteção” a direitos coletivos e tradicionais, optou-se por não contemplar no Decreto essa dimensão.

Uma proposição que merece destaque no âmbito dessa temática refere-se a uma versão do Decreto aprovada pela Comissão, em agosto de 1999, onde o art. 10 previa que: “A inscrição do bem cultural em um Livro de Registro e sua publicidade poderão constituir prova para que a comunidade detentora do bem registrado invoque a proteção de seus direitos.”

Junto a esse artigo há uma observação interessante quanto ao compromisso que o Estado deveria ter de proteção a certos direitos quando do Registro de bens culturais, sobretudo ante a visibilidade que tal Registro confere:

> Obs: Sugerimos a reinclusão desta disposição que constava da versão da Minuta GTPI, no lugar do texto que estamos propondo suprimir no art. 10. Este artigo, redigido pela Procuradora Chefe do IPHAN, Dra. Sista Souza dos Santos, trata de reconhecer e resguardar ainda que precariamente os direitos de propriedade intelectual coletiva de comunidades detentoras de bens registrados pois, uma vez que o registro implicará a divulgação ampla do conhecimento tradicional, há que se prever algo se o mesmo for indevidamente apropriado por terceiros. Esta preocupação nos foi apresentada pelos professores Maria Manuela Carneiro da Cunha e Antônio Augusto Arantes e pelo Instituto Socioambiental – ISA, antropólogos e instituições com experiência no trato dessas questões. (GTPI, SÉRIE M530.1, COPEDOC/IPHAN)

Importante ressaltar que, durante a pesquisa nos arquivos do GTPI, não foram encontrados registros do momento exato e também das razões que motivaram a retirada desse artigo do Decreto, em que pese a sugestão de inclusão ter sido emitida pela Procuradoria Federal do Órgão. Talvez aqui, com a inserção deste artigo, estivesse a expressa possibilidade de produção de efeitos do Registro, para satisfação daqueles que entenderem necessária tal previsão.

Segundo Sant'Anna (2014), houve, em realidade, muita discordância entre o GTPI e Comissão. A posição fechada de não criar obrigações era da Comissão. A ideia de que o Registro constituísse prova para o reclame de direitos foi proposta pelos membros do GTPI, com apoio da Procuradoria Federal, mas foi vetada pela Comissão.

Variados documentos constituídos no GTPI, em diversas oportunidades, deixavam evidente o posicionamento acerca de que o decreto "de nenhuma forma poderia impingir direitos e obrigações a terceiros" (INFORMAÇÃO Nº 1038/99, GTPI, COPEDOC/IPHAN)

Na Memória da 12ª Reunião do GTPI, em 6 de julho de 1999, definiu-se que o decreto contemplaria:

> [...] 2. Explicitação da forma de preservação que constitui o registro, que deve ser entendido não como proteção e tutela, mas como um processo de reconhecimento e valorização que se dá mediante: a) a conservação da memória desses bens através dos estudos etnográficos desenvolvidos na fase de instrução do processo; b) manutenção e a divulgação ampla da documentação reunida sobre o bem; c) o ato de inscrição no Livro de Registro; d) a outorga do título "Patrimônio Cultural Brasileiro" e, por fim, e) a atualização periódica das informações sobre o bem registrado.

Conforme entrevista concedida por Célia Corsino, membro do GTPI, o decreto foi o instrumento possível naquele momento:

> Precisávamos urgente de criar um instrumento que desse o mesmo status ao patrimônio cultural imaterial, que era tratado como coisa menor, como era tratado coisa acessório, como coisa do povo, que não tem muito [...]. Uma coisa meio pejorativa. Por isso que a gente decidiu pelo decreto, porque a gente não tinha base nenhuma política pra botar isso como projeto de lei. E havia projetos de lei que tangenciavam a questão do registro, que era, por exemplo, o do patrimônio genético e que a gente via no GIPI que eram coisas que não avançavam dentro do governo. Não era fora, era dentro do governo. (DIANOVSKY, 2013, p. 83)

O DP 3551/2000, portanto, foi criado com intuito de regulamentar o mecanismo do Registro do patrimônio imaterial e foi pensado inicialmente apenas como instrumento de reconhecimento e declaração de valor cultural, não apto à produção de efeitos jurídicos, pois era essa a conquista não somente possível para o momento, mas, para alguns, a ideal. Relata a professora Sant'Anna (2000, p. 16) que:

> O decreto presidencial foi considerado o instrumento legal mais adequado para institucionalizar o registro do patrimônio imaterial, uma vez que ele se destina a regulamentar norma constitucional, não implicando restrições ou limitações ao direito de propriedade ou a criação de obrigações para outras instâncias do poder público, à exceção do próprio Ministério da Cultura.

Para alguns, como Paulo Afonso Leme Machado e a representante da Procuradoria Federal do IPHAN à época, este seria o elemento impeditivo de uma atuação estatal mais efetiva para a proteção do patrimônio imaterial contra terceiros e perante o próprio Estado, dada a suposta ausência de legislação infraconstitucional para regulamentação da matéria ou até mesmo pela insuficiência de normativas, o que não se coaduna com a atual realidade da ordem jurídica brasileira, a qual diverge bastante daquele contexto de trabalho do GTPI e da elaboração do Decreto 3551/2000. Embora a legalidade estrita ainda seja uma realidade, o Direito evoluiu a ponto de se reconhecer a força normativa da Constituição, que terá a sua eficácia máxima a partir da junção de outros instrumentos legais e infra legais existentes na ordem jurídica brasileira.

O entendimento norteador das ações do GTPI, a partir de uma interpretação das Atas de Memória das reuniões ocorridas, era no sentido de que as normas constitucionais relativas ao patrimônio cultural são concebidas como de eficácia limitada ou relativa complementável, não produzindo os seus efeitos em plenitude, de forma imediata, porque dependem da integração da lei. Não possuem, portanto, os elementos necessários para a sua executoriedade direta, pelo que devem ser complementadas pelo legislador, para, então, ter eficácia plena.

No caso específico do Registro, em decorrência da omissão legislativa de 12 anos, sem contar as quase oito décadas de preponderância do patrimônio material, coube ao Presidente da República a edição do ato infra legal de sua regulamentação, o mencionado DP 3551/2000, aplicado em consonância com os Tratados e Convenções Internacionais em vigor no Brasil.

O DP 3.551, de 4 de agosto de 2000, foi obra de abundantes discussões e numerosas iniciativas desencadeadas no MinC, objetivando regulamentar o novo instrumento constitucional que então passava a integrar a política de patrimônio cultural de natureza imaterial da Nação brasileira, o Registro - proteção à memória, saberes, fazeres, celebrações, práticas, formas de expressão, espaços, lugares, entre outros. A partir dai, enriqueceram-se os debates sobre o novo mecanismo a partir da realização de diversos eventos nacionais e internacionais, com a participação da Unesco.

Com a ampla publicização da política, foram dirigidas inúmeras solicitações de Registro ao IPHAN, sendo efetivamente promovidas as primeiras pesquisas, nos três anos iniciais, dentro da estrutura já existente do órgão, e em 2003 foi criado o Departamento do Patrimônio Imaterial- DPI, a quem, regimentalmente, compete a condução e instrução do processo de Registro e Salvaguarda. Mais três anos depois foi instituída a Câmara do Patrimônio Imaterial, com a missão de analisar e discutir os processos de Registro no IPHAN ainda na sua fase instrutória.

O DP 3551/2000 instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial e definiu um Programa voltado especificamente para esses bens. Com ele, ficou estabelecido também o compromisso do Estado em inventariar, documentar, produzir conhecimento e apoiar a dinâmica dessas práticas socioculturais, possibilitando um amplo e aberto processo de conhecimento, comunicação e reivindicações dos mais variados grupos sociais.

A partir disso, situações-problema chegaram e chegam ao IPHAN, em grandes escalas, recebendo da Autarquia Federal o necessário e cuidadoso tratamento, por meio da mediação das mais diversas conversações entre a sociedade civil, os produtores e detentores de saberes e conhecimentos, e aqueles que violam ou ameaçam o patrimônio imaterial registrado, sejam estas pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado.

3.3.2.1 O alcance do Decreto Presidencial 3551/2000

Com se pode observar, uma das questões fulcrais que vêm sendo utilizadas para negar ou minimizar a eficácia jurídica do Registro refere-se ao fato de ter sido regulamentado o aludido instrumento por meio de um Decreto Presidencial, o 3551/2000, ato administrativo de competência do Presidente da República, na forma do art. 84, IV, da Constituição de Outubro.

Segundo o mencionado dispositivo legal:

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> [...]
> IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

O argumento utilizado até o momento e que serve para o enfraquecimento maior da política de salvaguarda dos bens culturais registrados, quanto ao grau de proteção a ser efetivado ao Registro, pelo DP 3551/2000, relaciona-se à formatação jurídica de tal ato normativo.

A normatização acerca dos bens culturais imateriais e do Registro é portadora de significativo e elevado grau de densidade jurídica e axiológica, especialmente por ser objeto de numerosa carga de princípios, postulados e regras, tanto de matriz constitucional quanto infraconstitucional. Esse arcabouço de normas vincula a conduta do Poder Público ao reconhecimento da eficácia jurídica plena produzida pelo Registro.

Com efeito, a Administração Pública, no exercício do poder regulamentar, normatiza, e disciplina a lei, sendo essa sua atuação complementar a esta e para a sua fiel execução. Para Di Pietro (2002), trata-se de poder normativo porque não há apenas regulamento como norma; trata-se de prerrogativa, instrumento do Estado para perseguir o interesse público, que permite a edição de atos normativos, complementares à previsão legal, buscando a sua fiel execução.

A doutrina administrativista consagrou como espécies de ato administrativo as seguintes categorias: atos normativos (decretos, instruções normativas, regimentos e resoluções); atos ordinatórios (instruções, circulares, avisos e portarias); atos negociais (licença, autorização, permissão e admissão); atos enunciativos (certidões, atestados, pareceres e apostilas) e atos punitivos (multas, interdição de atividades, destruição de coisas).

Dentre os atos normativos exemplificativos do exercício do poder regulamentar, o instrumento apontado como ideal e possível no momento de atuação do GTPI, conforme

orientação jurídica da Procuradoria Jurídica do IPHAN e da Comissão, foi o Decreto Presidencial, o que, como se mencionou, teve a sua razão de ser, motivação de natureza não só jurídica, mas política.

Moreira (2010) pontua que os atos normativos possuem caráter geral e abstrato e podem ser aplicados a todas as pessoas que estiverem em determinada situação, e afirma que "seu caráter normativo torna-os leis em sentido material e, por isso, são considerados atos administrativos impróprios".

O referido autor conceitua os principais atos normativos, destacando o Decreto. *Verbo ad verbum:*

> a) decretos: atos administrativos de competência do chefe do Poder Executivo. Sua função principal é regulamentar a lei, detalhando os seus dispositivos (decreto regulamentar ou de execução). Excepcionalmente, não está subordinado a nenhuma lei (decreto autônomo ou independente). Em alguns casos, o decreto é ato administrativo próprio, com destinatários específicos. Ex.: decretos de demissão e de desapropriação; [...] (MOREIRA, 2010)

Na lição de Ferraz Júnior (1994), o decreto é ato administrativo formal, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, podendo veicular, em seu conteúdo, atos individuais ou gerais. Na primeira hipótese, dirige-se a sujeitos determinados, produzindo efeitos concretos. Na segunda, possui destinatários indeterminados, com densa substância normativa. Neste último caso, compete ainda distinguir o decreto regulamentar, cujo papel cinge-se a regular "a fiel execução" das leis, do decreto autônomo, com espectro normativo próprio, independente de lei.

Sempre predominou na ordem jurídica pátria o entendimento de que o Decreto não pode inovar o sistema jurídico, nem criar direitos, obrigações e limitações ao direito de propriedade, e foi este o motivo ensejador do discurso sobre a não eficácia jurídica do Registro quando da atuação do GTPI e da Comissão, fato que se propagou no campo da prática institucional.

As orientações da época engessaram, tomaram foro de verdade, não foram revistas e não acompanharam a evolução do próprio Direito, que tal qual o patrimônio imaterial, é cada vez mais dinâmico e aberto à sociedade de intérpretes da CF/88. A prática de salvaguarda dos bens registrados aponta pela necessidade de entendimentos sobre a eficácia jurídica do Registro e a própria sociedade envolvida nas ações do Estado demonstra a crença no instrumento como mecanismo garantidor de direitos culturais.

Ainda que se advogue neste trabalho a eficácia imediata do Registro como instrumento garantidor do direito fundamental à cultura, como previsto no § 1º, art. 5º da CF/88, o que

dispensaria a existência de lei para disciplinar a matéria, essencial demonstrar o grau de eficácia do DP 3551/2000, o qual, conjugado com outros mecanismos legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, confere o grau máximo de proteção aos bens registrados.

Pois bem. A mais avançada teoria jus-administrativista, tanto brasileira quanto internacional, evoluiu nos estudos sobre os limites para o exercício do poder regulamentar atribuído ao Poder Executivo. Remansosa doutrina jurídica vem apontando que "o decreto regulamentar pode, em certa medida, ampliar e complementar a lei" (KRELL, 2005), observadas, categoricamente, as regras que lhe são hierarquicamente superiores, no caso, a Carta Magna e o Decreto Legislativo 22/2006, promulgado pelo Decreto Presidencial 5753/2006 (Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Imaterial).

Todo o conteúdo do DP 3551/2000 se amolda à proposta dessas legislações.

No âmbito constitucional, o Registro, regulamentado pelo Decreto, é um instrumento de reconhecimento que garante o efetivo comprometimento, pelo Estado, de fixação de um regime jurídico diferenciado aos bens culturais registrados. Isto é, o direito material contido na CF/88, - o dever do Poder Público de, com a colaboração da comunidade, promover e proteger o patrimônio cultural por meio do Registro (art. 216), - é efetivamente potencializado por meio de um ato normativo infra legal. Não há a criação de direitos e obrigações pelo DP 3551/2000, havendo sim uma regulamentação do instrumento constitucional criado para proteger essa dimensão imaterial do patrimônio cultural brasileiro. Esse processo administrativo que decorre do DP 3551 atribui competência ao Estado para identificar, reconhecer e valorizar o patrimônio cultural imaterial e potencializar o direito material que foi criado na CF/88 e ratificado e alargado pelas demais normas supervenientes em vigor.

No âmbito infraconstitucional, o DL 22/2006 e o DP 5753/2006 fizeram ingressar na órbita jurídica brasileira a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial. Eles são posteriores à edição do DP 3551/2000, mas, na verdade, essa Convenção incorporou a proposta delineada pelo DP 3551/2000, conferindo ainda maior legitimidade à política de preservação dos bens registrados no Brasil, autorizando o Estado a lançar mão de todos os referenciais legislativos necessários a uma salvaguarda completa.

Ainda que parte da doutrina, a exemplo de José Afonso da Silva (2007), assim como parte da jurisprudência, afirme que ato regulamentar não cria direitos e obrigações, as demandas normativas do Estado atual são inflacionadas por novas necessidades econômicas e sociais, o que resultou no aumento das atribuições do Poder Executivo, extrapolando, muitas vezes, a delimitação insculpida no art. 84 da CF/88.

Como fruto de uma necessidade de alargamento das funções do Executivo, até mesmo pela inércia contumaz do Legislativo em assuntos de tamanha relevância como a tutela do patrimônio cultural imaterial, vítima da omissão do Estado há quase oito décadas, o aumento da produção regulamentar do Poder Executivo tem sido admitido no Supremo Tribunal Federal (STF), Órgão de Cúpula do Judiciário e Guardião da Constituição, com um conteúdo maior do que a doutrina tradicional vem considerando. É a realidade que se impõe.

Impende analisar, dessa forma, ainda que de modo perfunctório, o panorama traçado pela jurisprudência do STF com relação a esse entendimento. Nela, percebe-se o aumento da produção regulamentar do Chefe do Poder Executivo para implementação de elementos de políticas públicas, o que Bucci (2002, p. 253) reconhece como uma superação de certas concepções fechadas do Estado e que reflete "a visão liberal do direito como conjunto de normas que cede lugar a compreensões baseadas na ideia de comunicação do direito com as expressões não-jurídicas da vida".

No contexto do Direito, a aclamada garantia a direitos individuais como propriedade, iniciativa privada, vida, cedeu lugar à garantia dos direitos políticos, econômicos, sociais e culturais. "Tais direitos passam a ser encarados não somente como direitos-liberdade, mas como direitos-exigência". (BRUNA, 2002)

O Estado assume uma função de garantidor das liberdades individuais e instrumento de correção de desigualdades econômicas, sociais e culturais, alargando-se "o sentido de Estado de Direito, que também passa a apresentar preocupações democráticas pluralistas no plano econômico, social, cultural e político." (FRANCISCO, 2003, p. 23)

Essa abertura ao Estado foi dada pelo Poder Legislativo, o qual, ao logo do tempo, demonstrou sua inaptidão para o atendimento às exigências normativas da sociedade contemporânea, cada vez mais célere e complexa, e sequiosa pela aquisição de direitos. Esse quadro contribuiu, então, para a ampliação significativa das funções do Executivo.

Para Marino (2014), com relação às críticas e posicionamentos contrários ao decreto,

> Essa construção teórica, porém, vem se mostrando anacrônica diante da nova dinâmica social que enseja maior produção normativa e da atuação do Legislativo que não consegue atender a essa demanda. A realidade demostra que a grande produção normativa via poder regulamentar do Executivo é um fato. Uma alternativa que se mostra mais viável é aceitar essa ampliação das atribuições do Executivo e elaborar mecanismos de controle que evitem os possíveis malefícios dessa atuação.

Na prática, o STF tem ampliado o alcance do efeito do Decreto Presidencial, aceitando a atividade regulamentar de maneira bem mais larga do que aquela concebida pela doutrina tradicional, que só o aceita exatamente para a fiel execução de determinada lei.

Há alguns julgamentos do STF que merecem aqui ser invocados para demonstrar o posicionamento jurisprudencial reinante.

O primeiro refere-se ao Recurso Extraordinário (RExt) 121.140, interposto pelo município do Rio de Janeiro para restabelecer a plena eficácia do Decreto 7046/1987, editado pelo então Prefeito para fins de preservação do conjunto arquitetônico histórico, com ênfase na proteção ambiental de dois bairros daquele município e que fora declarado ilegal pelo juízo de primeiro grau e pelo Tribunal de Justiça estadual sob a alegação de que o decreto impôs restrições ao direito de propriedade do Requerente, a pretexto de proteção ambiental, sem respaldo em lei.

O Recurso foi julgado em fevereiro de 2002 pelo STF, que, por maioria de votos, deu provimento à insurgência da Municipalidade, determinando o restabelecimento da eficácia plena do decreto municipal. Tal decisão evidencia a aceitação do poder regulamentar do Executivo. O Relator do referido Recurso explicita que o ente federativo possui poder de polícia na expedição de normas administrativas que visem à preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio público.

Nas palavras do Ministro Relator, essa atribuição regulamentar ao Poder Executivo pela Constituição é possível:

> O patrimônio cultural é elevado pela ordem constitucional ao patamar dos valores fundamentais a serem protegidos, resguardados e preservados, e que impõe sejam promovidos pelos órgãos do Estado. Nos três estágios dos Poderes Públicos, tanto o municipal, o estadual, como o federal, atribuem-se-lhe as competências para a expedição de normas reguladoras para a garantia da intangibilidade desses bens públicos. [...] não se pode negar eficácia às disposições do Decreto nº 7.046/87, que teve o escopo primordial de regulamentar a exeqüibilidade da norma constitucional de conteúdo autoaplicável.

O Ministro Francisco Resek, em consonância com o posicionamento anterior, entendeu pela legalidade e constitucionalidade do Decreto que está fundamentado em dispositivo constitucional:

> Abstraiu o Tribunal (cujo acórdão é recorrido) o fato de que a autoridade do Poder Público, no caso, flui diretamente da Constituição. A questão é uma só... saber se o Poder Público (o detalhe é importante: pela voz do Executivo) pode estabelecer posturas, endereçá-las a determinados prédios, em determinada área do cenário

> urbano; se ele pode fazê-lo, tirando sua autoridade da Constituição da República, ou se ele depende...de uma lei municipal... E a esse respeito me parece impecável a posição assumida pelo Ministro- relator. **O Poder Público [...] não precisa de mais nada além daquilo que a Constituição estabelece.** (STF, REXt 121.140 grifos nossos)

A argumentação do Ministro Relator se reporta à citação de Hely Lopes Meirelles, no sentido de que "limitação administrativa é toda imposição [...] condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social", o que aponta pela possiblidade de restrição de direitos pela Administração Pública, com a hipótese tratada no Recurso.

Fica clara, assim, a tese de que não há afronta ao direito de propriedade a imposição de limitações a esse direito quando se pretende garantir a proteção ao meio ambiente urbano e cultural.

Diversos outros julgamentos do STF tiveram posicionamentos favoráveis à ampliação dos efeitos jurídicos do Decreto: - medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade 487 apresentada pela Confederação Nacional da Indústria contra o Decreto 99.547 do Presidente da República, de 25 de setembro de 1990; Questão Orçamentária (ADI 1287); discussão sobre Política tarifária para fins de redução de consumo de água (AgrRE 201.603); Política econômica (RE 203.954), tratada no REXt que versa sobre a proibição da importação de automóveis usados, ditada pela Portaria 08, de 13 de maio de 1991, do Ministério da Fazenda. Essa proibição é admitida pelos Ministros, que a entendem consentânea com os interesses fazendários nacionais que o art. 237 da Constituição Federal teve em mira proteger ao investir as autoridades do Ministério da Fazenda no poder de fiscalizar e controlar o comércio exterior.

No estágio do Direito Constitucional contemporâneo, inexiste espaço para a tese de que determinado ato administrativo normativo fere o Princípio da Legalidade, tão-somente porque encontra fundamento direto na Constituição Federal. Diversamente dos modelos constitucionais retórico-individualistas do passado, descompromissados com a implementação de seus mandamentos, no Estado Sociocultural brasileiro instaurado em 1988, a Constituição deixa em muitos aspectos de ser refém da lei, e é esta que, sem exceção, só vai aonde, quando e como o Texto constitucional autorizar.

Inadmissível adotar-se, para a efetividade de um direito cultural fundamental, uma concepção ultrapassada de legalidade, incompatível com o modelo jurídico do Estado Sociocultural, pois parece desconhecer que as normas constitucionais também têm status de

normas jurídicas, delas se podendo extrair efeitos diretos, sem que para tanto seja necessária a edição de norma integradora.

A CF/88 é a norma jurídica por excelência, por ser dotada de superlegalidade. Seu texto estabelece direitos e obrigações de aplicação instantânea e direta, que dispensam a mediação do legislador infraconstitucional. Mesmo que assim não fosse, há regramento infraconstitucional sobre a matéria, diferentemente do que entendem alguns juristas já citados.

Como se pode observar, o assunto traz várias discussões. No contexto do DP 3551/2000, a sua eficácia, como aqui será tratado, quando contou com o interesse maior da Administração até mesmo pela provocação maior das comunidades interessadas, foi garantida, plena e parcialmente, tanto no sentido de viabilizar a execução da política, por meio de inventários e registros, quanto pela concretização de planos e ações de salvaguarda. A política do imaterial no âmbito do Estado brasileiro é uma realidade e serve de modelo para muitos países, é fato.

A criação do DP 3551/2000, em verdade, potencializou os efeitos da CF/88 no sentido de garantir a aplicabilidade do Registro e tornar efetivo o direito constitucional de proteção da dimensão imaterial do patrimônio cultural brasileiro. Foi através dele e ainda da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial que certas dificuldades e toda uma resistência em implementar políticas e adotar medidas de proteção ao patrimônio intangível, dentro do Poder Público, estão sendo superadas. Tanto a Administração Pública quanto particulares vêm, em muitas situações, reconhecendo essa eficácia jurídica do Registro mediante comportamentos de respeito, tolerância, reconhecimento de direitos, etc, tanto de forma espontânea quanto através da intervenção do IPHAN e de outras esferas de poder.

O que não se admite é o total esvaziamento da proteção conferida pelo Registro por conta da sustentação de uma narrativa que já não ocupa espaço na ordem jurídica. O DP 3551/2000 não pode continuar isolado num contexto muito mais amplo de proteção, sem levar em consideração a CF/88 e as demais leis e atos infra legais existentes. A utilização unitária

> dos instrumentos jurídicos de preservação convencionais, por suas características e singularidades, não mais atende a um nível satisfatório e adequado de proteção ao patrimônio cultural, não se encontrando ajustados com a dinâmica social, as necessidades de desenvolvimento econômico sustentável e as exigências de atuação em harmonia com a preservação ambiental. (VIEIRA, 2010, p.11)

O fundamento de validade do DP 3551/2000 é extraído da norma contida no §1º do art. 216 da CF/88, que destinou não somente ao Poder Público, mas também à comunidade, o

direito de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, revelando o caráter democrático e coparticipativo em que deve se lastrear os procedimentos que envolvam a proteção dos bens culturais que compõem o acervo do patrimônio cultural brasileiro.

O DP 3551/2000, portanto, é resultado do exercício constitucional da competência administrativa de que a União é titular, a teor do disposto no art. 23, IV da Constituição Republicana de 1988. Consoante tal preceito, a União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência comum para proteger os documentos, as obras e **outros bens** de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos.

Como se verá no último capítulo, além da força normativa do Decreto, o próprio ato administrativo decorrente do processo de Registro é forma de manifestação da vontade da Administração Pública dotado de atributos da presunção de legitimidade, imperatividade e auto executoriedade, o que impõe aos administrados, – terceiros -, o dever de tratamento dos bens culturais registrados como bens de interesse público e social.

3.4 O DECLÍNIO DO POSITIVISMO E A PROMOÇÃO DO DIÁLOGO DAS FONTES PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS CULTURAIS

Diante do quanto até aqui tratado, resta evidente que o alcance e as consequências jurídicas do Registro, preocupação evidenciada desde as discussões iniciais no GTPI e ainda presente nas reuniões do Conselho Consultivo, nos processos de instrução do Registro e na Salvaguarda, ainda não ficaram suficientemente claros para o IPHAN e para as partes interessadas, fato que é bastante comum diante da complexidade que envolve o Registro e a sua Salvaguarda.

As discussões em torno da elaboração do DP 3551/2000 denotam a intencionalidade, naquele momento, em conceber o Registro como um processo de reconhecimento e valorização, mediante a conservação da memória dos bens imateriais constituídos por meio de estudos etnográficos; manter e divulgar amplamente a documentação relativa ao bem; a inscrição do bem no Livro de Registro; a concessão do “Título de Patrimônio Cultural Brasileiro” e acompanhamento do processo de transformação dos bens registrados. A pretensão, de fato, não era a criação de um instrumento de proteção, sobretudo porque não se

tinha evidente quais a problemáticas que o Registro traria para as comunidades e, consequentemente, não se objetivava transferir ao Estado mais esse ônus, como ficou claro na fala do jurista Joaquim Falcão.

A dinâmica dos fatos sociais e culturais, que se tornam geralmente fatos jurídicos, aponta que tanto os produtores e detentores de bens culturais como os segmentos sociais têm uma crença na eficácia jurídica do Registro, concebendo-o como instrumento garantidor de direitos e obrigações.

Assim, a partir do momento em que há ameaça ou lesão efetiva a bens culturais imateriais, a proteção legal é necessária para garantia daqueles que tiveram o seu patrimônio cultural imaterial registrado e também para a nação brasileira como um todo. De que adiantaria a identificação, reconhecimento e valorização do patrimônio cultural imaterial por parte do Estado sem conferir a este bem reconhecido e valorizado a necessária e ambicionada proteção legal? Alegar a inexistência de lei ou eventual inaptidão do Decreto Presidencial para justificar a ausência de atuação estatal ante ameaças ou lesões a bens culturais imateriais é fazer cair por terra toda uma luta pela redemocratização do País e pela conquista dos novos direitos culturais trazidos pela Constituinte de 1988. O direito à proteção ao patrimônio cultural, seja no seu horizonte material ou imaterial, tem sede constitucional e tem sua eficácia garantida a partir da utilização de medidas administrativas e judiciais já existentes.

A corrente positivista do Direito, cujo fundamento de existência e validade do Direito é unicamente a lei, faria, por certo, ruir todo o referencial de aplicação do Registro, já que a sua regulamentação se deu inicialmente apenas via Decreto, e pelo fato de não se levar em conta que a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Imaterial é uma lei em plena vigência na ordem jurídica nacional, como se destacará no decorrer desta dissertação.

O pós-positivismo ou neoconstitucionalismo é considerado como uma nova forma de se pensar e se aplicar o Direito, o que está muito próximo do ideal de proteção jurídica que o Registro traz. Afasta-se de muitas teorias baseadas em juízos de fato, tornando-se uma ideologia, constituindo um conjunto de juízos de valor acerca de uma determinada realidade. Ele faz uma junção com o que há de melhor do jusnaturalismo, do positivismo e até mesmo do realismo jurídico, superando a vetusta dicotomia positivismo/jusnaturalismo, para tornar o Direito mais flexível, mais humano, mais justo, tencionando suprimir quaisquer possibilidades de validar ordens jurídicas ofensivas aos valores mais caros do homem e da sociedade. (ATIENZA, 2004)

A partir desse pensamento, ocorreram certas mudanças na caracterização do Direito, quais sejam: (1) é visto sob uma perspectiva mais valorativa, como um sistema aberto axiológico-teleológico; (2) a Constituição se torna a pedra angular de todo o ordenamento jurídico, irradiando seus princípios e conteúdo por todo o sistema, condicionando a atividade dos Poderes do Estado e até as relações privadas; (3) dá-se o fenômeno da normatividade dos princípios que passam, ao lado das regras, a compor o sistema jurídico, tornando-se componentes elementares para a fundamentação do sistema jurídico; (4) a interpretação, a aplicação e a argumentação tornam-se instrumentos de concreção jurídica, de manutenção da atualidade do Direito frente às mudanças no decorrer do tempo, e promoção dos princípios e valores, além de alterarem o papel do Magistrado no mundo jurídico; e, por fim, (5) ocorrem a afirmação e o delineamento de uma teoria dos direitos fundamentais que, amparada pela teoria dos princípios e dos direitos subjetivos, aproxima o Direito à moral, estabelecendo uma conexão necessária entre ambos. (ATIENZA, 2004)

Nessa nova fase que vive o Direito, deixar de conferir a necessária proteção legal ao patrimônio cultural imaterial- saberes, formas de expressão, celebrações e lugares, cujo suporte físico, por vezes, é material, alegando-se ausência de lei apta a criar direitos e obrigações, é deixar de reconhecer a força normativa da Constituição, norma maior do Estado, e renunciar à garantia de efetividade de um direito fundamental, irrenunciável.

De fato, o sistema jurídico é fonte inesgotável de direitos, donde se extrai um complexo de princípios e regras que orienta, a todo instante, o atuar não só do legislador, mas, ao mesmo tempo, dos intérpretes do Direito, que devem fincar os seus olhares, primeiramente, para o Ordenamento Jurídico, cuja Lei Fundamental que a estrutura, a Constituição, é eminentemente principiológica e recheada de normas fundamentais. O Direito contemporâneo, voltado para realidade emergente, se perfaz por meio de um verdadeiro diálogo das fontes jurídicas em busca da sua concretização máxima.

Ignorar a força do Registro no contexto ora vivido, sendo este um instrumento concretizador do direito à cultura e à memória, “é estabelecer contradição entre o discurso e a realidade do sistema normativo, elaborado por ingentes esforços, sedimentado em alicerces histórico-universais; é permitir que se esvaeça como utopia o ideal de garantia dos jurisdicionados.” (MARCON, 2004, p. 226)

Como afirma Barrozo (2013): “Interpretar as fontes do direito não é somente conhecer a hipótese de sua aplicação na falta de norma para o caso concreto; é, na verdade, garantir a

solução dos conflitos, ainda que não exista lei específica para o caso, impedindo a pendência de processos por falta de decisão judicial."

Maria Helena Diniz (2003), por sua vez, pontua que ainda que se estivesse diante de uma situação de anomia- ausência de normas-, a ordem jurídica do Estado tem três caminhos para regulação do caso concreto: o primeiro é o "non liquet", sistema pelo qual o julgador entende pelo não enfrentamento da relação jurídica, por não haver aparato legislativo. Tal sistemática é fortemente rechaçada haja vista não atender aos fins precípuos da jurisdição, que é a promoção da justiça, pacificação social e resolução da lide; o outro é o "suspensivo", onde o intérprete suspende o andamento do processo e, consequentemente, não profere a decisão, comunicando oficialmente ao Legislativo a inexistência de norma regulamentadora, para fins de sua edição.

Por último, o sistema "integrativo" é aquele segundo o qual, verificada a ausência de lei aplicável à relação jurídica em análise, o intérprete não pode se furtar a oferecer a resposta estatal esperada e adequada, mediante provimento judicial, devendo fazer uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de Direito, na forma do quanto previsto na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), 12.376/2010, atentando-se, ainda, para as fontes doutrinária e jurisprudencial. O sistema integrativo foi o adotado pelo sistema jurídico do Brasil.

Vale dizer, sendo o ordenamento jurídico brasileiro integrativo, não cabe mais a assertiva de que o patrimônio imaterial brasileiro não é passível de proteção legal porque não existe "lei" disciplinando a Constituição Federal, mas apenas um Decreto Presidencial. O próprio art. 5º que traz o princípio da legalidade: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", é o mesmo que previsona em seu §1º que "As normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata". O atual contexto exige a análise dos atos administrativos a partir do princípio da juridicidade e não apenas da legalidade estrita (ROCHA, 2004)

Ademais, como se analisará oportunamente, a Administração não poderá continuar a tratar a Convenção que tutela o patrimônio imaterial, que é a lei em vigor para proteção do patrimônio cultural intangível, DL 22/2006, como uma carta de intenções. São essas e muitas outras as possibilidades que o pós-positivismo oferece ao patrimônio cultural imaterial.

3.5 A SOCIEDADE CONSTRUINDO O SENTIDO DO ART. 216 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E CONCRETIZANDO A VONTADE POLÍTICA DO CONSTITUINTE

O art. 216 da CF/88 estabeleceu no ordenamento jurídico brasileiro o Estatuto Constitucional da Cultura e inaugurou o Estado Sociocultural e Democrático de Direito com a garantia ao patrimônio cultural como direito de natureza fundamental. Isso indica que o processo de seleção dos bens merecedores de proteção deva ser feita num diálogo entre Estado e Sociedade, a partir de uma "perspectiva da conjugação das funções e dos valores dos bens culturais com a memória, a ação e a identidade dos grupos formadores da sociedade brasileira". (SOARES, 2009, p.125)

Maués (1999, p.17) preconiza que nas sociedades pluralistas a institucionalização de conflitos sociais e das pretensões e interesses envolvidos constitui uma das principais tarefas e desafios do Direito Constitucional, já que o reconhecimento do pluralismo cultural pelo Estado tem como consequência natural o correspondente direito às mais diversificadas representações da sociedade na defesa deste princípio democrático quanto à identificação, valorização, difusão e proteção de seus bens culturais.

No contexto de criação dos direitos sociais e do tratamento constitucional da temática patrimônio cultural foi que houve uma maior legitimação ativa para a proteção dos direitos culturais mediante a participação comunitária na seleção, no acesso e na fruição dos bens selecionados como objeto de tutela. O estabelecimento do que se constitui patrimônio cultural e a repartição da responsabilidade pela sua preservação com a comunidade, no cerne da Constituição, fez com que falas até então marginalizadas durante décadas ganhassem o seu lugar.

Para Soares (2009, p. 125):

> [...] a Constituição indica que a produção e o conhecimento de bens e valores culturais é uma tarefa de responsabilidade do Estado e da sociedade, cabendo ao primeiro tanto agir na promoção da tutela quanto oferecer incentivos aos setores privados para que tal tarefa se realize. À sociedade é atribuído um papel ativo e participativo na formação do patrimônio cultural brasileiro, já que tem o poder de conferir valores culturais (de referência) a bens ainda não selecionados e tutelados pelo Poder Público.

De fato, a participação de outros intérpretes constitucionais nos processos de aplicação das normas será tanto mais efetiva quanto maiores forem os instrumentos disponíveis e o conhecimento sobre estes, em decorrência do reconhecimento, no plano político-jurídico, da diversidade de contextos culturais da sociedade brasileira. Essa maior abertura dos procedimentos públicos, por meio do Direito, que possibilitam a participação dos envolvidos no processo de patrimonialização, detentores e produtores, fortalecem a concepção de uma cidadania ativa.

O processo de identificação, reconhecimento e valorização do patrimônio cultural imaterial é o campo propício para o exercício dessa democracia cultural. E essa é uma das maiores razões pelas quais o Registro tem sido bem sucedido na prática. O envolvimento e participação da comunidade desde o pedido de Registro é um dos elementos que legitima ainda mais o processo de reconhecimento dos bens culturais imateriais.

Com essa participação efetiva das comunidades, evita-se que o sistema seja formado apenas "por interesses corporativos ou por uma elite burocrática, profissional, religiosa ou econômica". Esses processos devem garantir a plena vivência da cultura imaterial pelas comunidades, assegurando a continuidade das suas manifestações pelos grupos envolvidos, de modo que "a herança cultural tem de ser apropriada em sua dimensão pragmática. O patrimônio imaterial só molda a identidade cultural, quando molda também a prática cotidiana, de hoje e não apenas de ontem". (FALCÃO, 2001, p.163-165)

Deste modo, o processo de seleção requer a participação dos detentores e produtores, assim como a continuidade dos bens culturais também depende dessa atuação ativa.

Essa abertura possibilitada pelo Texto Constitucional e apropriada pelo IPHAN, quando do processamento de Registros, significa a abertura total dos procedimentos formais voltados à específica identificação dos bens culturais portadores dos atributos jurídico-constitucionais que os caracterizam como integrantes do patrimônio cultural brasileiro. É uma prática nova, que diverge completamente daquela adotada na esfera de preservação do patrimônio material.

Neste sentido, os procedimentos institucionalizados devem, cada vez mais, propiciar um processo de hermenêutica da norma constitucional a ser promovido pelos diversos sujeitos constitucionais, possibilitando-lhes a construção do sentido da norma ao caso concreto e assegurando-lhes oportunidade para o reconhecimento de seus bens culturais imateriais e os direitos que decorrem desse reconhecimento pelo Registro.

Esses sujeitos, detentores e produtores de bens culturais, têm utilizado o Registro de forma ampla, demonstrando acreditar que este instrumento foi criado pela CF/88, fruto de ingentes esforços, não somente para fins de identificação, reconhecimento e valorização, mas também para a efetiva proteção dos direitos culturais que permitam a continuidade histórica dos bens culturais reconhecidos. Constitui-se o Registro, na visão de Habermas (2003, p. 2003, p. 159), direito à participação, em igualdade de chances, "em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo", por meio de processos de hermenêutica constitucional.

Na prática institucional do IPHAN e mediante consultas aos processos de Registro, é percebido que grupos e comunidades detentoras e produtoras das práticas e saberes registrados, assim como segmentos sociais e governamentais, manifestam a crença no Registro desde a solicitação formal de aplicação do instrumento e, muitas vezes, recorrem a ele, durante o processo de instrução e salvaguarda, no sentido de que proteja efetivamente os bens registrados contra maus usos e danos diversos ocasionados por terceiros – particulares e o próprio Estado.

A crença manifestada pelos produtores e detentores quanto à eficácia do Registro, como se percebe, não é no sentido de criação de obrigações de fazer e não fazer para a própria comunidade, uma vez que trabalhar com a dimensão imaterial do patrimônio cultural, cujo suporte é o ser humano, que deve expressar a sua vontade livre e desembaraçada, não permite esse tipo de conduta interventora do Estado. Há, em realidade, um desejo de que o Registro produza efeitos perante terceiros que, eventualmente, queiram se apropriar ou de fato se apropriem indevidamente de conhecimentos, objetos, artefatos, imagens, saberes, lugares, etc, consagrados como patrimônio cultural, assim como perante o Estado, o que já ocorre na prática mediante a formulação e execução de políticas públicas e outras ações que ganham lugar de destaque no campo do patrimônio cultural nacional e também internacional.

O sentido que as comunidades atribuem à expressão "proteger" da CF/88 está presente em muitos pedidos de Registro, como ressalta Dianovsky (2013, p.13-14):

> Um número expressivo dos processos de Registro abertos no Iphan foi motivado pela necessidade das comunidades detentoras das manifestações culturais "se proteger" de dinâmicas de mercado – e até de legislações federais – que estavam fazendo frente a elas. É possível citar diversos casos como o "Modo Tradicional de Fazer Queijo em Minas Gerais" procurou afirmar-se como patrimônio dentro de uma estratégia para rediscutir a legislação de vigilância sanitária que impossibilitava sua venda. O "Ofício de Baiana de Acarajé" tinha como foco valorizar a baiana de tradição de terreiro que vinha perdendo espaço nas ruas para o "acarajé de Jesus". Os dilemas enfrentados na produção artesanal de cajuína – processo ainda em

> andamento- na proposta de padronização promovida pelo Sebrae que acarreta no uso de uma variedade de caju clonada, elaborada pela Embrapa, e que levaria à homogeneização dos sabores da cajuína, contudo para os produtores, são muito valorizadas as diferenças de sabor e aparência promovidas pelas pequenas inovações técnicas e pela variedade do caju usada. Desta forma, o padrão de mercado iria de encontro com os padrões culturais estabelecidos pela comunidade produtora.

O Registro nasce a partir dai como um instrumento que cria um regime especial aos bens culturais registrados, impedindo o seu uso indiscriminado, desautorizado e indevido, contra-usos que, muitas vezes, afetarão a continuidade do bem enquanto prática cultural tradicional. Assim, do mesmo modo como se impede um particular ou o próprio Estado de demolir um monumento tombado, deve-se impedir que terceiros se apropriem indevidamente de conhecimentos, saberes, práticas, lugares, etc, que foram consagrados como patrimônio cultural imaterial do Brasil.

A proteção do patrimônio cultural foi debatida na Constituinte de 1988 como condição de bem-estar social da comunidade, sendo frisado que “o direito ao desenvolvimento cultural é tão importante quanto a saúde, a moradia, o trabalho. O florescimento da cultura é condição necessária ao bem-estar social.” (ARANTES, 1987, p. 279, ANC, ATA DE COMISSÕES).

A luta de muitas comunidades, associações, e até mesmo do próprio Ministério da Cultura, em defesa da inserção da Cultura como temática autônoma, relevante e de destaque no Texto Constitucional fica evidente a partir das leituras das Atas da ANC. A fala a seguir, do representante do Fórum Nacional de Secretários de Cultura, Rene Dotti, reclama a necessidade de conferir “dignidade constitucional” ao campo da cultura com um capítulo próprio e, ainda, de forma enfática, em oposição ao que entende parte da doutrina hoje, de relação à necessidade de lei infraconstitucional para a proteção do patrimônio imaterial. Segundo o Secretário, o novo capítulo destinado à cultura na CF/88 não tem disposições “meramente programáticas”, como algumas leis fundamentais de outros países que tornaram o direito à cultura um simples programa de governo, sem efetividade por falta de instrumentos jurídicos.

Segundo suas razões,

> Há uma preocupação muito grande, no setor da cultura, no sentido de que se estabeleçam os princípios e as regras fundamentais, num capítulo autônomo da nossa Constituição. Os meios e os métodos de trabalhos deferidos à pratica da cultura, no seu sentido mais amplo, evidentemente, não podem ser confundidos com os meios e métodos de trabalhos assinalados à educação. Daí porque a necessidade em termos de se dar **dignidade constitucional à área da cultura** com um capítulo que lhe seja específico, **capítulo esse que não tenha as disposições meramente programáticas, a exemplo de algumas leis fundamentais que através de**

> **fórmulas amplas procuram resguardar os bens e os valores referentes à cultura, mas não conseguem, efetivamente, por falta de mecanismos, de eficiência, tornar eficaz essas normas programáticas.** (DOTTI, 1987, p. 272, ANC, ATAS DAS COMISSÕES, grifos nossos)

Mais adiante, continua afirmando pela necessidade de que a cultura seja direito de todos, dever do Estado e da sociedade:

> Em recente reunião, o Fórum Nacional de Secretários de Cultura aprovou uma carta destinada aos Constituintes contendo aquelas linhas fundamentais, as vigas mestras, que procuram sintetizar os ideais da área da cultura a serem vertidos para as forças de disposições a serem inseridas na Constituição. O Fórum Nacional reivindica que conste na nova Carta Constitucional, que a cultura deve ser garantida como direito de todos os cidadãos, que o acesso universal à cultura e o seu processo deve ser livremente exercido pela sociedade; que a liberdade de criação e expressão dos valores culturais são direitos inerentes ao cidadão, cabendo ao Estado a sua garantia; que é dever do Estado e da sociedade a proteção e a defesa do patrimônio histórico, artístico, cultural, do ambiente urbano e dos bens da natureza; e que o estímulo, o apoio à cultura devem ser traduzidos também pela destinação de recursos nunca inferiores a 1% dos orçamentos gerais da união, dos Estados e dos Municípios, para aplicação em projetos ou atividades de natureza cultural, excluída a despesa de custeio. (DOTTI, 1987, p. 272, ANC, ATAS DAS COMISSÕES, grifos nossos)

O legislador Constituinte traduziu na CF/88, uma das mais democráticas do mundo, o anseio e as expectativas dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira acerca da necessidade de conferir aplicação imediata aos mecanismos de proteção ao patrimônio cultural. Como o Tombamento e a Desapropriação já haviam sido regulados e foram recepcionados pelo novo Texto, os novos instrumentos que teriam sua aplicação imediata são exatamente o Registro e os Inventários.

Tal narrativa histórica, juntamente com a expectativa das comunidades hoje em torno do Registro, contribui para auxiliar a técnica de interpretação da Constituição, a fim de atribuir-lhe a sua máxima eficácia.

Assim, quando da análise, discussão e aplicação do Registro, impende observar as fontes inspiradoras da emanação da Lei Maior para ver qual a intenção do legislador constituinte ao elaborar o capítulo destinado à proteção do patrimônio cultural, ajustando tais intenções aos novos contextos e às novas necessidades que continuam a afirmar a crença na eficácia jurídica do Registro.

A vontade política do Constituinte contribui para a construção do sentido garantidor do Registro enquanto instrumento constitucional de proteção à dimensão imaterial do patrimônio cultural brasileiro, como previsto no art. 216 da CF/88, o que vai de encontro,

inclusive, a todo o discurso de alguns juristas que integravam a Comissão e que apontavam pela necessidade e indispensabilidade de regulamentação infraconstitucional da matéria, como se a Constituição fosse desprovida de potencial de eficácia imediata.

3.6 NOVAS RESPOSTAS DO ESTADO FRENTE A DANOS AO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL REGISTRADO

A dinâmica sociocultural vem exigindo do Estado respostas diversas aos danos e ameaças aos bens registrados. O tratamento jurídico dessa parcela do patrimônio diverge consideravelmente daquele aplicado à seara do material, cuja atuação consiste basicamente em fiscalização, vigilância e ações de conservação, restauro, dentre outros, já postos pela legislação de regência, datada de 1937.

Enquanto na aplicação do Tombamento os efeitos do ato administrativo são produzidos em relação ao próprio objeto, ao Poder Público, à vizinhança, aos proprietários e possuidores de bens culturais, no campo do imaterial, conforme delineado desde a construção inicial da política até as atuais discussões sobre a salvaguarda, pretende-se evitar ao máximo a ideia de reduzir a aplicação do Registro a atos de fiscalização, de punição, correção, etc.

Essas ações são, de fato, incabíveis na esfera do intangível, cujo "suporte" é humano e cuja condição prévia para o reconhecimento oficial do Estado é a vontade livre e desembaraçada dos grupos. Aqui, a ideia de cultura está relacionada a visões de mundo, relações sociais e simbólicas, memórias, representações, saberes e práticas culturais, conhecimentos e técnicas, lugares, etc.

A partir do Registro, questões surgem, cotidianamente, envolvendo os bens culturais tutelados, abarcando temáticas de direitos intelectuais (Wajãpi), indicação geográfica, propriedade e posse (Paneleiras), repatriação de acervos (Sambadores do Recôncavo e Cachoeira de Iauaretê), entre outras, reclamando da doutrina jurídica maior atenção, notadamente porque envolvem demandas relacionadas a direitos difusos, com nítido interesse social e público, objeto, portanto, de especial proteção pela Constituição.

É perceptível, e até natural, que a responsabilidade do Estado aumente após o Registro, porque o reconhecimento confere uma consequente e inevitável visibilidade ampla ao bem e desperta, muitas vezes, o interesse escuso de terceiros, que objetivam se apropriar dos saberes, fazeres, conhecimentos, formas de expressão, lugares, imagens, artefatos, alguns deles pertencentes a comunidades tradicionais que se encontram, grande parte, em situação de vulnerabilidade social e hipossuficiência jurídica.

Diante disso, emerge a necessidade de promover uma leitura mais acurada do tema, à luz do Direito Constitucional, o que ora se faz neste trabalho, a fim de que os Órgãos de Cultura e demais entidades também corresponsáveis pela proteção ao patrimônio cultural imaterial, que é transversal, juntamente com o Ministério Público (MP) e o Poder Judiciário, potencializem os efeitos jurídicos do Registro, utilizando, cada um deles, isolada ou conjugadamente, os instrumentos existentes na ordem jurídica para a defesa efetiva do horizonte imaterial do patrimônio.

Nesse tratamento jurídico do imaterial há peculiaridades próprias da abordagem dessa categoria de patrimônio que devem ser observadas, a exemplo da construção de respostas do Estado para o caso de violação ou dano aos bens culturais registrados. A normativa específica não pode e nem deve prever todas as formas e possibilidades de respostas do Estado. Tais respostas deverão ser construídas com a comunidade envolvida, de forma democrática, atendendo às necessidades daquele grupo específico, observando-se os contextos pontualmente, não de modo automático como se todos estivessem numa mesma realidade.

Ademais, a experiência da salvaguarda tem verificado, na prática, que as situações-problema que chegam ao IPHAN demandam ações e medidas das mais diversas e complexas, o que exige, demasiadamente, uma atuação do órgão para além da sua competência legal e regimentalmente prevista, exigindo uma maior articulação da entidade, o que tornará inevitável, por certo, uma revisão de suas normativas internas e interministeriais.

O que aumenta ainda mais o espectro de atuação do IPHAN a partir do Registro é que os bens culturais protegidos dialogam com diversas Ciências e, consequentemente, com vários ramos do Direito, exigindo do instrumento uma elasticidade muito maior daquela que inicialmente foi pensada.

A fim de dar uma resposta, o mais satisfatória possível, às questões que chegam e que se avizinham, a doutrina entende que a estatura constitucional dos bens ambientais como de uso comum do povo e essenciais à sadia qualidade de vida (art. 225, CF/88) e a consagração do bem cultural como portador de referência à memória, à identidade e à ação dos diversos

grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216, CF/88) conferem ao bem cultural registrado o "traço de bens de interesse público, afastando-o do tratamento desses bens como estritamente ligados ao regime de direito público ou ao regime de direito privado". (SOARES, 209, p. 94)

No mesmo diapasão, Marés Souza Filho (1993 p. 18) pontua que:

> o bem cultural-histórico e artístico faz parte de uma nova categoria de bens, junto com os demais ambientais, que não se coloca em oposição aos conceitos de privado e público, nem altera a dicotomia, porque ao bem material que suporta a referência cultural ou a importância ambiental – este sempre público ou privado, se agrega um novo bem, imaterial, cujo titular não é o mesmo sujeito do bem material, mas toda a comunidade.

Essa proteção ao bem cultural, muitas vezes distinto do seu suporte físico, não é "proteção a interesses particulares ou individuais, nem a interesses do Estado, mas, efetivamente, proteção a interesses difusos, do povo, da sociedade, sem um titular imediato e exclusivo, mas cuja titularidade se estende a todos e é exercida por pressupostos de consciência e abnegação". (SOUZA FILHO, 1993, p. 20)

Deste modo, quando se está diante de uma situação que configura dano ao patrimônio cultural, e ai leia-se à sua dimensão material e imaterial, a aplicação do § 4º, art. 216, impõe ao Estado o dever de punir "os danos e ameaças", na forma da lei.

No âmbito penal, esses danos e ameaças ao patrimônio cultural intangível encontram previsão na Lei de Crimes Ambientais. Esta foi a postura do legislador ordinário, o qual considerou o patrimônio cultural parte integrante do bem jurídico ambiente, em sua concepção global, tratando da sua proteção penal nos arts. 62 a 65, da Lei 9.605/98, sendo que os arts. 62 e 63 revogaram tacitamente os arts. 165 e 166, respectivamente, do Código Penal de 1940.

Acerca da aplicação da Lei de Crimes Ambientais ao patrimônio cultural imaterial, Prado, Carvalho e Armelim (2006) defendem que:

> Desta forma, no art. 62, o núcleo do tipo compõe-se de três verbos: destruir (significa demolir, desfazer, desmanchar, extinguir), inutilizar (tornar inútil, incapaz) e deteriorar (estragar, danificar, corromper). Tais condutas podem ser realizadas tanto por ação como por omissão, desde que esta seja omissão imprópria. Os objetos materiais previstos no inciso I e II devem ser protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial. Nesta proteção, entende-se, ante a ampla proteção perseguida pelo art. 216, § 1.º da Carta Magna (LGL 1988\3), que alcança: qualquer lei, seja ela estadual, municipal ou federal; **o ato administrativo não mais se restringe ao tombamento, mas inclui o registro**, inventário, vigilância e outros que visem dar tutela ao patrimônio cultural; porém, especificamente sobre a sentença judicial,

> acolhe-se o entendimento de dever ser transitada em julgado, pela gravidade do processo penal.
> **Por mencionar apenas o termo "bens", encontra-se na doutrina entendido que não há nessa Lei a tutela penal para os bens imateriais ou intangíveis, apesar da Constituição estabelecer que o patrimônio cultural é constituído por bens de natureza material e imaterial.** Tal entendimento não deve prevalecer, visto que o termo "bens", comporta valores materiais ou imateriais que podem ser objeto de uma relação jurídica. Todavia, melhor seria se o legislador tivesse previsto o termo "patrimônio cultural", o qual já engloba ambas as naturezas, material ou imaterial dos bens, sanando qualquer polêmica a respeito. (grifos nossos)

No âmbito cível e administrativo, a resposta do Estado aos danos e ameaças ao patrimônio cultural intangível deverá estar sempre alinhada à proposta delimitada nos planos e ações de salvaguarda realizados pelas instituições de patrimônio que dialogaram com as comunidades e que mantém esse contato durante a efetivação de tais ações. Dai a importância de participação dos órgãos especializados nesse processo, no sentido de construir com as comunidades as respostas ideais à satisfação de suas necessidades.

Sob essa vertente, o capítulo final elenca um conjunto de instrumentos e caminhos possíveis a uma maior potencialização dos efeitos do Registro.

A CF/88 determina, ainda, como competência dos entes federativos, - Estados, União, Distrito Federal e Municípios, em múltiplos artigos – 23, 215, 216, proteger o patrimônio cultural de forma ampla, na sua dimensão material e imaterial. Com isso, objetiva sair da abstração generalizada e indicar que a proteção recai sobre "os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos", bem como sobre "as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional".

Para fins de concretização efetiva dessa proteção do direito material previsto no Texto Fundamental, o legislador constituinte indicou alguns instrumentos e ações que devem ser realizadas para a efetividade dessa proteção. No plano ostensivo, cabe impedir "a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural", aplicando "inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação".

O capítulo final desta dissertação trata de algumas problemáticas surgidas no decorrer do Registro e salvaguarda de bens culturais e a forma como o IPHAN trabalhou tais situações, mediante a utilização do Registro e outras formas de acautelamento e preservação, que, somados, alcançaram resultados positivos.

Fica bastante evidente que o sistema de proteção jurídica criado com o Registro exige que o aplicador do Direito e os técnicos que militam na preservação do patrimônio cultural

intangível não estejam adstritos a uma atividade meramente silogística, de mera exegese, mas que desenvolva uma função construtiva, cuja orientação é a tutela e a efetividade dos direitos fundamentais culturais, entendidos como direitos individuais, sociais, políticos, culturais e econômicos.

O campo que se abre de atuação na proteção desses bens culturais intangíveis exige certo desapego a fórmulas prontas e acabadas. Essas novas respostas que o Estado está construindo envolvem muito mais do que ações de punição a terceiros e ao próprio Estado. Neste trabalho o enfoque é muito voltado para tal perspectiva pelo fato de o Direito ainda não ter se dedicado muito à temática, deixando essa face do patrimônio sem o necessário e adequado tratamento jurídico.

O desafio para as Ciências Jurídicas é ainda mais intensificado considerando que, em algumas situações, os bens registrados compõem o universo cultural de comunidades tradicionais, a exemplo de povos indígenas, cujo patrimônio cultural, hábitos, costumes e visões de mundo se diferenciam bastante da lógica com que o Poder Público vem trabalhando. O IPHAN tem se deparado com questões complexas que envolvem a salvaguarda desses bens, algumas até que, *a priori*, extrapolam a sua esfera competencial, e que muitas vezes demandam a articulação com outros organismos e entidades.

O Registro, por exemplo, do Ritual denominado Yaokwa, do povo indígena Enawene Nawe, registrado no Livro das Celebrações, considerada a mais relevante cerimônia do complexo calendário ritual dos Enawene Nawe, povo indígena de língua Aruak, cujo território tradicional e Terra Indígena estão localizados na região noroeste do Estado de Mato Grosso, tem demandado do IPHAN uma série de ações cada vez mais complexas, a exemplo da compra de peixes para jogar no rio a fim de garantir a continuidade da prática, pois esta envolve:

> Um conjunto de elementos que estrutura, material e imaterialmente, performances específicas. Estes elementos envolvem determinadas condições ambientais que garantem a obtenção dos produtos animais e vegetais necessários à execução do rito. Engloba também um repertório de tradições orais, danças, cantos, instrumentos e outros saberes tradicionais. (SANT'ANNA, 2010 – Certidão de Registro- autos nº 01450.011160/2006-42)

Neste caso específico, o Registro foi efetivado já existindo tais problemas, como a escassez de peixes, decorrente da construção de usinas de centrais elétricas que acabaram por poluir os rios e levar à quase extinção dos peixes. Nesse ritual, os clãs que incorporam os espíritos se espalham pelos igarapés de suas terras, erigindo barragens para capturar os peixes

nobres que baixam nos igarapés após a piracema. Este Registro traz ao IPHAN um grande desafio, que merece também atenção especial das Ciências Jurídicas.

Em casos outros, a exemplo do Registro da inscrição gráfica dos Índios Wajãpi, do Amapá, a apropriação indevida do seu grafismo, dentre outros fatores, levou aquela comunidade indígena a se preocupar com a divulgação do seu grafismo, porque, para eles, os espíritos acompanhavam os desenhos e podiam até mesmo trazer malefícios a quem deles se utilizassem.

Já no Registro de Lugar, aplicado à Cachoeira de Iauaretê, a preocupação do grupo indígena, quando teve conhecimento de que parte de aflorações rochosas iram ser dinamitadas para extração de matéria-prima para construção de uma pista de pouso, era justificada no sentido de que, para eles, as rochas são representações físicas ou partes do *corpus* de Arcôme, seu ancestral mítico. Essa pedreira, então, é uma dessas representações concretas de animais e seres que compõem a mitologia Tukana e Tariana ali da área.

Estes são apenas alguns exemplos que demonstram a complexidade e subjetividade que envolvem a salvaguarda de bens registrados e que chegam ao Direito a fim de encontrar soluções e respostas. Dai a dificuldade de codificação das normas relativas à proteção do patrimônio imaterial, ao menos da mesma forma como se dá no âmbito do patrimônio material.

“A riqueza das políticas referentes ao patrimônio cultural imaterial situa-se na possibilidade de conhecer respostas diferentes a antigas perguntas, assim como de compreender outras possibilidades de ser”. (BARBOSA DE OLIVEIRA, 2009, p.63-64)

CAPÍTULO 3

4 A EFICÁCIA JURÍDICA DO REGISTRO E A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA

4.1 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À CULTURA

A tutela do patrimônio cultural enquadra-se na categoria dos chamados direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, estando relacionados à concretização dos direitos humanos, já que satisfaz a Humanidade de modo geral, dai o seu caráter difuso. Preserva a memória e valores e busca a garantia mais efetiva da sua transmissão às gerações presentes e às futuras.

Dentro daquilo que a doutrina constitucionalista chamou de classificação dos direitos fundamentais, há quem defenda a colocação do direito ao patrimônio cultural como de segunda dimensão (VIEIRA, 2010; BONAVIDES, 1993). Bonavides (1993, p. 517) afirmou que estes "[...] são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século."

Por outro lado, alguns doutrinadores se reportam ao patrimônio cultural como direito de terceira dimensão, pois os seus titulares não são mais seus indivíduos ou a coletividade,

mas o ser humano, alcançam, no mínimo, uma característica de transindividualismo e, em decorrência dessa especificidade, exigem esforços e responsabilidades em escala universal, para que sejam verdadeiramente efetivados, destacando-se, dentre eles, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito dos povos ao desenvolvimento. (MIRANDA, 2006)

Segundo entendimento doutrinário, os direitos fundamentais de terceira dimensão apresentam-se como direitos de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagrando o princípio da solidariedade. Nesse sentido, o STF, ao julgar a ADI 3540-1, sobre isso, afirmou:

> trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima geração dimensão), que assiste a todo gênero humano (RTJ 158-205-206). Incumbe, ao Estado e a própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164-158-161)

O Direito Constitucional entende, pacificamente, que os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição (explícita ou implicitamente). Assim, os direitos transindividuais são fundamentais, posto que a Carta de 1988 consagrou, expressamente, diversos direitos de natureza transindividual (difusos e coletivos stricto sensu), como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), à preservação da probidade administrativa (art. 37, § 4º) e à proteção do consumidor (art. 5º, XXXII). A CF/88 também elevou a status constitucional os mecanismos para a tutela processual desses novos direitos, ampliando o âmbito da ação popular, que passou a ter por objeto explícito um significativo rol de direitos transindividuais: moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII). Ainda nessa linha de instrumentalizar a efetivação dos direitos transindividuais a Constituição conferiu legitimação ao Ministério Público para promover inquérito civil e ação civil pública para a proteção de quaisquer direitos difusos e coletivos (art. 129, III).

Os direitos fundamentais, sob o viés subjetivo, produzem sua eficácia apenas sobre o sujeito titular do direito, diferentemente do que ocorre na perspectiva objetiva, em que esses direitos fundamentais atingem não somente a esse indivíduo, mas à sociedade e às comunidades em sua totalidade. O entendimento, neste sentido, é que os direitos fundamentais de terceira dimensão têm um tratamento diferenciado, quando comparados aos direitos de primeira e segunda dimensão, no que tangem às perspectivas objetiva e subjetiva,

especialmente em relação ao posicionamento defendido por Alexy (2010) e em que se filiou Canotilho (1991) e outros sobre a chamada presunção de prevalência da perspectiva subjetiva em detrimento da perspectiva objetiva, dada a sua nota distintiva da titularidade coletiva resultante da indivisibilidade jurídica e material do próprio direito de natureza transindividual.

Convém ponderar, ademais, que os direitos fundamentais produzem sua eficácia de modo horizontal e vertical. Essa ideia, em resumo, parte do entendimento de que os direitos fundamentais irradiam efeitos também nas relações privadas (efeitos horizontais) e não constituem somente direitos oponíveis ao Poder Público (efeitos verticais). Tal teoria vem sendo considerada um dos mais relevantes desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2004; SARLET, 2011; MARINONI, 2010).

Na seara dos chamados direitos transinviduais os efeitos horizontais também gozam de relevância, como nas hipóteses do direito coletivo do trabalho, mediante o ajuizamento de ações por sindicatos ou pelo Ministério Público do Trabalho. Esses efeitos são bastante aplicados ainda no direito ambiental e cultural, e, ainda, no direito do consumidor.

Dada a natureza de fundamentalidade dos direitos culturais, o reconhecimento e a efetividade desses direitos exigem, em diferentes graus e instâncias, a não intervenção do Poder Público, - comportamento omissivo, quando não cabe uma intervenção estatal no bem cultural em si, impondo-se, por exemplo, como uma prática ou manifestação deve ocorrer; e, ainda, impõe o dever/poder de promover medidas e prestações positivas, - comportamento comissivo, em face das situações em que a própria Constituição determina normativamente a realização ou a satisfação dos deveres e obrigações que satisfaçam concretamente as demandas da coletividade na promoção da cultura.

Esses direitos fundamentais a prestações, positivas e negativas, são aqueles em que a partir da garantia constitucional de certos direitos, como é o caso do art. 215 e 216 da CF/88, se reconhece, simultaneamente, a obrigação do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos, e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos, conforme explica Canotilho (1991) ao tratar dos chamados direitos prestacionais originários.

A concepção dos direitos culturais como fundamentais implica consideravelmente no tratamento de determinados assuntos de forma especial, significando aumento da sua relevância política, social e econômica, alterando, inclusive, a forma de tratamento das relações jurídicas entabuladas entre o particular e o Estado, entre particulares e particulares,

Estado e Estado, refletindo, ainda, no próprio conteúdo dessas relações. (CUNHA FILHO, 2004)

Canotilho (2004) observa que a categorização dos direitos culturais como direitos humanos fundamentais possibilita prefixar-lhes uma eficácia normativa diferenciada e preferencial sobre as demais categorias de direitos a serem reconhecidos e aplicados, tornando vinculado o processo de seleção e escolha, decisões e ações a serem perseguidas pelas entidades estatais, particularmente pela parcela da Administração Pública incumbida de tarefas específicas, como é o caso do IPHAN.

Destaque-se, por oportuno, que a questão dos direitos fundamentais sociais, e ai estão incluídos os direitos culturais, enfrenta desafios no direito comparado que não se apresentam na realidade brasileira. Isso porque a própria existência de direitos fundamentais sociais é questionada em países cujas Constituições não os preveem de maneira expressa ou não lhes atribuem eficácia plena. É o caso da Alemanha, por exemplo, cuja Constituição Federal praticamente não contém direitos fundamentais de maneira expressa (ALEXY, 2008, p. 500), e a de Portugal, que diferenciou o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias do regime constitucional dos direitos sociais (ANDRADE, 2004, p. 385).

A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º) e culturais (arts. 215 e 216), especificando seu conteúdo e forma de prestação (arts. 215, 216 e seus parágrafos, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos culturais foram acolhidos pela CF/88 como autênticos direitos fundamentais.

No caso específico do tratamento constitucional do patrimônio cultural imaterial como direito fundamental e o Registro como instrumento garantidor desse direito, viabiliza-se, por certo, a formação de um sentimento constitucional, de uma vontade de constituição, não somente considerando a lealdade a quem elaborou o Texto Constitucional, mas também a quem pratica e sobre quem se aplica, ou seja, à própria comunidade política.

O trabalho do Poder Constituinte não esgota o processo de construção de uma vivência constitucional, a qual apenas tem o seu início quando da positivação de direitos na Constituição. O que contribui, de fato, para a efetividade máxima desses direitos, além do reconhecimento social da norma pela comunidade portadora e produtora de bens culturais, não é somente a elaboração contínua de outras normativas, mas é a atuação concreta e

destemida dos órgãos exercentes das competências políticas e de controle já existentes, sem o que não poderá se impor a normatividade. A eficácia jurídica do Registro depende, em muito, desse esforço das competências político-administrativas.

As novas situações demandaram do IPHAN a necessidade de pensar num instrumento voltado para o horizonte imaterial do patrimônio cultural, o que resultou no Seminário de Fortaleza, que colaborou significativamente para o aprimoramento da temática e para a conquista da criação do GTPI e, consequentemente, do DP 3551/2000.

Tem-se que, para uma maior efetividade do Registro, alguns mitos ainda devem ser superados, sobretudo aqueles que impedem a potencialização da normatividade constitucional,

> de modo a realizar a concepção de HESSE, em resposta a LASSALE, de que a constituição não se submete aos fatores reais de poder, à forma como estão estruturadas as relações de poder, mas, por ter caráter normativo, possui uma pretensão de eficácia baseada no respaldo do contexto social, submetida aos seus limites, como condicionada pela vontade de constituição. (DANTAS, 2005, p. 55)

Observe-se que "há a superação do modelo no qual a constituição era vista como um documento essencialmente político" (NOVELINO, 2010, p. 59), pretendendo-se, como nunca, sua efetivação, sob o amparo de um Estado Democrático e Sociocultural de Direito que:

> [...] tem como princípios a constitucionalidade, entendida como vinculação deste Estado a uma Constituição, concebida como instrumento básico de garantia jurídica; a organização democrática da sociedade; um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, de modo a assegurar ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, bem como proporcionar a existência de um Estado amigo, apto a respeitar a dignidade da pessoa humana, empenhado na defesa e garantia da liberdade, da justiça e solidariedade; a justiça social como mecanismo corretivo das desigualdades; a igualdade, que além de uma concepção formal, denota-se como articulação de uma sociedade justa; a divisão de funções do Estado a órgãos especializados para seu desempenho; a legalidade imposta como medida de Direito, perfazendo-se como meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo de normas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; a segurança e correção jurídicas (STRECK; MORAIS, 2006, p. 97-98).

Para Silva (2009, p. 119-120), o Estado deve formar:

> [...] um processo de convivência social numa sociedade, livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos; participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses distintos da sociedade, há de ser um processo de libertação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de direitos individuais, coletivos, políticos e sociais, mas

> especialmente da vigência de condições econômicas, suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Habermas (2007, p. 09) preconiza que se deve tomar "consciência de que a história e a cultura são as fontes de uma imensa variedade de formas simbólicas, da especificidade das identidades individuais e coletivas, bem como da grandeza do desafio representado pelo pluralismo epistêmico". Considerando a realidade do pluralismo cultural,

> o mundo se revela e é interpretado de modo diferente segundo as perspectivas dos diversos indivíduos e grupos. Uma espécie de pluralismo interpretativo afeta a visão do mundo e a autocompreensão, além da percepção dos valores e dos interesses de pessoas cuja história individual tem suas raízes em determinadas tradições e formas de vida e é por elas moldada" (HABERMAS, 2007, p. 09).

Nesse contexto, o reconhecimento do Direito como ciência positivista, dogmática e hermética, e a sua incapacidade de atender às novas demandas, tornou necessária a abertura das relações socioculturais ao pós-positivismo jurídico, como uma forma de superação da corrente positivista que preponderou no século XX.

Assim, este trabalho tem como eixo central a compreensão de que os direitos culturais, assim como os direitos sociais constantes do art. 6º da Lei Maior, estão vinculados à dignidade da pessoa humana e devem ser afirmados como garantia constitucional de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, para além dos direitos individuais e coletivos do art. 5º.

Neste sentido, defende-se que as regras constitucionais são normas jurídicas que gozam de imperatividade e tem a sua aplicabilidade imediata, dada a sua condição de norma definidora de direitos e garantias fundamentais. O Poder Público, então, deve agir no sentido de afirmar e reconhecer esses direitos culturais, promovendo a sua realização máxima, sobretudo quando já se tem um DP regulamentador de um instrumento criado no seio da CF/88, o 3551/2000, e o Decreto Legislativo 22/2006, que promulga a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada em Paris, em 17 de outubro de 2003, e assinada em 3 de novembro de 2003, que tem status de lei ordinária. É dizer, há legislação infraconstitucional regulamentando o patrimônio cultural imaterial e mesmo na hipótese remota de se questionar a sua insuficiência, a força normativa da Constituição deve ser levada em consideração a fim de garantir a proteção máxima a essa dimensão do patrimônio.

4.1.1 A aplicação imediata do direito fundamental à promoção e proteção da dimensão imaterial do patrimônio cultural

O entendimento predominante sobre o status de fundamentalidade dos direitos culturais coloca a questão da produção de efeitos jurídicos do Registro numa condição de especialidade no âmbito do Direito. Esse reconhecimento da garantia máxima à fruição do patrimônio cultural imaterial como direito fundamental não foi observado atentamente quando da discussão da regulamentação do Registro e nem após o ingresso da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, vigente no Brasil desde 2006.

O discurso relativo à debilidade do DP 3551, pela sua formatação legal, tem sido uma constante na prática institucional, desconsiderando-se que o direito resguardado pelo Registro tem índole constitucional e, dada a sua inscrição no *Bill of Rights,* o catálogo dos direitos fundamentais, as ações do Poder Público serão no sentido de ampliar e efetivar a promoção e proteção "ótima" do patrimônio cultural imaterial, adotando-se, para tanto, políticas públicas de identificação, reconhecimento e salvaguarda. Ainda, segundo o PNPI, cabe ao Poder Público respeitar e proteger direitos difusos ou coletivos relacionados à preservação e ao uso dessa categoria do patrimônio, o que se fará por meio de atos administrativos, ações judiciais e medidas extrajudiciais, tudo no sentido de conferir a máxima eficácia ao direito fundamental de proteção aos bens culturais registrados.

O reconhecimento da possibilidade de produção de efeitos jurídicos pelo Registro tem encontrado óbice, desde as discussões que ocuparam a pauta do GTPI, diante do quanto consubstanciado no princípio constitucional da legalidade, insculpido no inciso II do art. 5º da CF/88, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Este tem sido, durante esses quase 30 anos de vigência da Carta Republicana, o argumento utilizado pelo Poder Público para não implementar, no período pós CF/88, de modo algum, a política de preservação do patrimônio cultural imaterial através de políticas públicas e da aplicação dos instrumentos constitucionais.

Num segundo momento, já com a vigência do DP 3551/2000, continua sendo a legalidade um dos fundamentos para rechaçar a possibilidade de eficácia jurídica do Registro perante terceiros.

O próprio Texto Constitucional, entretanto, se incumbiu de excepcionar alguns direitos da esfera de aplicação dessas regras gerais do inciso II, art. 5º, que obrigam a existência de legislação infraconstitucional para a criação de direitos e obrigações.

E não foi muito longe o legislador Constituinte, pois no mesmo art. 5º, § 1º, levando em consideração a necessidade de implementação de políticas e de direitos relevantes, os consagrados direitos fundamentais, prescreveu textualmente que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", ou seja, ainda que o Poder Legislativo ordinário não exerça a sua competência legislativa, por diversas e muitas vezes escusas razões, dada a condição de direito fundamental de alguns direitos e garantias, o exercício dessa atividade seria compartilhada com outras esferas de poder a partir da potencialização desses direitos pelos muitos mecanismos previstos pela própria Constituição.

No caso do patrimônio cultural imaterial, o direito fundamental à sua promoção e proteção vem ao encontro da fiel execução do art. 216, § 1º da CF/88, que determina ao Poder Público, e não somente ao Legislativo, promover e proteger o patrimônio cultural, na sua dimensão também imaterial, por meio da aplicação de instrumentos como o Registro, e também outras formas de acautelamento e preservação.

Assim, verificada a ausência de atuação estatal, seja legislativa, judiciária ou mesmo administrativa, ou ainda sendo ineficaz a aplicação dos instrumentos já existentes para a proteção aos bens de cultura registrados, os quais muitas vezes demandam a atuação conjunta de atribuições e órgãos, apresenta-se legítima a eficácia protetiva imediata do Registro. Sobre isso, afirma Andrade (2001, p. 239, grifos do autor):

> [...] a proibição de actuação administrativa *praeter legem* não pode prejudicar a atividade administrativa de *aplicação directa* dos preceitos constitucionais. Assim, por exemplo, a Administração não pode restringir, mas pode e deve, *no âmbito das suas atribuições e competências, proteger, promover e até concretizar*, na falta de lei específica, as normas relativas aos direitos, liberdades e garantias. Não é então uma atividade de *execução* da lei, mas de execução vinculada da Constituição.

Tal entendimento ratifica o fundamento de validade do DP 3551/2000 e afirma que, ainda que inexistisse regulamentação, o poder do Estado tornaria efetivo o comando constitucional por outras vias, como acontece amplamente com a figura do Inventário, o qual não possui nenhuma disciplina legal ou infra legal, mas, mesmo assim, encontra respaldo

amplo na jurisprudência brasileira que o concebe como instrumento de proteção análogo ao Tombamento.

Essa ausência de exercício da competência legislativa em matéria de direitos fundamentais tem encontrado resposta no STF, o qual entende que a dimensão política da jurisdição constitucional a si outorgada não pode se demitir do "gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais" (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Segundo entendimento do mais Alto Sodalício, se o Poder Judiciário não se imiscuir nessas questões constitucionais,

> [...] restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 75/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45/DF, o Relator, Ministro Celso de Mello, aponta quais as formas como pode se dar o desrespeito à Constituição, de modo ativo e negativo, o que, em algumas hipóteses, autoriza a aplicação imediata do Texto Constitucional:

> DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.
> - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um 'facere' (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.
> - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse 'non facere' ou 'non praestare', resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. [...]
> - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Em outra oportunidade, o mesmo Ministro, consoante se extrai do Informativo/STF 345/2004, proferiu decisão primorosa, em que reconhece o dever do Estado de tornar efetivos os direitos culturais, conforme ementa abaixo transcrita:

> ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS. (RTJ 75/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Outro ponto que merece destaque quanto à previsão do art. 5º da CF/88 refere-se ao seu § 2º, o qual aponta que os direitos fundamentais ali previstos não se esgotam naquele rol, pois os direitos constantes nos tratados e convenções internacionais que versem sobre matérias relativas a direitos culturais, enquanto bens da vida e elemento da dignidade humana, são incorporados à ordem jurídica constitucional. Para Soares (2009, p. 110):

> [...] na atual Constituição, o direito ao patrimônio cultural é tratado como direito fundamental: a) pela estrutura normativa dos dispositivos que versam especificamente sobre a matéria, como o do art. 215 ("O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultural nacional (...)"), do art. 216, § 1º (com a previsão do dever de proteção e promoção dos bens culturais pelo Estado, com a colaboração da sociedade) e do art. 225 ("Todos têm direito ao meio ambiente..."); b) pela colocação do direito ao patrimônio cultural, tangível ou intangível, como pressuposto para o exercício dos outros direitos fundamentais, a começar pelo direito à vida digna, e com qualidade. O direito ao patrimônio cultural é, também, garantia da base material para que muitos outros direitos individuais ou coletivos sejam exercidos em sua plenitude; e c) porque os direitos fundamentais estão espalhados em todo texto constitucional, sendo o rol do art. 5º, por força do disposto nos seus §§ 2º e 3º, meramente exemplificativo.

Diante do quanto exposto, fica bastante claro que a norma do art. 216 da CF/88 estabelece deveres ao Estado, que estão sendo cumpridos, em parte, no âmbito da adoção e implementação de políticas públicas e aplicação de ações e planos de salvaguarda, e institui, por outro lado, direitos para as comunidades e deveres para os cidadãos, já que assegura e

proclama a existência de um acervo de bens culturais constitucionalmente protegido para todos. E ainda mais, oferece e possibilita, cada vez mais, os meios postos à disposição do Poder Público e da comunidade para concretizar a promoção dessa parcela do patrimônio.

Tal norma não pode continuar sendo considerada apenas um apelo antropológico, despida de qualquer conteúdo jurídico-normativo, uma vez que ela cria para o Poder Público a obrigação irrenunciável de promover o patrimônio cultural brasileiro, com a participação das comunidades, e, também, impõe o dever de atuar em defesa e proteção da sua dimensão imaterial nas correlações de força próprias aos tempos atuais.

O fato de ter garantida a sua aplicação imediata, todavia, não exime o Poder Público, principalmente o Poder Legislativo, de buscar o aperfeiçoamento do sistema normativo e administrativo de proteção do patrimônio cultural imaterial salvaguardado pelo Registro, considerando, sempre, a experiência já consolidada dos órgãos de proteção e as características próprias dos bens culturais imateriais, que passam a exigir do Direito um estudo específico.

4.2 A CONVENÇÃO PARA SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO IMATERIAL ENQUANTO LEI DE PROTEÇÃO À FACE IMATERIAL DO PATRIMONIO CULTURAL BRASILEIRO

Durante o século XX, sobretudo depois da sua primeira metade, a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) articulou um forte movimento internacional para produção de normas destinadas à preservação, promoção e proteção dos bens necessários ao desenvolvimento da qualidade de vida e para a construção de uma sociedade internacional que respeitasse as múltiplas manifestações culturais e também o patrimônio cultural, vítima de tantas barbáries durante o período das guerras.

A participação da Organização das Nações Unidas (ONU), pela UNESCO, criou um espaço no plano internacional para uma nova dimensão da tutela do patrimônio cultural. Inicialmente, desde a sua criação, em 1946, o objetivo principal era impulsionar a cooperação dos Estados em defesa do patrimônio, intervindo através de suas instituições em programas e projetos de preservação do patrimônio histórico de nações que necessitavam de força externa.

Na visão de Bo (2003, p. 83):

> Com o fim da Guerra Fria, os países egressos do comunismo experimentaram drásticas mutações políticas e sociais, levando os grupos étnicos que atingiram a independência a valorizar sua identidade cultural como forma de afirmação política. A rápida expansão da economia de mercado, em especial por meio das novas tecnologias de informação, gerou uma percepção homogeneizante da cultura, estimulando nos Estados, sobretudo nos que não fazem parte do núcleo desenvolvido no mundo ocidental, um sentimento de retorno aos valores simbólicos enraizados na memória coletiva de suas comunidades, como forma de diferenciação e de valorização de sua identidade. Esse novo contexto foi capaz de gerar novo estímulo para a utilização das Recomendações de 1989 [...].

Algumas Convenções e Declarações como a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972, a Convenção sobre Diversidade Biológica, de 1992, a Declaração sobre a Diversidade Cultural, de 2001, a Convenção 169 da OIT, e tantas outras representaram um marco jurídico na proteção do patrimônio cultural e natural, elevando a preservação dos bens culturais à categoria de elemento de desenvolvimento da humanidade.

Já no final da segunda metade do século XX, os movimentos sociais em busca do reconhecimento internacional da importância do horizonte imaterial do patrimônio cultural se agigantaram, principalmente porque, como já mencionado no primeiro capítulo, a Convenção sobre a Salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972, da Unesco, prestigiou, sobremaneira, o patrimônio edificado, excluindo da definição de patrimônio cultural da humanidade os bens de natureza imaterial. Esse fator fez com que países em desenvolvimento, que já se empenhavam no trabalho com a cultura popular, se insurgissem formalmente perante a Unesco, capitaneados pela Bolívia, a fim de reverter a situação, o que foi observado pelo Organismo Internacional e ocasionou na edição da Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular, de 1989. (SANTILLI, 2002)

Essa Recomendação, ainda que considerada uma conquista para a cultura tradicional e popular, não fez menção sobre o patrimônio imaterial em todo o seu texto, propondo outras formas de abordagem.

Dai por diante, várias discussões e eventos foram promovidos pela UNESCO, envolvendo países da Europa Central e Oriental. Na República Tcheca, Tailândia e Marrocos foram entabulados debates diversos acerca da aplicação da Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular, proteção do folclore, preservação dos espaços culturais populares e formas de expressão. (IPHAN, 2012, p. 59-61)

Já em 1996, a Unesco, buscando construir instrumentos de tutela do patrimônio cultural imaterial, apresentou o Projeto “Tesouros Humanos Vivos” aos Estados membros

com a finalidade de preservar e dar continuidade às tradições orais ameaçadas de desaparecimento, apoiando e possibilitando aos detentores de saberes, conhecimentos e práticas significativas condições de reprodução e transmissão para as presentes e futuras gerações. (IPHAN 2012, p. 60)

Nessa conjuntura, no Brasil, a tutela jurídica do patrimônio cultural imaterial havia alcançado o mais alto patamar na escala de valores jurídicos, pois ocupava capítulo especial na Carta Constitucional de 1988, inserida no rol dos direitos fundamentais. No sentido de regulamentar e tornar efetiva a política de promoção e proteção do patrimônio imaterial, em 2000, o Estado brasileiro formula o instrumento legal de identificação, reconhecimento, valorização e proteção dessa face do patrimônio, inaugurando uma política nova e ousada, que muito repercutiu internacionalmente e influenciou a UNESCO a avançar para a abordagem desses novos aspectos do patrimônio, intangíveis.

Já em maio de 2001, a UNESCO apresentou a Proclamação de Obras Primas do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade, oportunidade em que foram eleitas dezenove obras de patrimônio oral e imaterial da Humanidade, tendo em vista o seu valor excepcional, destacando-se no Brasil a Arte Kusiwa dos Índios Wajãpi do Amapá, objeto de estudo de caso neste trabalho, e o samba de roda do Recôncavo baiano. Foi neste contexto que se firmou o entendimento sobre a relevância e necessidade de se proteger e salvaguardar o "patrimônio cultural imaterial". Tanto é assim que, anos após, a UNESCO transformou a "Proclamação de Obras Primas do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade" em "Lista Representativa do Patrimônio Cultural Imaterial da Humanidade", com ênfase na expressão "patrimônio cultural imaterial", como se observa.

Dois anos após a edição do DP 3551/2000, em Paris, na 32ª Sessão, a Conferência da Unesco aprovou a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, que significou relevante conquista para as políticas culturais internacionais, pois reconheceu a importância da noção de diversidade cultural e a imprescindibilidade da prestação de apoio a essa esfera do patrimônio.

A Convenção tem por objetivo, dentre outros, a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial; o respeito ao patrimônio cultural imaterial das comunidades, grupos e indivíduos envolvidos; a conscientização no plano local, nacional e internacional da importância desse patrimônio, de seu reconhecimento recíproco e a cooperação e assistência internacionais.

Dentre os muitos avanços trazidos pela Convenção, a primeira que merece ênfase refere-se ao conceito de patrimônio cultural imaterial, que foi amplamente aceito e

incorporado por diversos ordenamentos jurídicos. O art. 2º define o patrimônio cultural desta forma:

> Para os fins da presente Convenção,
> 1. Entende-se por "patrimônio cultural imaterial" as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável.
> 2. O "patrimônio cultural imaterial", conforme definido no parágrafo 1 acima, se manifesta em particular nos seguintes campos:
> a) tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial;
> b) expressões artísticas;
> c) práticas sociais, rituais e atos festivos;
> d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo;
> e) técnicas artesanais tradicionais.

O Brasil, três anos após a Conferência de 2003 de Paris, foi signatário da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da UNESCO, aprovada por meio do Decreto Legislativo 22, de 1º de fevereiro de 2006 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5753/2006, com a finalidade de promover e proteger a dimensão imaterial do patrimônio cultural. Esta é, pois, a lei infraconstitucional em vigor no Brasil para a tutela e salvaguarda do patrimônio intangível.

A partir disso, interessa analisar quais as consequências para o Estado brasileiro a partir da ratificação dessa Convenção, sobretudo porque, no atual contexto, o próprio IPHAN não a reconhece e a utiliza como uma lei propriamente dita, com status de lei ordinária ao ingressar na órbita jurídica brasileira.

Tal conduta reforça ainda mais o discurso sobre a insuficiência ou ausência de normas que tratam do patrimônio cultural imaterial, deixando-o vulnerável tanto no que diz respeito à ação e omissão do Estado quanto a eventuais danos ou ameaças que essa categoria do patrimônio sofre em decorrência dos processos de globalização e de transformação social, os quais, ao mesmo tempo em que criam condições propícias para um diálogo renovado entre as comunidades, geram também, da mesma forma que o fenômeno da intolerância, graves riscos

de descontinuidade, desaparecimento e destruição do patrimônio cultural imaterial, devido, em particular, à falta de meios para sua salvaguarda.

Sendo assim, importante explicitar qual o lugar jurídico das Convenções no Direito brasileiro e qual o seu papel na atuação em defesa do patrimônio cultural imaterial.

Percebe-se muito claramente que o tratamento conferido à Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial se confunde com aquele conferido às Cartas e Declarações Internacionais, o que não procede. Enquanto estas últimas servem como princípios e vetores de orientação que representam uma vontade política, um posicionamento de grupos, academias, comunidades, as Convenções geram obrigações e vinculam os países na ordem internacional, impondo, inclusive, sanções pelo seu descumprimento.

Roque (2013, p.2) conceitua os instrumentos jurídicos utilizados pela Unesco para ajudar os Estados a propiciar uma proteção mais eficaz à cultura:

> - Declaração: É um compromisso puramente moral ou político, que compromete os Estados em virtude do princípio da boa-fé.
> - Recomendações: Trata-se de um texto da Organização dirigido a um ou vários Estados, convidando-os a adotar um comportamento determinado ou agir de determinada maneira em um âmbito cultural específico.
> - **Convenção:** Designa todo acordo concluído entre dois ou mais Estados. Supõe-se vontade comum das partes, portanto, **a Convenção gera compromissos jurídicos obrigatórios.** (grifos nossos)

A UNESCO utiliza 7 Convenções relativas à Cultura e todas elas têm a função de referencial normativo relevante para concretização de direitos culturais. Não obstante isso, essas Convenções ainda são pouco exploradas, sobremodo do prisma jurídico: Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, de 2005; Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 2003; Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972; Proibir e Impedir a Importação, a Exportação e a Transferência de Propriedade Ilícitas de Bens Culturais, de1970; Proteção do Patrimônio Cultural em Caso de Conflito Armado, de 1954; Convenção Universal sobre Direitos Autorais, de 1952 e 1971.

A incorporação das Convenções nas ordens jurídicas é matéria afeta aos Estados e, geralmente, o processo de sua formação é deflagrado por meio dos atos de negociação. Deste modo, a mera assinatura de um Tratado ou Convenção não produz efeitos jurídicos imediatos perante o País, ou seja, quando o Brasil assinou a Convenção em Paris, no ano de 2003, ele apenas sinalizou a aderência às normas ali previstas.

Em nível nacional, a aplicação das Convenções está obrigada a seguir regras procedimentais no âmbito do Poder Legislativo e Executivo. Passadas as negociações e

assinatura pelo Poder Executivo, a teor do art. 84, VIII da CF/88, a Convenção é remetida ao Congresso Nacional, - Câmara de Deputados e Senado Federal, para ratificação por meio de Decreto Legislativo, consoante dispõe o art. 46, I, do Texto Magno.

Após, o Congresso encaminha a Convenção para o Presidente da República, que, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, IV, da Constituição, e considerando que o Congresso Nacional aprovou o seu texto, por meio do Decreto Legislativo 22, de 1º de fevereiro de 2006, promoveu a promulgação por meio do DP 5753/2006. Somente a partir da promulgação a Convenção está apta à produção dos seus efeitos jurídicos.

Conforme assentado pelo STF:

> O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. (ADI 1480 MC, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001 PP-00429 EMENT VOL-02031-02 PP-00213)

Os Tratados e Convenções internacionais, que, segundo a teoria do Monismo Moderado, ingressam no Direito Brasileiro com *status* de lei ordinária, veiculam diversas normas e consideram, no caso da Convenção para Salvaguarda, a importância do patrimônio cultural imaterial como fonte de diversidade cultural e garantia de desenvolvimento sustentável, conforme destacado na Recomendação da UNESCO sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular, de 1989, bem como na Declaração Universal da UNESCO sobre a Diversidade Cultural, de 2001, e na Declaração de Istambul, de 2002, aprovada pela Terceira Mesa Redonda de Ministros da Cultura.

Os Tratados e Convenções, segundo determina a CF/88 e como vem entendendo o STF, passaram a ter três hierarquias que cumprem ser diferenciadas: a) os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, que forem aprovados em ambas as Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º); b) já os tratados internacionais de

direitos humanos aprovados pelo procedimento ordinário terão o *status* de supralegal; c) No que tange aos tratados internacionais que não versarem sobre direitos humanos serão equivalentes às leis ordinárias.

Segundo a jurisprudência do mais alto Sodalício:

> Os tratados internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes [...] No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. (STF-ADI 1.480/DF, rel. Min. Celso de Mello (08.08.2001)

Tal qual o DP 3551/2000, o texto da Convenção para Salvaguarda apresenta definições e obrigações fluídas, abertas e não exaustivas. Isso se dá não apenas em função da sua natureza jurídica e amplitude necessárias, mas porque a elaboração de normas relativas à dimensão imaterial do patrimônio requer cuidados específicos, sobretudo diante do conceito de PCI que a Convenção firmara: o PCI se transmite de geração em geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana.

Esse conceito trazido pela Convenção de 2003 inova o sistema jurídico, e lança um desafio ao Direito ao trabalhar com a ideia de “expressões vivas” que fazem parte do cotidiano das comunidades e estão sujeitas a constantes recriações em função do ambiente e de sua interação com a natureza e história; estabelece a inexistência de hierarquia entre as manifestações, pois todas são valorizadas igualmente e cumprem a mesma função, que é conferir identidade aos grupos; deixa translúcida a determinação de que as expressões culturais reconhecidas como patrimônio imaterial sejam compatíveis com os instrumentos jurídicos internacionais aplicados no âmbito dos direitos humanos.

A Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial é, portanto, uma lei propriamente dita e reafirma a eficácia jurídica conferida ao/pelo Registro. A aplicação conjunta dessa e de outras Convenções, a partir do quando disposto na CF/88 e no DP 3551/2000, garantem não somente a adoção de políticas públicas em prol do patrimônio

cultural imaterial, mas também a máxima proteção aos bens culturais registrados, assegurando a garantia de direitos culturais das comunidades e de detentores e produtores.

Sem dúvida, a principal ação de promoção e proteção à face imaterial do patrimônio cultural é a de apoio à sustentabilidade do bem registrado. Por sua vez, essas condições de sustentabilidade desdobram-se em algumas linhas, dentre elas as ações de defesa de direitos, tão solicitada, na prática, pelas comunidades, o que a compreensão e efetiva aplicação da Convenção como lei pode contribuir, no sentido de aumento da discussão e reconhecimento de direitos culturais potencializados pelo Registro.

4.2.1 O horizonte de eficácia dos arts. 11 e 13 da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Imaterial registrado

Como visto, a política de salvaguarda dos bens registrados no Brasil surgiu antes mesmo da edição da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 2003, e da sua incorporação na ordem jurídica nacional, através do Decreto Legislativo 22 e do DP 5753/2006. As primeiras ações do IPHAN ocorreram partir dos dois primeiros registros, em 2002, pela atuação do hoje extinto Departamento de Identificação e Documentação.

Sendo um dos objetivos do Registro promover a mobilização dos diversos atores sociais em torno do valor e salvaguarda de processos culturais, o Estado brasileiro busca, ao formular e executar a política de salvaguarda, a concretização de um compromisso firmado com as comunidades e que se tornou obrigação legal a partir do quanto contido no art. 11 da Convenção para Salvaguarda, a qual determina que constitui função do Estado brasileiro: “a) adotar as medidas necessárias para garantir a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial presente em seu território; [...]”.

A abertura do processo de Registro se inicia com pesquisa documental e de campo e, diferentemente do Tombamento, as bases sociais são motivadas a participar e apresentar a sua visão sobre o bem cultural. São feitos, então, diagnósticos sobre a vulnerabilidade e situação do bem, e o Estado, por seus agentes culturais, constrói uma relação com detentores e

produtores e apresenta a proposta de reconhecimento oficial, considerando os pontos de vista destes para formulação inicial de recomendações para a salvaguarda.

O IPHAN, como Autarquia especial vinculada ao Ministério da Cultura, foi criado pela União para implementação, gestão e execução da política federal de salvaguarda dos bens registrados, na forma do PNPI, que, como se disse, é anterior à Convenção. Assim, o órgão vem promovendo a política de divulgação e promoção dos bens registrados, que consiste, basicamente, na construção de procedimentos e implementação de ações e planos de salvaguarda.

Essas ações e medidas, que ocorrem durante e também após a inscrição do bem cultural em um dos Livros de Registro, e contam com a participação das Superintendências Regionais do IPHAN, e em alguns casos com outros departamentos e organismos, são formuladas ou orientadas pela Coordenação-Geral de Salvaguarda (CGSG) do DPI/IPHAN, e vão desde a continuação da interlocução, já iniciada na deflagração do processo de Registro, até a manutenção dessa relação com comunidades, portadores e produtores, organismos do setor privado e público envolvidos. Nisso consiste, fundamentalmente, a Salvaguarda, que será tratada em tópico posterior.

A obrigatoriedade estabelecida no âmbito da Convenção impõe ao Estado brasileiro a adoção das medidas consideradas necessárias para a garantia efetiva da salvaguarda do patrimônio cultural imaterial presente no território brasileiro. No caso do IPHAN, essa vinculação se relaciona diretamente aos bens registrados como Patrimônio Cultural do Brasil, ou seja, o processo de patrimonialização confere e transfere, automaticamente, ao ente autárquico a competência e legitimidade para salvaguardar os bens culturais, adotando as medidas necessárias à garantia da sua continuidade, o que se baseará, inicialmente, nas recomendações já construídas durante o processo de Registro.

Afirma Vianna (2014) que:

> A salvaguarda do bem registrado é prevista para ser iniciada no decorrer da primeira década após o Registro, com vistas ao fortalecimento da autonomia dos detentores/produtores do bem cultural na produção, reprodução e gestão de seu patrimônio; e a continuidade do bem cultural no médio e longo prazos. [...] É esperado que possa decorrer algum tempo entre o Registro e o início da elaboração e execução do que se convencionou chamar Plano de Salvaguarda do bem registrado. Não é possível, a priori, definir quanto tempo será necessário para que se apresentem as condições consideradas fundamentais para a implementação do Plano de Salvaguarda, [...]. Entretanto, não obstante a possível demora no alcance destas condições, o IPHAN é responsável pela elaboração e execução de ações de salvaguarda imediatamente após o Registro do bem cultural, conforme a urgência, sempre a partir das recomendações de salvaguarda indicadas no dossiê de Registro e em diálogo com os detentores e eventuais instituições parceiras.

No sentido de direcionar algumas ações, já compreendidas como necessárias e relevantes à efetiva garantia de salvaguarda, a Convenção, no seu art. 13, estabeleceu outras medidas que visam a assegurar o desenvolvimento e a valorização do patrimônio cultural imaterial.

> Artigo 13: *Outras medidas de salvaguarda*
> Para assegurar a salvaguarda, o desenvolvimento e a valorização do patrimônio cultural imaterial presente em seu território, cada Estado Parte empreenderá esforços para:
> [...]
> c) fomentar estudos científicos, técnicos e artísticos, bem como metodologias de pesquisa, para a salvaguarda eficaz do patrimônio cultural imaterial, **e em particular do patrimônio cultural imaterial que se encontre em perigo;**
> d) **adotar as medidas de ordem jurídica, técnica, administrativa** e financeira adequadas para:
> i) favorecer a criação ou o fortalecimento de instituições de formação em gestão do patrimônio cultural imaterial, bem como a transmissão desse patrimônio nos foros e lugares destinados à sua manifestação e expressão;
> ii) garantir o acesso ao patrimônio cultural imaterial, respeitando ao mesmo tempo os costumes que regem o acesso a determinados aspectos do referido patrimônio;
> iii) criar instituições de documentação sobre o patrimônio cultural imaterial e facilitar o acesso a elas.

A Convenção em análise, que tem força de lei ordinária, como visto, apontou e determinou ao Estado brasileiro a adoção de medidas de ordem jurídica, técnica, administrativa e financeira, a fim de proporcionar uma salvaguarda ampla.

Esta salvaguarda vai desde: a) a articulação institucional e política integrada,- mobilização e articulação de comunidades e grupos de detentores e produtores, pesquisas, mapeamentos, inventários; b) gestão participativa e sustentabilidade,- apoio à criação e manutenção de coletivo deliberativo, elaboração de planejamento estratégico, capacitação de quadros técnicos para a implementação e gestão de políticas para o patrimônio, ampliação de mercado com benefício exclusivo dos produtores primários dos bens culturais imateriais; c) a produção e reprodução cultural, - transmissão de saberes relativos ao bem cultural em foco, apoio às condições materiais de produção dos bens culturais imateriais, ocupação, aproveitamento e adequação de espaço físico para produção, reprodução e difusão cultural; d) a difusão e valorização - difusão sobre o universo cultural do bem registrado, constituição, conservação e disponibilização de acervos sobre o universo cultural em foco, ação educativa para diferentes segmentos de público, editais, prêmios e seleção de iniciativas de salvaguarda; e) à atenção à propriedade intelectual dos saberes e direitos coletivos e adoção de medidas

administrativas e/ou judiciais de proteção em caso de ameaça ou dano ao bem cultural registrado. (VIANNA, 2014)

Os eixos e tipos de ações acima elencados integram a análise dos procedimentos para a política coordenada da CGSS e serão combinados e articulados durante o desenvolvimento do Plano de Salvaguarda. Dentre eles, interessa especialmente a este estudo a adoção das medidas administrativas e judiciais de proteção em caso de ameaça ou dano ao bem registrado, seja de qual for a natureza do direito objeto de ameaça ou dano, ainda que envolvam questões de propriedade intelectual dos saberes e direitos coletivos.

Assim, a partir do momento em que há ameaça ou lesão efetiva aos contextos de produção e reprodução e aos direitos relacionados a bens culturais imateriais, a proteção legal é necessária para garantia daqueles que tiveram o seu PCI lesado, sobretudo se o mesmo for objeto de Registro. Este é instrumento para a concretização do novo enquadramento, conceito e conteúdo que foi conferido ao Patrimônio Cultural pela CF/88, servindo de resposta contra os projetos e ações nacionais e transnacionais de homogeneização cultural que vêm sendo facilitados pelo processo econômico e social de globalização.

De que adiantaria, pois, a identificação, o reconhecimento e a valorização do patrimônio cultural imaterial por parte do Estado sem conferir a este bem reconhecido e valorizado a necessária e tão ambicionada proteção legal? São os próprios grupos, como se verá, que reconhecem no Registro a força normativa capaz de proteger plenamente o bem cultural - os saberes, expressões, celebrações, lugares, enfim, as condições que possibilitem a sua continuidade efetiva.

O direito à proteção ao patrimônio cultural, seja no seu horizonte material ou imaterial, tem sede constitucional e sua eficácia garantida a partir da utilização de atos legislativos, administrativos, instrumentos processuais - judiciais e extrajudiciais - já existentes no sistema jurídico brasileiro. Não é nem necessário lançar mão dos métodos de hermenêutica existentes para se concluir que o Decreto Legislativo 22, promulgado pelo DP 5753 impôs ao Estado assegurar a salvaguarda, o desenvolvimento e a valorização do PCI presente em seu território e o dever de cada Estado Parte empreender esforços para fomentar estudos científicos, técnicos e artísticos, bem como metodologias de pesquisa para a salvaguarda eficaz do PCI, e em particular do patrimônio cultural imaterial que se encontre em perigo.

Para tanto, a Lei Maior fixou que os Estados têm por obrigação legal, imperativa e inescusável, adotar as medidas de ordem jurídica necessárias a favorecer a criação ou o

fortalecimento de instituições de formação em gestão do PCI, bem como a transmissão desse patrimônio nos foros e lugares destinados à sua manifestação e expressão; garantir o acesso ao PCI, respeitando ao mesmo tempo os costumes que regem o acesso a determinados aspectos do referido patrimônio e criar instituições de documentação sobre o mesmo, facilitando o acesso a ele.

Com efeito, é perceptível que a não atribuição de efeitos jurídicos ao Registro se dá não somente pela não compreensão de aspectos jurídicos que envolvem a temática e a não apropriação do Direito das problemáticas que permeiam o campo do imaterial, mas também pela própria negação de correntes positivistas das Ciências Jurídicas cuja interpretação atribuída em alguns momentos vem se revelando contrária aos ditames da hermenêutica jurídica pós-positivista, na contramão do sistema garantista e concretizante dos direitos culturais.

A limpidez e a fácil perceptibilidade de alguns textos legais, ainda mais quando se trata do reconhecimento de direitos culturais para minorias, não têm impedido entendimentos, decisões e posturas contra o fortalecimento da eficácia jurídica do Registro. Trata-se, pode-se cogitar, de uma opção política de não reconhecimento diante de diversos, e muitas vezes escusos, fundamentos. No Direito, uma minoria que se encontra presa aos ditames de um positivismo já execrado, a uma interpretação minimalista das normas culturais e desprezo ao Texto Constitucional.

O Direito, como instrumento de comunicação que é, traz em si um forte poder de violência simbólica, expressado por meio dos signos linguísticos contidos nas normas jurídicas. Sob este prisma, o signo deve ser visto não como uma unidade semântica isolada, mas como uma ideia de ligação significativa de certos conjuntos de signos.

4.3 EFEITOS JURÍDICOS DO REGISTRO E A PRÁTICA DA SALVAGUARDA

Como visto no decorrer deste estudo, as narrativas que constituem a formulação do Registro são bastante incisivas quanto à sua inaptidão para produção de efeitos jurídicos concretos, estabelecimento de direitos e obrigações, tendo em vista a forma do instrumento que o disciplina, o Decreto Presidencial.

A análise das discussões constantes dos documentos do GTPI, bem como de trabalhos sobre a temática, evidenciam algumas contradições e muitas delas a própria salvaguarda vem naturalmente se incumbindo de desconstruir.

Ao mesmo tempo em que se tem claro que a matéria relativa ao patrimônio cultural imaterial é uma política transversal e integrada, afirma-se que o Registro não cria obrigações para outras instâncias do Poder Público, à exceção do Ministério da Cultura. Esse entendimento entra em choque com o próprio dispositivo constitucional, art. 216, que determina que o Poder Público, e não apenas o MinC, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro.

A Carta de Fortaleza, oriunda do plenário do Seminário de Fortaleza, no seu item 8, recomendou "que sejam buscadas parcerias com entidades públicas e privadas com o objetivo de conhecer as manifestações culturais de natureza imaterial sobre as quais já existam informações disponíveis". (IPHAN, 2012, p.21-23) Já se prenunciava ai o nascimento de uma política transversal e integrada.

E a prática tem demonstrado que a salvaguarda dos bens registrados só poderá ser realmente exitosa a partir da articulação institucional e política integrada, com ações voltadas para o desenvolvimento de programas e projetos nas mais diversas instâncias de poder, federais, estaduais e municipais, buscando-se, cada vez mais, ações de salvaguarda integradas, implementadas e geridas com a participação das bases e segmentos sociais diretamente interessados. Deste modo se terá uma política essencialmente democrática e participativa.

Os efeitos do Registro, a partir da participação comunitária e ação articulada dos Poderes e organismos, estão sintetizados no Relatório Final das Atividades do GTPI, cuja ideia inicial de reconhecimento e valorização do patrimônio imaterial se deu a partir da seguinte premissa: delimitação do universo de bens culturais imateriais parte da indicação do seu conteúdo nos Livros do Registro - Saberes, Celebrações, Formas de Expressão e Lugares-, sem utilizar conceituações herméticas, já que se trata de processo dinâmico e processual. Após, foram indicados os efeitos do Registro, que são vários:

> Em primeiro lugar, fica instituída a obrigação pública de documentar e acompanhar a dinâmica das manifestações culturais registradas. Em segundo, promove-se, com o ato de inscrição, o reconhecimento da importância desses bens e sua valorização, mediante a concessão do título de Patrimônio Cultural do Brasil e a implementação, em parceria com entidades públicas e privadas, de ações de promoção e divulgação. Em terceiro, se estabelece a manutenção, pelo IPHAN, de banco de dados sobre os bens registrados aberto ao público; e, por fim, se favorece a transmissão e a continuidade das manifestações registradas mediante a identificação de ações de apoio, no âmbito do Programa Nacional do Patrimônio Imaterial. Além desses

> efeitos, o registro ensejará a realização de inventário de referência cultural que permitirá o mapeamento dessas manifestações no território nacional, fornecendo dados para o desenvolvimento de uma política nacional de registro e valorização apoiada em sólida base de conhecimento. (IPHAN, 2012, p. 11)

Por seu turno, a Carta da Comissão do Patrimônio Imaterial Brasileiro endereçada ao Ministro da Cultura, que encaminha a proposta de regulamentação do Registro, expõe os motivos e enumera as principais diretrizes que orientaram as suas decisões com o mesmo conteúdo do Relatório Final. A quinta e última diretriz trata das consequências práticas do Registro:

> A primeira é instituir a obrigação pública, governamental sobretudo, de inventariar, documentar, acompanhar e apoiar a dinâmica das manifestações culturais registradas, mecanismo fundamental de preservar sua memória. A segunda é o reconhecimento e valorização desses bens mediante a concessão do direito de utilizar o título de "Patrimônio Cultural do Brasil". A terceira é a promoção, pelo Ministério da Cultura, com o apoio de órgãos públicos, entidades privadas e dos cidadãos, de ampla divulgação do bem. A quarta é o apoio do Governo Federal com incentivos fiscais e financeiros de que ficará credor o bem registrado. Propomos, inclusive, e desde logo, que o Ministério da Cultura crie um Programa Nacional de Patrimônio Imaterial, objetivando a implementação de política específica de referenciamento e valorização deste novo patrimônio. E assim exercer licença e dar exemplo nacional. (IPHAN, 2012, p. 31)

O nascimento da política semeou amplamente a ideia, especialmente no campo das Ciências Sociais, de que o Registro somente produziria os seus efeitos para o próprio Estado, e ainda com certas reservas, partindo do pressuposto de que o DP 3551/2000 era o único referencial normativo que tratava do patrimônio imaterial no Brasil e que, portanto, dele não poderia resultar direitos e obrigações aos particulares e algumas entidades privadas e públicas. Àquela época ainda não estava tão assentada a nova visão de promoção do Direito a partir do diálogo das fontes e, sobretudo, pela necessidade, cada vez mais presente, de atribuir aos dispositivos constitucionais a máxima eficácia, sobretudo quando a temática é relativa a direitos fundamentais. Não havia também o Decreto Legislativo 22/2006 e o DP 5753/2006.

Com a prática do Registro e da Salvaguarda, percebeu-se que além de selecionar e atribuir valor patrimonial a bens culturais, "a identificação dos elementos estruturadores da manifestação cultural é ainda importante porque para eles é que deverão ser dirigidas as ações do poder público e dos demais atores sociais envolvidos, destinadas a apoiar suas condições sociais e materiais de existência." (SANT'ANNA, 2005, p. 8)

Para a referida autora, as experiências já apontavam que as ações de apoio à sustentabilidade dos bens culturais imateriais são diversas, devendo-se observar as peculiaridades de cada bem, caso a caso. Tais ações, segundo ela, estão organizadas em quatro grandes linhas: "(1) ações de apoio às condições de transmissão e reprodução; (2) ações de valorização e promoção; **(3) ações de defesa de direitos** e (4) ações de acompanhamento, avaliação e documentação". (SANT'ANNA, 2005, p. 8, grifos nossos)

Essas ações vão desde a melhoria nas condições de permanência do bem cultural, promoção e valorização,- produção, circulação, transmissão e manutenção, e acesso às condições materiais de produção dos bens imateriais, mobilização social, articulação de comunidades e grupos de detentores, capacitação de técnicos, apoio à criação e manutenção de coletivo deliberativo, formulação de plano estratégico, difusão e valorização, ações educativas, inserção no mercado e ampliação com benefício dos produtores primários dos bens culturais imateriais, a ações de defesa de direitos.

Sobre a ação de defesa de direitos, o Registro tem sido conclamado e utilizado, em algumas situações práticas, como se verá no último capítulo, como instrumento que efetivamente potencializa direitos culturais constitucionais, seja em temáticas relativas ao uso de conhecimentos tradicionais coletivos ou à reprodução e difusão de padrões ou imagens relacionadas a expressões culturais tradicionais, seja em matérias afetas a direitos civis, difusos, coletivos, ambiental, direitos autorais, propriedade, posse, imagem, contratos, propriedade intelectual, enfim questões de direito público e privado.

Isso ocorreu porque essa terceira ação reuniu

> as iniciativas que visam a despertar a consciência de grupos e comunidades para a existência desses direitos, a facilitar o acesso ao conhecimento dos organogramas jurídicos que, ainda que parcial ou insatisfatoriamente, permitem reclamá-los ou exercê-los e, por fim, ao desenvolvimento de estudos para a criação de novos sistemas ou instrumentos legais mais adequados ao campo e à sua problemática. (SANT'ANNA, 2005, p. 9)

A partir disso, as comunidades foram integradas em algumas políticas culturais e passaram a ter consciência cada vez maior de seus direitos e das formas de garantir a efetividade de tais direitos. A Emenda Constitucional 48, de 2005, por exemplo, acrescentou ao § 3º do art. 215 da CF/88 a obrigatoriedade do Estado estabelecer o Plano Nacional de Cultura, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do Poder Público que conduzem a cinco deveres principais: defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; produção, promoção e difusão de bens culturais; formação de pessoal qualificado

para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; democratização do acesso aos bens de cultura; e valorização da diversidade étnica e regional.

A própria prática jurídica de proteção à dimensão material do patrimônio, pelo tombamento, contribuiu para implantar na coletividade a ideia de que os instrumentos de tutela protegem o patrimônio cultural, independente de regulamentação ou não na esfera infraconstitucional. E, de fato, a CF/88 concretizou essa vontade dos administrados, elevando a cultura ao patamar de direito fundamental, portanto, de aplicação imediata.

O ideário constitucional teve sua aplicabilidade, em parte, através da formulação e a implantação de uma política, pelo IPHAN, de identificação, registro, fomento e apoio que busca contemplar a diversidade brasileira, por mais ampla e complexa que seja. Como expõe Sant'Anna (2005, p.11):

> As ações da área de patrimônio imaterial do Iphan estão orientadas, então, por diretrizes de política que buscam promover:
> 1. o reconhecimento da diversidade étnica e cultural do país;
> 2. a descentralização das ações institucionais para regiões historicamente pouco atendidas pela ação estatal;
> 3. a ampliação do uso social dos bens culturais e a democratização do acesso aos benefícios gerados pelo seu reconhecimento como patrimônio;
> 4. a sustentabilidade das ações de preservação por meio da promoção do desenvolvimento social e econômico das comunidades portadoras e mantenedoras do patrimônio;
> 5. **a defesa de bens culturais em situação de risco e dos direitos relacionados às expressões reconhecidas como patrimônio cultural**. (grifos nossos)

O estabelecimento dessa possibilidade de defesa de bens culturais em situação de risco e dos direitos relacionados às expressões reconhecidas como patrimônio cultural como diretriz da política de preservação do patrimônio imaterial demonstra elevado grau de amadurecimento das discussões e evolução quanto ao entendimento predominante no GTPI sob a orientação da Comissão.

A construção das políticas públicas demanda, de fato, um constante aprimoramento a partir da leitura das mudanças nos contextos fáticos e jurídicos. Era possível e viável ao IPHAN falar em defesa de bens culturais imateriais, de há muito, com base na força normativa da Constituição, na eficácia infralegal do DP 3551/2000 e na força de lei da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial. Faltava, contudo, ao Direito fornecer os subsídios básicos às áreas técnicas para a implementação mais concreta dessas

ações de defesa de direitos, por meio da utilização dos diversos instrumentos administrativos e judiciais, em caráter preventivo e repressivo.

O Registro traz consigo, em alguns casos, um ônus, no sentido de limitar práticas e de fazer com que os direitos das comunidades em torno dos seus saberes, manifestações, celebrações, lugares, expressões, até então anônimas, ganhem visibilidade e sejam alvo de investidas mercadológicas. Diante disso, é possível perquirir se o IPHAN não colocaria em risco ou em situação de vulnerabilidade direitos culturais ao registrar o bem cultural imaterial? Esse reconhecimento não traria riscos a esses bens e, também, em algumas situações, aos detentores e produtores? Quais os possíveis efeitos dessa mercantilização do patrimônio, sobretudo em meio à era da "gentrification"?

O compromisso assumido pelo Estado, ao reconhecer o bem cultural como integrante do patrimônio cultural do Brasil, implica, até mesmo se concebido o Registro como um "Pacto Sociocultural" entre Comunidades e Estado, em assunção de direitos e deveres para ambos, e que estão centrados num objeto: a continuidade histórica do bem. De um lado, cabe ao Estado não apenas investir nas condições de apoio e sustentabilidade dos bens, mas também a adoção de medidas institucionais de cunho administrativo e judicial, quando, em muitas situações, autorizado pelas comunidades prejudicadas, à efetiva proteção jurídica dos bens culturais registrados que estejam sob ameaça ou que tenham sido alvo de dano.

Aos detentores e produtores cabe a responsabilidade de envidar esforços à manutenção das práticas culturais registradas, participando dos planos e ações de salvaguarda, seja pela inscrição em editais, prêmios, seleção de iniciativas, ações educativas, ações de promoção e difusão, projetos e programas, e, ainda, compete a estes o dever de participar o Poder Público em algumas ações em que os bens culturais estiverem em jogo, como já ocorre na prática com algumas comunidades indígenas, baianas de acarajé, sambadores do Recôncavo baiano, paneleiras, etc.

Para a concretização desses direitos, imprescindível, em muitas situações, a construção de entendimentos a partir da comunhão de esforços entre diversas instâncias de poder, municípios, estados e Distrito Federal, Ministérios da Cultura, Meio Ambiente, Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Pesca e Aquicultura, da Justiça, Relações Exteriores, Turismo, Educação, Saúde, Transporte, Defesa, Previdência, Combate à fome, Ciências, Tecnologia e Informação, Desenvolvimento Agrário, Trabalho e Emprego e também suas fundações e autarquias que tratam de direitos indígenas, arte, cultura, vigilância sanitária, biodiversidade, meio ambiente, Poder Judiciário, Ministério Público Federal e Estadual, Defensoria Pública

da União e dos Estados, enfim, os mais diversos segmentos organizacionais que integram, necessariamente, a política de preservação do patrimônio cultural imaterial.

A missão da salvaguarda requer, para atendimento de muitas questões, a junção de esforços do Poder Público como um todo, como previu o legislador Constituinte. A participação deve ser provocada não como um favor ou a prestação de um apoio que não tem sustentabilidade legal. Essas obrigações decorrem tanto da CF/88 quanto da própria Convenção para Salvaguarda, como já evidenciado oportunamente. Cabe ao IPHAN reconhecer e lançar mão de suas competências, provocando e chamando às causas quem de direito.

4.3.1 Aspectos relevantes do procedimento administrativo do Registro

O DP 3551/2000 consubstancia-se no instrumento de aplicabilidade aos preceitos constitucionais que impõem ao Poder Público e delega competência e legitimidade à comunidade para proceder à proteção dos bens culturais de natureza imaterial. Por meio, então, da positivação jurídica do procedimento administrativo destinado à promoção do Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro e que cria o PNPI foram fornecidas condições básicas para se realizar a identificação, o reconhecimento e a valorização, através de documentação, produção de conhecimento sobre os bens culturais imateriais, de forma a possibilitar a formulação de políticas de reconhecimento e apoio adequado às características e peculiaridades dessa categoria de bens.

O Registro permite ao IPHAN adotar procedimentos no sentido de identificar e produzir conhecimentos sobre a cultura imaterial por meios técnicos mais adequados e amplamente acessíveis ao público, de modo eficiente e completo, por meio da utilização dos recursos disponibilizados pelas novas tecnologias da informação. Esse procedimento foi até mesmo contemplado na “Carta de Serviços”, editada e publicada pelo órgão em 23 de julho de 2014 e cujo objetivo é proporcionar maior participação do cidadão na formulação, implementação e avaliação das políticas culturais, garantindo ao público o direito de receber serviços em conformidade com os padrões estabelecidos na referida Carta, que tem como

diretrizes a transparência, interação com a sociedade, a qualidade dos processos e o atendimento ético e efetivo. (IPHAN, 2014)

O processo de Registro disciplinado pelo DP 3551/2000 foi inspirado no modelo do DL 25/1937, de forma análoga ao do tombamento, diferenciando-se em diversas questões, já tratadas e que ainda o serão, mas destacando-se com relação à necessidade de estabelecer parcerias com outras instituições públicas e privadas que sejam detentoras de conhecimentos específicos sobre a matéria.

Segundo Barreto (2004, p. 124), são duas as espécies de procedimento estabelecidas pelo DP 3551/2000:

> O Registro, enquanto atividade administrativa do Estado, contempla duas espécies de procedimento: a) os de natureza meramente administrativa, que se referem aos atos de tramitação do processo; b) os de natureza técnica, destinados à identificação e documentação do bem cultural imaterial, necessários à instrução do pedido de Registro. Dai existirem os requisitos procedimentais relativos ao pedido de Registro e aqueles relativos à instrução técnica, os quais destinam-se a amparar o pedido de Registro.

Os procedimentos a serem observados para a instauração e instrução do processo de Registro estão delineados na Resolução 01/2006, ato infralegal que definiu bem cultural imaterial como as criações culturais de caráter dinâmico e processual, fundadas na tradição e manifestadas por indivíduos ou grupos de indivíduos como expressão de sua identidade cultural e social; observa, também, que o termo “tradição”, para efeitos daquela Resolução, é utilizado no seu sentido etimológico de “dizer através do tempo”, significando práticas produtivas, rituais e simbólicas que são constantemente reiteradas, transformadas e atualizadas, mantendo, para o grupo, um vínculo do presente com o seu passado.

O processo de Registro traz, cada um, certas peculiaridades, mesmo que suas normas estejam fixadas no DP 3551/2000 e na Resolução 01/2006. Sobre os fundamentos para identificação dos bens imateriais a serem considerados, o IPHAN aponta:

> A identificação dessas expressões culturais imateriais deveria se dar, portanto, a partir de sua identidade e a formação da sociedade brasileira. Também foi vista como fundamental a sua continuidade histórica, ou seja: que fossem reiteradas, transformadas e atualizadas, a ponto de se tornarem referências culturais para comunidades que as mantêm e as praticam. (IPHAN, 2008)

O início do procedimento se dará mediante a apresentação de requerimento dirigido somente ao Presidente do IPHAN, diretamente ou por intermédio das Superintendências em cada Estado da Federação, na forma da Resolução 01/2006:

> Art. 3º O requerimento para instauração do processo administrativo de Registro será sempre dirigido ao Presidente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional -Iphan, podendo ser encaminhado diretamente a este ou por intermédio das demais Unidades da instituição.

A solicitação de Registro deverá ser no formato original, datada e assinada, acompanhada dos seguintes documentos e informações: identificação do proponente, - nome, endereço, telefone, e-mail, etc; justificativa do pedido; denominação e descrição sumária do bem, com indicação da participação e/ou atuação dos grupos sociais envolvidos, de onde ocorreu ou se situa, do período e da forma em que ocorre; informações históricas básicas sobre o bem; documentação mínima disponível, adequada à natureza do bem, como fotografias, desenhos, vídeos, gravações sonoras ou filmes; referências documentais e bibliográficas disponíveis; declaração formal de representante da comunidade produtora do bem ou de seus membros, expressando o interesse e a anuência à instauração do processo de Registro. (IPHAN, RESOLUÇÃO 01/2006, art. 4º)

O art. 9º da Resolução 01/2006 ainda prevê que a instrução técnica do processo administrativo de Registro consiste, além da documentação mencionada no art. 4º, na produção e sistematização de conhecimentos e documentação sobre o bem cultural e deve, obrigatoriamente, abranger:

> I. descrição pormenorizada do bem que possibilite a apreensão de sua complexidade e contemple a identificação de atores e significados atribuídos ao bem; processos de produção, circulação e consumo; contexto cultural específico e outras informações pertinentes;
> II. referências à formação e continuidade histórica do bem, assim como às transformações ocorridas ao longo do tempo;
> III. referências bibliográficas e documentais pertinentes;
> IV. produção de registros audiovisuais de caráter etnográfico que contemplem os aspectos culturalmente relevantes do bem, a exemplo dos mencionados nos itens I e II deste artigo;
> V. reunião de publicações, registros audiovisuais existentes, materiais informativos em diferentes mídias e outros produtos que complementem a instrução e ampliem o conhecimento sobre o bem;
> VI. avaliação das condições em que o bem se encontra, com descrição e análise de riscos potenciais e efetivos à sua continuidade;
> VII. proposição de ações para a salvaguarda do bem. (IPHAN, RESOLUÇÃO 01/2006)

Caso o requerimento não contenha a documentação mínima necessária, o IPHAN oficiará ao proponente para que a complemente no prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável mediante solicitação justificada, sob pena de arquivamento do pedido.

O art. 2º do DP 3551/2000 aponta o rol dos legitimados para provocar a instauração do processo administrativo de Registro. São eles: o Ministro de Estado da Cultura, instituições vinculadas ao Ministério da Cultura, Secretarias Estaduais, Municipais e do Distrito Federal e sociedades ou associações da sociedade civil.

Quando da formulação do DP 3551/2000 foi-se apontada como principal divergência a definição das partes legítimas para propositura do Registro, conforme narra Sant'Anna (2012, p. 11):

> Muitos colaboradores defenderam a ideia de que qualquer cidadão poderia ser parte legítima para solicitar o registro de um bem cultural imaterial. Outros, por sua vez, solicitaram que se ampliasse o leque de instituições listadas na proposta no sentido de inclusão de instâncias municipais, da não exigência de representatividade regional ou nacional para as entidades culturais e, finalmente, pela inclusão de grupos étnicos como partes legítimas. Entendeu-se, por fim, que, com vistas a não se onerar o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural com uma grande quantidade de pedidos que poderão, muitas vezes, não levar em conta a relevância do bem no cenário nacional, o pedido de abertura de processo de registro deve ser sempre coletivo, sendo partes legítimas para propor a sua instauração as instituições governamentais de cultura federais, estaduais e municipais, as sociedades e as associações civis.

Parte da doutrina entende que esse rol de legitimados tem caráter restritivo, o que não corrobora com o Estado Democrático de Direito e com o espírito participativo do processo de patrimonialização do intangível. Conforme Barreto (2004, p. 124), esse rol é, portanto, meramente exemplificativo, aberto a outros solicitantes que demonstrem a sua legitimidade e interesse .

Cabe ressaltar, também, que a eventual sobrecarga do Conselho Consultivo, como alegado no momento de feitura do DP 3551/2000, não se constitui argumento suficiente e legítimo à negativa de amplo acesso dos cidadãos a esse direito cultural. Sobre isso, Costa (2011, p. 123) afirma que a elaboração de uma lei para proteção do patrimônio cultural pelo Congresso Nacional "foi relegada ao esquecimento, em nome da urgência e de possíveis alterações no projeto pelos representantes do povo", o que não faz sentido.

Compete frisar, ademais, que embora a motivação inicial fosse evitar uma avalanche de requerimentos ao IPHAN, acabou-se considerando pertinente a manutenção do pedido

coletivo como uma das formas de atestar a presença da comunidade interessada e o vínculo do bem com alguma prática enraizada no seio de alguma comunidade.

Barreto (2004, p. 124), em oposição a essa parte específica do Decreto Presidencial 3551/2000, defende que:

> [...] o Registro deve servir de amparo para a "Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição", como condição para a deliberação legítima acerca de matéria constitucional. Por conseguinte, quanto mais aberto à participação social se mostrar o processo de interpretação e aplicação da Carta Política canalizada pelo Registro, mais consistentes e mais eficazes serão as decisões administrativas acerca do alcance e da própria necessidade de proteção dos bens culturais reconhecidos pela Constituição.

A instrução dos processos de Registros, consoante prescrito no § 3º do art. 3º do DP 3551/2000, poderá ser realizada por outros órgãos do Ministério da Cultura, pelas unidades do IPHAN ou por entidade, pública ou privada, que detenha conhecimentos específicos sobre a matéria, nos termos da Resolução 01/2006 do IPHAN. Há certas críticas a essa opção do Poder Público, "por entregar a um grupo de especialistas o poder de decidir sobre a procedência da pretensão apresentada pelo interessado". (BARRETO, 2004, p. 126)

Alguns Registros foram promovidos, no início da construção da política, sem, naturalmente, uma participação tão efetiva dos atores e comunidades, sendo ampliada essa participação com o decorrer da prática institucional. Assevera Vianna (2014) que:

> [...] nem sempre é possível a mobilização ideal e o consenso perfeito. De modo que o que vai se dando após o Registro tem aparecido para a CGSG como uma novidade, uma construção de uma outra fase do diálogo – que deveria parecer uma continuidade posto que iniciado com a instrução. E é muito importante observar estas ponderações são explicitadas hoje e que os primeiros Registros foram feitos como experiências implementadas sem essa mobilização e esclarecimento do alcance do ato. Mesmo por que esse alcance do ato só pode ser vislumbrado com as experiências criadas, acumuladas e avaliadas coletivamente pelos técnicos e gestores.

Prova de que essa participação vem se efetivando cada vez mais é que o IPHAN disponibilizou em seu site uma Consulta Pública para o dossiê sobre o Inventário do Carimbó, em março de 2014, onde as contribuições recebidas da sociedade, se pertinentes, são incorporadas ao documento final a ser encaminhado ao Conselho Consultivo do IPHAN.

Tal conduta reflete o aprimoramento das ações estatais em torno da política cultural no âmbito do imaterial. Isso porque é necessário se adequar as regras do DP 3551/2000 e da Resolução 01/2006 aos ditames da Lei Federal 9.784/99, que disciplina o processo administrativo na esfera da Administração Pública Federal.

Segundo a aludida Lei, o administrado tem direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados, destacando, dentre estes, o direito de ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente. (Art. 3º da Lei 9784/99)

Com base nisso, cabe ao IPHAN fazer cumprir, durante o processo de Registro e até mesmo na Revalidação, os preceitos legais contidos na Lei 9784/99, arts. 31, 32 e 33, que legitimarão ainda mais a aplicação do instrumento democrático, como: quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada; antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo; os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

A multicitada lei federal de processo administrativo prevê um rol de legitimados como interessados no processo administrativo:

> Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:
> I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;
> II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;
> III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;
> IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos. (LEI 9784/1999)

Embora tanto o DP 3551/2000 quanto a Resolução 01/2006 do IPHAN sejam posteriores à Lei 9784, de janeiro de 1999, tanto o Decreto quanto a Resolução não seguiram o imperativo legal no sentido de conferir ampla participação social nos procedimentos de Registro. Ambos os regramentos, o DP 3551/2000 e a Resolução 01/2006, só estabeleceram a participação da sociedade na fase decisória do Registro, respectivamente:

> Art. 3º: [...]

> § 5º O parecer de que trata o parágrafo anterior será publicado no Diário Oficial da União, para eventuais manifestações sobre o registro, que deverão ser apresentadas ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural no prazo de até trinta dias, contados da data de publicação do parecer.
>
> Art. 12 Após a conclusão da instrução técnica do processo administrativo de Registro e do seu exame pela Procuradoria Federal, o Presidente do Iphan determinará a publicação, na imprensa oficial, de Aviso contendo o extrato do parecer técnico do Iphan e demais informações pertinentes, para que a sociedade se manifeste no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data de publicação.

Caso tenha ocorrido manifestação em contrário por parte da sociedade, o Presidente do IPHAN designará um Conselheiro para relatar o processo, podendo o Conselho Consultivo decidir acerca da realização de audiência pública, durante o prazo determinado no art. 12.

Sendo aprovado o pedido, o bem cultural será inscrito em um dos Livros previstos no art. 1º, §1º do DP 3551/2000, sendo que essa inscrição terá sempre como referência a continuidade histórica do bem e sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira. São eles:

> I - Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;
> II - Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;
> III - Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;
> IV - Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

Esse conjunto de práticas culturais coletivas, sob o prisma constitucional, deve ser portador de referência à identidade, à ação e à memória dos múltiplos grupos que formam a sociedade brasileira, para, somente então, ser consagrado patrimônio cultural imaterial do Brasil. É o princípio da refenciabilidade.

Sem dúvida, esse reconhecimento constitucional implica, na visão de Hall (1997, p. 60), na valorização e "retorno de formas fixas de identidades e outros particularismos culturais e étnicos, como uma resposta defensiva à globalização" e no encontro das diversidades inerentes a uma sociedade cada vez mais pluralista.

Durante os debates em torno dos livros e da categorização, o GTPI demonstrou que "buscou-se evitar conceituações rígidas e aprisionadas, com a expectativa de que essa definição abrangente venha a estimular o processo de construção do conceito de patrimônio

cultural imaterial, mantidos os parâmetros estabelecidos pela Constituição". (SANT'ANNA, 2012, p. 11)

Destaque-se que a divisão adotada no plano jurídico-formal não impossibilita a categorização de outros bens passíveis de reconhecimento, tanto assim que o próprio DP 3551/2000 prevê a possibilidade de abertura de novos livros para inscrição de bens culturais de natureza imaterial.

Atualmente, surgem questionamentos, dentro do DPI, sobre quais os impactos do enquadramento dos bens nessas categorias nas ações decorrentes do Registro, a própria dificuldade de enquadramento; a viabilidade e validade de registros duplos; sugestão de enquadramento na Câmara do Patrimônio Imaterial e confirmação de tal enquadramento no Conselho Consultivo.

Na hipótese de aprovação do Registro, o bem cultural será inscrito num dos Livros supramencionados e receberá o título de "Patrimônio Cultural do Brasil", sendo-lhe assegurado, de plano, documentação por todos os meios técnicos admitidos, cabendo ao IPHAN manter banco de dados com o material produzido durante a instrução do processo, e ampla divulgação e promoção. (Art. 6º, DP 3551/2000)

4.3.2 As interfaces entre tombamento e registro e a política de salvaguarda dos bens culturais registrados pelo IPHAN

O instrumento do Registro nasceu na CF/88 como reflexo do novo Estado Sociocultural e Democrático de Direito, num contexto, portanto, bastante diverso daquele que abalizou o legislador de 1930 quando da elaboração do DL 25/1937, em plena Ditadura Vargas. São períodos distintos, novos atores e regimes jurídicos, novos olhares sobre o patrimônio, novos interesses e novos instrumentos de proteção.

O Registro surge, então, no período de redemocratização do País, como um instrumento que equivale ao Tombamento no sentido do status que confere ao bem objeto de Registro pelos órgãos oficiais do Estado. Tanto um quanto outro representam mecanismos de reconhecimento do valor cultural de determinado bem ou de determinada prática, mas ambos

possuem um processo um pouco diferenciado, abordagens e objetos, em certas situações variadas, efeitos jurídicos distintos.

E por que isso se dá? Porque a ideia de trabalhar com a dimensão imaterial do patrimônio cultural supõe uma visão dessa dimensão como algo essencialmente dinâmico, volátil, algo que se forma, reforma e transforma, se cria e se recria constantemente e que, portanto, não pode ser aprisionado numa determinada forma, padrão, numa determinada configuração. Laraia (2004, p.15) afirma que a proteção oferecida pelo Registro não pode ser "entendida como uma forma de congelamento do patrimônio cultural a que se refere, pois as manifestações populares são componentes vivos de nossa cultura e portanto suscetíveis de mudanças." Mais adiante, arremata o referido autor: "Portanto, o registro não pode se constituir em uma forma litúrgica ortodoxa".

O tombamento, por sua vez, é um ato administrativo decorrente do poder de império do Estado, criado pelo DL 25/1937 para a proteção dos bens culturais móveis e imóveis, e tem como objetivo preservar seu valor histórico, cultural, arquitetônico, ambiental, paisagístico, etc, impedindo a sua destruição ou descaracterização. Trata-se de um instrumento que tem como um dos maiores efeitos jurídicos restringir parcialmente o direito de propriedade, sendo instituído mediante processo administrativo instaurado pelo Poder Público, de forma imperativa, ou seja, ainda que o proprietário não concorde com o tombamento, embora lhe seja facultado o direito de impugnação, caso esta não seja acolhida, o ato se concretiza a bem do interesse público.

Seus efeitos se produzem perante o proprietário, o Poder Público, a vizinhança e estão voltados especificamente para a proteção do bem cultural no seu aspecto material, trabalhando na prática, ainda e principalmente, com a ideia de autenticidade e originalidade, entendimento que vem mudando. Deste modo, o bem tombado deve ser fiscalizado pelo Estado, o qual, no uso do seu poder de polícia, promoverá os atos de fiscalização, preventiva e repressiva, a fim de verificar se o bem não está sendo preservado, transformado, mutilado, destruído na sua materialidade. O suporte de memória, neste caso, é a coisa, bem móvel e imóvel, passível de uma intervenção direta e objetiva pelo Poder Público.

Já no campo do patrimônio imaterial, a abordagem e os efeitos jurídicos do Registro se diferenciam substancialmente. Aqui, o Estado agirá minimamente para garantir a continuidade histórica de bens culturais "vivos", cujo suporte de memória é o homem, inventivo, dinâmico, transformado e transformador. Dai que, quando se pensa em preservação

do patrimônio cultural imaterial, inaplicáveis algumas noções próprias ao campo do material, como, por exemplo, a ação fiscalizatória sobre bens culturais.

No horizonte do patrimônio imaterial não cabe esse tipo de ação, porque os bens culturais tutelados pelo Registro relacionam-se a modos de fazer, saberes, relações sociais e simbólicas, experiências dos grupos humanos que se constituem fundamentos das identidades sociais. Assim, não cabe ao Estado exercer atividades de fiscalização a fim de verificar, por exemplo, se o samba de roda está sendo dançado de tal forma, se a indumentária da baiana está faltando algum elemento, se as roupas do frevo estão na cor certa, no colorido ideal, com brilho ou sem brilho. Naturalmente essas coisas se transformam e se modificam constantemente, com adaptações e modificações ocasionadas pelo tempo e pela própria dinâmica das relações socioculturais e econômicas.

A política de salvaguarda de proteção ao patrimônio imaterial adotada pelo IPHAN, mediante a prática do Registro e da Salvaguarda, diverge significativamente da concepção adotada pelas práticas preservacionistas do Tombamento em diversos aspectos. A salvaguarda dos bens culturais imateriais registrados não comporta, por exemplo, uma ação fiscalizatória ou mesmo um juízo de valor acerca de verificar se há “uma guitarra elétrica animando dançarinos” no Samba de Roda do Recôncavo (VIANNA, 2005, p. 310), ou se a saia de três babados da sambadora é mais bonita ou não do que as saias de um ou dois babados, ou se o som da viola de cocho tocada por um detentor é mais harmonioso do que do outro.

Considerando isso, necessário pensar no investimento nas condições materiais, sociais e até culturais que possibilitem a continuidade dessa prática na forma que melhor atenda aos anseios da comunidade e às exigências dos atuais contextos. Caso não haja interesse da comunidade na continuidade das tradições, Vianna (2005, p. 308) assim questiona: “O que faria o governo? Entraria em pânico diante da possibilidade da perda de uma tradição tão importante para a vida cultural da cidade e injetaria verbas na festa, para que permanecesse viva? Ou apenas registraria a festa, para conhecimento das futuras gerações?”

Não há dúvidas de que isso não vai resolver a situação. A ideia de salvaguarda do patrimônio imaterial, “com toda sua complexidade, que certamente também leva em conta que as tradições mudam” (VIANNA, 2005, p. 308) implica numa prática e uma abordagem do meio cultural que a seara que trabalha com a dimensão material ainda não absorveu de modo mais amplo.

O que deve haver é o reconhecimento de que aquelas práticas se processam, de que a ela os seus praticantes e detentores atribuem valor de memória, de referência, significados,

ainda que os órgãos oficiais de proteção ou terceiros reconheçam ou não. Importa, sim, o valor atribuído pelos detentores e praticantes, verificados a partir de um olhar antropológico sobre a cultura.

Vianna (2014), a respeito, enfatiza:

> A *instrução* de um *processo de Registro* requer pesquisa documental e de campo, idealmente **mobilização e consenso social** sobre motivações e propósitos; argumentação do valor patrimonial de uma expressão cultural; diagnósticos sobre a vulnerabilidade e recomendações para a salvaguarda do bem cultural. É neste momento que o Estado se aproxima da sociedade apresentando a proposta para a titulação do bem cultural como patrimônio nacional. A sociedade aceita ou não a proposta e, por sua vez, apresenta seu ponto de vista, aponta questões que podem ser elaboradas como *recomendações para a salvaguarda* – item obrigatório na instrução do processo.
> Na fase de Registro, então, espera-se que aconteça todo um movimento de interlocução entre Estado e segmentos sociais no sentido de produzir e sistematizar conhecimento sobre o universo cultural em questão; promover a mobilização dos segmentos sociais no debate sobre aspectos e razões do registro; identificar demandas e possíveis ações de salvaguarda. Nesta fase há a identificação dos atores envolvidos – sejam eles pessoas, grupos, comunidades, segmentos sociais e instituições e das tensões sociais mais evidentes em relação à salvaguarda do bem cultural. O esforço é no sentido de construir um consenso em torno do que deve ser registrado. Esse consenso não é natural, dado, mas construído entre os segmentos ou atores da política, através da mediação do Iphan. Às vezes é apenas alcançado em torno do reconhecimento coletivo da relevância do fato cultural patrimonializado, sem que esteja claro o que se espera como consequência do ato. Em algumas vezes o registro é sobre bem cultural que já não existe mais e as possibilidades de salvaguarda são muito restritas ou nulas – como se verá. (grifos do autor)

Se determinada prática já não mais interessa à comunidade, não cabe uma manutenção forçada, como bem leciona Vianna (2005, p. 310): “[...] o que é preciso *preservar* é a rede, a capacidade de informações circularem dentro da rede, e não um seu nó específico. Numa rede *saudável*, a destruição de um nó não é ameaça para o todo: as informações encontram logo outros caminhos para fazer novas parcerias, novas brincadeiras”. (grifos do autor)

Na aplicação do Registro, apenas se a comunidade, detentores e produtores, quiser, é possível documentar, registrar, guardar, inclusive filmar os cantos ou as falas relacionadas às expressões, saberes, conhecimentos, práticas e guardar isso como sua memória. E até reconhecer que, dentre um conjunto de práticas que ocorrem ali, aquelas específicas é que são especialmente valorizadas pela comunidade como patrimônio.

O Registro reconhece oficialmente perante a Nação o valor cultural de determinadas práticas, mas não é toda e qualquer prática, e sim aquela que os detentores apontam que deve ser protegida, não a que o IPHAN entende deva ser, como sempre ocorreu nos processos de patrimonialização da dimensão material.

Na prática de preservação do imaterial não se pode estabelecer, por um código de normas, pelo Direito Positivo, de forma específica e pontual, como acontece no campo do patrimônio material, um jeito padrão, determinando-se que todos vão se articular a esse jeito padrão. Não se pode estabelecer uma norma neste sentido, porque as situações que aparecem para os bens registrados são permeadas de subjetividade e de elementos surpresa, já que cuidam da diversidade cultural, de visões de mundo, de formas de sociabilidade, crenças, religiosidade, e porque o Registro geralmente é aplicado a povos e comunidades tradicionais que não vivem sob a mesma lógica do homem comum. Dai a necessidade de previsões legais mais abertas, fluídas, principiológicas, e de maior conferência de poder aos entes públicos no que se refere à adoção de medidas protetivas contra terceiros que ameacem ou cometam danos aos bens registrados. Sobre isso, Vianna (2005, p. 311) enfatiza "que as culturas não obedecem ao rigor de um sistema que estaria fundamentado num conjunto de regras estáticas, comuns a todos os indivíduos que vivem *nessa* cultura". (grifos do autor)

Neste sentido, afirma o membro do Ministério Público Federal: "A contínua evolução dos conceitos de preservação e de patrimônio cultural parece indicar que a legislação deve conter disposições de conteúdo suficientemente aberto para adaptar-se às novas concepções e percepções." (CASTILHO, 1993, p. 102)

A ideia de patrimônio deve ser utilizada sempre no sentido de construção de algo melhor, que efetivamente contribua com a comunidade, dando-lhe mais dignidade e cidadania. Ao se assistir à decadência ou extinção de algumas práticas culturais relevantes ou mesmo diante de mudanças ocasionadas naturalmente pelo tempo ou pelas novas tecnologias, porque os detentores e produtores envolvidos já não possuem condição de fazer, de transmitir, de dar continuidade, ou mesmo porque os adolescentes e as crianças não possuem interesse em aprender aquela prática ou, ainda, porque não possuem tempo de participar de determinadas celebrações, rituais, de memorizar determinados conhecimentos, saberes e práticas, a aplicação do Registro poderá ser um sólido caminho para a comunidade que valoriza e que pretende dar continuidade a essa cultura.

É sob esse viés que se sustenta o instrumento do Registro. A construção de uma política mais participativa e menos intervencionista. Somente diante de situações em que a prática, os saberes, conhecimentos, formas de expressão, lugares e celebrações são ameaçados ou efetivamente objeto de ação danosa por terceiros, é que cabe uma intervenção do Estado, mas tão-somente no que se refere à repressão aos sujeitos e agentes violadores da dimensão

imaterial do patrimônio, não no sentido de uma produção de ação fiscalizatória ou punitiva aos detentores e produtores.

Na hipótese da produção de efeitos jurídicos pelo Registro essa ação intervencionista do Estado não é possível,

> porque parte-se do princípio de que essa dimensão do patrimônio só existe articulada às pessoas. Então, não é possível nem inventariar nem salvaguardar nem declarar como patrimônio um aspecto do patrimônio cultural que depende exclusivamente das pessoas. É mais ou menos como se as pessoas fossem o suporte do patrimônio, do mesmo jeito que as construções do terreiro da Casa branca são o suporte de memória. No caso do patrimônio imaterial o suporte do patrimônio é o ser humano, é a pessoa ou grupo de pessoas que realiza aquela prática na sua inteireza, não só na manutenção da memória dela ou do conhecimento dela, mas na realização concreta dela no aqui e agora, no tempo e no espaço. (SANT'ANNA, 2012)

Assim sendo, fica evidenciado que não é possível tratar dessa categoria do patrimônio, de abordagem tão especial, sem uma condução total, durante todo o processo de patrimonialização, daqueles que praticam o bem na sua inteireza. A aplicação do instrumento do Registro exige, em primeiro plano, um diálogo ou iniciativa das comunidades e grupos de realizar esse tipo de trabalho. É necessário quem alguém da comunidade, um detentor ou produtor, ou um grupo deles, conversasse entre si e chegasse à conclusão de que determinados aspectos da prática, do culto ou determinados valores, formas de expressão, saberes, não precisa ser tudo, deveriam passar inicialmente, dentro mesmo da própria comunidade, por um processo de valorização e, a partir disso, sugerir ou indicar essa prática para ser objeto de Registro. Teria que ser uma iniciativa da comunidade, que procuraria, então, o órgão encarregado, para, junto com ela, ajudar a instruir esse processo e haver essa patrimonialização. Ao menos no plano ideal e teórico é assim que deve funcionar e que vem funcionando quase plenamente.

Necessário salientar, também, que o instrumento do Registro, tal como está codificado, por meio DP 3551/2000, cria e trabalha com algumas categorias bem amplas de bem culturais, como já exposto. Essas categorias são os conhecimentos, saberes, os modos de fazer, que possuem, inclusive, uma concretização material, porque eles produzem objetos e coisas efetivamente: a categoria das celebrações, rituais e festas, não só religiosas, mas que marcam a vivência coletiva do trabalho, do entretenimento, que guardam, enfim, vinculação com outros aspectos da vida social; as formas de expressão, artísticas, por assim dizer, que podem ser musicais, plásticas, literárias, cênicas, lúdicas e outras; e os lugares, mercados,

feiras, santuários, praças e demais espaços, como terreiros de candomblé, espaços sagrados indígenas, onde se concentram práticas culturais simbólicas.

É fato que, diversamente do processo de Tombamento, o qual já prenuncia também um tratamento mais democrático e aberto, o Registro tem se concretizado com participação, cada vez maior, daqueles que usam, vivem ou se relacionam com o patrimônio. A aplicação deste instrumento, então, vai ter um sentido, e não é o sentido puro e simples de registrar, de valorização, no âmbito do próprio grupo, de determinada prática que está se perdendo e que os mestres, detentores, valorizam. Esses valores devem ser reconhecidos pelos jovens e crianças. Daí se poder formular, com o grupo interessado e legitimado, um plano de salvaguarda para reforçar isso.

Essa prática de salvaguarda, ocorrida mais intensamente pós-reconhecimento, não tem sido observada na lida do patrimônio material como uma referência. Infelizmente tombam-se coisas, bens móveis e imóveis, e não há, em seguida a este ato, a construção, junto com os usuários dos bens tombados, de um plano de preservação. É exatamente isso que falta para um êxito maior das ações patrimoniais decorrentes do Tombamento.

No caso do Registro, quase todos os bens registrados foram objeto de um plano de salvaguarda. Vianna (2014) alerta, contudo, que:

> [...] o início do processo de salvaguarda nem sempre é uma continuidade da relação entre o Estado e os detentores estabelecido durante a instrução do Registro. Em muitos casos a instrução do Registro não é suficientemente esclarecedora sobre os desdobramentos do processo. Geralmente é um momento marcado por uma mistura de desconfiança, distância e desinformação por parte desses dois atores, mas principalmente por parte dos detentores acostumados com a falta de acesso aos serviços públicos, com as promessas nunca cumpridas, com ingerências e atuações desconsideradas por parte dos órgãos estatais. Muitas vezes, não é fácil mudar esse panorama construído durante décadas ou até séculos de políticas públicas partidas de "cima para baixo", tanto que alguns bens registrados a mais de 3 ou 5 anos ainda não conseguiram estabelecer a mobilização social necessária para se iniciar o processo de salvaguarda. A meta posta no documento de orientação era de inicio de salvaguarda após, no máximo, seis meses de efetivado o Registro. Uma projeção ideal que precisa ser revista, na medida em que cada processo tem seu tempo, embora não se abandone a meta e o trabalho sistemático nessa direção. É claro então que a discussão sobre a salvaguarda se inicie ainda no processo de Registro. E que os parceiros envolvidos se comprometam com a gestão da salvaguarda após o Registro.
>
> Na avaliação preliminar de 2011 observou-se um alargamento dos alcances do conceito de salvaguarda. Desde os primeiros Registros até hoje, a política de salvaguarda vem se desenvolvendo e aprimorando. Está em construção permanente. E o conceito de plano de salvaguarda, tal como hoje é compreendido, não veio pronto nem é um conceito fechado – como veremos ao longo deste documento. Inicialmente a noção orientadora foi a de *recomendação de salvaguarda*, que aparecia como sinônimo *de plano de salvaguarda*. As recomendações para a salvaguarda que vinham contidas na instrução do Registro do bem eram tomadas por

> um plano a ser cumprido; e hoje, como será explicitado na proposta de minuta de termo de referência – mais adiante , o plano de salvaguarda pressupõe elaboração que transcende as recomendações.

De qualquer modo, o Registro tem essa função, obrigar a construção desse plano de salvaguarda, o que o Tombamento não faz. Estrategicamente é necessário fazer isso, para além das questões conceituais, patrimoniais, de reforço da ideia de valorização de práticas. É esta uma das vantagens do Registro: o Estado fica comprometido a desenvolver um plano de salvaguarda.

A partir de uma série de discussões e diagnósticos, a salvaguarda vai apontar, de forma clara, as ações pontuais ou emergenciais, desenvolvimento de ações integradas com outros órgãos e pessoas, planos de salvaguarda fundamentados na mobilização de detentores e produtores de bens registrados, que são de longo e médio prazo. Vai ser aplicado a esse plano todo um instrumental de monitoramento que está ai construído com indicadores, para, depois de dez anos, verificar se funcionou, se deu resultados e se resolveu os problemas que devia resolver. Portanto, é uma metodologia, uma sistemática que vai muito além do tratamento que hoje é dado ao patrimônio material.

Vianna (2014) aponta as vantagens da salvaguarda, sobretudo se houver a participação efetiva das comunidades, e indica que, embora alguns bens não tenham sido contemplados ainda com os planos de salvaguarda, "ações de salvaguarda" foram implementadas:

> O plano de salvaguarda, em síntese, deve estabelecer objetivos e metas a serem alcançadas no curto, médio e longo prazo; as estratégias para a obtenção dos resultados esperados, a divisão das atribuições dos segmentos signatários de um termo de cooperação, as ratificações e retificações periódicas na condução da política e um monitoramento sistemático para efeito de avaliação. A concretização de experiências nesse sentido – de elaboração de plano de salvaguarda - foi possível inicialmente pela observação de procedimentos adotados e exigidos pela Unesco no tratamento dos bens por ela reconhecidos e que também são Registrados como a Arte Kusiwa e o Samba de Roda.
>
> Nesse sentido, podemos observar que, no momento atual, as ações de salvaguarda de bens Registrados podem ou não estar estruturadas e articuladas em um plano de salvaguarda; e podem ou não ser realizadas de maneira mais ou menos participativa. Vários bens Registrados não possuem, até hoje, um plano de salvaguarda, mas foram objeto de ações de salvaguarda pontuais. Outros bens Registrados apresentam planos de salvaguarda efetivos, alguns outros possuem planos "que não saíram do papel". Fato é a inevitável complexidade e dramaticidade para sustentabilidade de cada plano.
>
> O que se observa, então, é que o plano de salvaguarda pode ser apenas um atendimento à uma formalidade após o Registro; mas pode e deve ser uma possibilidade concreta efetiva se, e somente se, houver uma mobilização e compromisso entre os detentores e outros parceiros. O plano deve ser idealmente elaborado a partir das recomendações apontadas no processo de Registro e de ampla

> interlocução com grupos, comunidades ou segmentos sociais diretamente envolvidos nos universos culturais em questão. E deve conter estratégias de curto, médio e longo prazo – entendendo-se que as estratégias podem ser modificadas em função do andamento e da conjuntura de cada situação.

Essas ações e planos de salvaguarda vêm se desenvolvendo no âmbito do PNPI, mediante medidas que vão desde a aplicação do Inventário Nacional de Referências Culturas (INRC) a parcerias com o Programa Cultura Viva, do MinC, o qual contribuiu financeiramente com a criação de Pontões de Cultura para bens registrados, sendo que, de 2007 a 2012 foram assinados 22 convênios de repasse de recursos com instituições parceiras para a implementação desses Pontões, os quais têm sido considerados "experiências concretas de gestão participativa". (VIANNA, 2014)

Atualmente, na esfera federal, foram registrados e declarados "Patrimônio Cultural do Brasil" trinta e dois bens culturais, sendo que três deles possuem um Registro duplo: ofício de mestre de capoeira e roda de capoeira, ofício de sineiro e o toque do sino, os saberes e a expressão boneca karajá. Destes trinta e dois bens registrados, 11 possuem a salvaguarda implementada. Alguns, por diversas questões, encontram-se em espera ou em processo de implementação.

- Bem Registrado	**Data**	**Livro de Registro**
Ofício das Paneleiras de Goiabeiras – ES	20/12/2002	Saberes
Arte Kusiwa – Pintura Corporal e Arte Gráfica Wajãpi - AP	20/12/2002	Formas de Expressão
Círio de Nossa Senhora de Nazaré - PA	05/10/2004	Celebrações
Samba de Roda do Recôncavo Baiano - BA	05/10/2004	Formas de Expressão
Jongo no Sudeste - MG,RJSP ES	15/12/2004	Formas de Expressão
Viola de Cocho - MS e MT	14/01/2005	Saberes
Ofício das Baianas de Acarajé -BA	14/01/2005	Saberes
Cachoeira de Iauaretê – Lugar Sagrado dos povos indígenas dos rios Uaupés e Papuri -AM	10/08/2006	Lugares

Feira de Caruaru -PE	20/12/2006	Lugares
Frevo –PE	28/02/2007	Formas de Expressão
Matrizes do Samba no Rio de Janeiro: partido alto, samba de terreiro e samba-enredo RJ	20/11/2007	Formas de Expressão
Tambor de Crioula	20/11/2007	Formas de Expressão
Modo Artesanal de Fazer Queijo de Minas nas regiões do Serro, da serra da Canastra e Salitre/Alto Paranaíba	13/06/2008	Saberes
Ofício dos Mestres de Capoeira Roda de Capoeira	21/10/2008 21/10/2008	Saberes Formas de expressão
Modo de Fazer Renda Irlandesa, tendo como referência este ofício em Divina Pastora/SE	28/01/2009	Formas de expressão
Ofício de Sineiro Toque dos Sinos	03/12/2009 03/12/2009	Saberes Formas de expressão
Festa do Divino Espírito Santo de Pirenópolis	13/05/2010	Celebrações
Sistema Agrícola Tradicional do Rio Negro	05/11/2010	Saberes
Ritual Yaokwa do Povo Indígena Enawene Nawe	05/11/2010	Celebração
Festa de Sant' Ana de Caicó	10/11/2010	Celebrações
Complexo Cultural do Bumba-meu-boi	30/08/2011	Celebrações
Saberes e práticas relativos à boneca karajá Expressão cosmológica do Povo Karajá	25/01/2012	Saberes Formas de expressão
Fandango Caiçara	29/11/2012	Formas de Expressão
Festa do Divino Espírito Santo de Paraty	03/04/2013	Celebrações
Festa do Senhor Bom Jesus do Bonfim	05/06/2013	Celebrações
Festa de São Sebastião na Região do Marajó	27/11/2013	Celebrações
Produção Tradicional e Práticas socioculturais associadas à Cajuína no Piauí	15/05/2014	Saberes

Tava, Lugar de Referência para o Povo Guarani	03/12/2014	Lugar
Maracatu Nação, Maracatu Rural e Cavalo-Marinho	03/12/2014	Formas de Expressão

Conforme demonstra a Tabela abaixo, a Salvaguarda de bens registrados está em diferentes estágios,- implementação, consolidação ou estabilização. “Estes estágios foram apresentados à consultora pela CGSG como uma hipótese a ser testada na avaliação do estado da arte dos bens registrados” (VIANNA, 2014). Essas fases se justificam porque cada processo de Registro e sua salvaguarda tem desenvolvimento à luz das peculiaridades dos contextos socioculturais de cada um deles, observadas as diretrizes e linhas de ação adotadas e que se aperfeiçoam a partir de constante avaliação, reavaliação e monitoramento da política.

A Consultora do DPI identifica as fases em que se encontram os bens registrados:

> Sendo que se verifica que apenas três processos estão no estágio *de estabilização*: Arte Kusiwa e Samba de Roda e Matrizes do Samba no Rio de Janeiro. Ofício de Baiana de Acarajé, Jongo no Sudeste, Modo de Fazer Viola de Cocho, Modo de Fazer o Queijo de Minas, Lugares Sagrados da Cacheira de Iauaretê, Tambor de Crioula; Feira de Caruaru e Frevo podem ser considerados no estágio de *consolidação*, isto é, quando já se desenvolveu meios para a política participativa e já se implementou algumas ações consequentes . E os demais processos de salvaguarda se encontram no estágio de *implementação*, em diferentes etapas (não iniciada, em processo ou em finalização). (VIANNA, 2014)

A tabela feita pelo DPI ilustra os estágios em que se encontram a salvaguarda dos bens registrados:

***Bem registrado**	**Salvaguarda pós-registro**	**Gestão do Pontão/Plano de Salvaguarda**	**Comitê Gestor**	**Andamento da avaliação**	**SE Envolvida**
Ofício das Paneleiras de Goiabeiras – ES	Ações pontuais	----------	----------	Precisa fazer trabalho de campo para complementar avaliação preliminar	ES
Arte Kusiwa – Pintura Corporal e Arte Gráfica Wajãpi - AP	Plano de Salvaguarda formalizado e em implementação - Estabilização	ONG	formado	Atualizar avaliação e monitoramento	AP
Círio de Nossa Senhora de Nazaré - PA	Ações integradas	Governo de Estado	----------	Precisa fazer trabalho de campo para complementar avaliação preliminar	PA

Samba de Roda do Recôncavo Baiano - BA	Plano de Salvaguarda formalizado e em implementação - Estabilização	Associação de detentores do saber registrado	formado	Atualizar avaliação e monitoramento	BA
Jongo no Sudeste MG,RJSP ES	Plano de Salvaguarda formalizado e em implementação	Universidade Federal	formado	Atualizar avaliação e monitoramento	MG, RJ, SP e ES
Viola de Cocho –MS e MT	Planos de Salvaguarda em processo de elaboração	Governo de Estado e Municipal	Em formação em MT; formado em MS	Atualizar avaliação e monitoramento	MS e MT
Ofício das Baianas de Acarajé -BA	Ações integradas e Plano de Salvaguarda em processo de elaboração	Associação de detentores do saber registrado	Em formação	Atualizar avaliação e monitoramento	BA
Cachoeira de Iauaretê – Lugar Sagrado dos povos indígenas dos rios Uaupés e Papuri -AM	Plano de Salvaguarda em processo de elaboração	Associação de detentores do saber registrado	Em formação	Atualizar avaliação e monitoramento	AM
Feira de Caruaru -PE	Plano de Salvaguarda em processo de elaboração - Consolidação	Governo de Estado	Em formação	Fazer trabalho de campo e quadro sinótico do passivo no sentido de complementar avaliação preliminar	PE
Frevo -PE	Plano de Salvaguarda em processo de elaboração - Consolidação	1º convênio em 2012 com prefeitura municipal de Recife	Em formação	Iniciar avaliação e monitoramento	PE
Matrizes do Samba no Rio de Janeiro: partido alto, samba de terreiro e samba-enredo – RJ	Ações integradas - Estabilização	Ong de detentores do saber registrado	Em formação	Fazer trabalho de campo e quadro sinótico do passivo no sentido de complementar avaliação preliminar	RJ
Tambor de Crioula - MA	Plano de Salvaguarda – formalizado e em implementação	1º convênio em 2012 com Governo de Estado	Formado	Iniciar avaliação e monitoramento	MA
Modo Artesanal de Fazer Queijo de Minas nas regiões do Serro, da serra da Canastra e Salitre/Alto	Plano de Salvaguarda em processo de elaboração	----------	Em formação	Iniciar avaliação e monitoramento	MG

Paranaíba - MG					
Ofício dos Mestres de Capoeira Roda de Capoeira	Plano de Salvaguarda em processo de elaboração	Termo de Parceria com OSCIP para apoio na formulação do Pró-Capoeira	Em formação	Iniciar avaliação e monitoramento	TODAS
Modo de Fazer Renda Irlandesa, tendo como referência este ofício em Divina Pastora/SE	Plano de Salvaguarda – formalizado e em implementação	----------	Em formação	Iniciar avaliação e monitoramento	SE
Ofício de Sineiro - MG Toque dos Sinos - MG	Plano de Salvaguarda em processo de elaboração	----------	Em formação	Iniciar avaliação e monitoramento	MG
Festa de Sant Anna de Caicó	Plano de Salvaguarda em processo de elaboração	----------	Em formação	Iniciar avaliação e monitoramento	RN
Festa do Divino Espírito Santo de Pirenópolis - GO	----------	----------	----------	Iniciar avaliação e monitoramento	GO
Sistemas agrícolas do Alto Rio Negro - AM	Plano de Salvaguarda em processo de elaboração	----------	Em formação	Iniciar avaliação e monitoramento	AM
Ritual Yaoka - MT	----------	----------	Em formação	Iniciar avaliação e monitoramento	MT
Sistema Cultural do Bumba Meu Boi - MA	----------	----------	---------	Iniciar avaliação e monitoramento	MA
Bonecas Karajás	----------	----------	---------	Iniciar avaliação e monitoramento	GO e TO
Tava, Lugar de Referência para o Povo Guarani	----------	----------	---------	Iniciar avaliação e monitoramento	RS
Maracatu Nação, Maracatu Rural e Caval o-Marinho	----------	----------	----------	Iniciar avaliação e monitoramento	PE

Desde a solicitação de Registro de muitos desses bens culturais há uma explícita convicção ou expectativa de muitas comunidades na produção de efeitos jurídicos do Registro, o qual é invocado, muitas vezes, a fim de resolver problemáticas vivenciadas no

âmbito das práticas culturais coletivas. Essa expectativa não se ancora, como se percebe em alguns pedidos como aqueles oriundos dos índios Wajãpi, dos detentores e produtores da Viola de Cocho, Baianas de Acarajé, Paneleiras de Goiabeiras, dos índios Enawene Nawe, dentre outros, no desejo puro e simples de o Estado identificar, reconhecer e valorizar aquele patrimônio cultural imaterial.

Busca-se mais, e isso está expresso em muitos dos pedidos, dentre alguns que serão analisados no próximo Capítulo. Pretende-se encontrar no Registro um instrumento que dê conta de proteger efetivamente os bens culturais registrados contra ações e medidas praticadas por terceiros, dentre os quais se destacam não somente particulares, pessoas físicas e jurídicas de direito privado, mas ainda pelo próprio Estado, por seus múltiplos órgãos da Administração direta e indireta e pelos entes federativos, União, Estados e Municípios.

O desafio da Salvaguarda é grande, os horizontes e desdobramentos são gigantescos, as proporções amplas. A fim de que se possa dimensionar, correta e serenamente, a mudança de perspectiva no campo jurídico, que está sendo tratada e será reforçada mais adiante, imprescindível a compreensão de que tal mudança não é mero resultado do ativismo de legisladores ordinários. “A antecedê-la, uma relação circular entre movimentos reivindicatórios, elaboração teórica e alterações legislativas, de início tímidos, que se vão reforçando mutuamente, até se chegar ao ponto que chegamos”. (PEREIRA, 2006)

4.3.3 A busca pela eficácia jurídica do Registro

Crença, fé, expectativas, estes são os sentimentos que fazem parte da vida de muitas comunidades e povos tradicionais, grupos e sujeitos que têm nas suas práticas culturais e simbólicas, expressões, celebrações e lugares um sentido para a existência. Motivados por essa fé é que muitos deles buscam no Estado o amparo e até o socorro necessário frente às constantes atribulações a que estão sujeitos na sociedade pós-moderna.

A todo tempo, dada a condição de vulnerabilidade social e hipossuficiência jurídica a que muitas comunidades estão sujeitas, conhecimentos e saberes são manipulados, apropriados e explorados indevidamente; imagens são expostas à revelia dos indivíduos e grupos; elementos da natureza, essenciais à vida e às celebrações e formas de expressão, são

levados à diminuição e até extinção; objetos sagrados são migrados para espaços que não são de origem; componentes da natureza são reduzidos à condição de matéria-prima de valor meramente econômico; obras de arte são rebaixados a mero produto de mercado; processos de gentrificação expulsam grupos tradicionais de lugares sagrados.

A atual conjuntura vem apontando uma série de ações destrutivas, ataques e retrocessos, tanto por parte de particulares quanto do próprio Estado, violando direitos fundamentais- culturais e ambientais, especialmente com relação a comunidades tradicionais. A recente aprovação do Código Florestal, a nova Lei de Acesso ao Patrimônio Genético e diversos projetos de lei, propostas de emenda constitucionais, como, por exemplo, a que transfere ao Congresso Nacional a aprovação e demarcação de terras indígenas e quilombolas, dentre outras, são demonstrações desses ataques.

A busca pela eficácia jurídica do Registro aparece exatamente como clamor de muitas comunidades que têm parcela dos seus direitos culturais vilipendiados. Não se desconhece a onda de ataques a direitos fundamentais e, por isso, é que se suscita do Estado uma posição mais efetiva no sentido de proteção, em maior grau, aos bens registrados e a direitos que lhes são conexos.

Como se pode observar, mais dez anos se passaram, após o advento da CF/88, até que se pressionasse o Estado no sentido de regulamentar instrumentos constitucionais e se formular políticas públicas, o que resultou, passados mais dois anos, na edição do DP 3551/2000. As políticas se fizeram iniciadas e, como se esperava, ante todo um longo contexto de negação de direitos e oportunidades a tantos grupos, os primeiros pedidos de Registro direcionados ao IPHAN, da arte Kusiwa dos Índios Wajãpi do Amapá e das Paneleiras de Goiabeiras, já se fundamentavam na forte crença e convicção de que o novo instrumento jurídico se constituía, de fato e de direito, num caminho para o enfrentamento, legitimação e efetiva conquista de direitos culturais.

Dentro da Autarquia, a reprodução de um discurso construído durante o GTPI, que, como se observou, tem as suas razões, sobretudo fulcradas nas orientações jurídicas à época. Esse discurso tomou foro de verdade e o Direito não tratou de aperfeiçoá-lo. Houve avanços significativos em diversas áreas dos direitos culturais, inclusive com o maior reconhecimento, pela doutrina e jurisprudência, dos efeitos jurídicos produzidos pelos Inventários, os quais não foram objeto de nenhuma regulamentação em nível infraconstitucional até o momento.

No campo do patrimônio imaterial, concentram-se as discussões amplamente em torno da propriedade intelectual e direitos autorais e à inexistência de legislação no Brasil que desse

conta dessa propriedade coletiva, como se estes fossem os únicos “problemas” que perpassariam o universo do Registro de bens culturais imateriais e da sua salvaguarda.

Ainda que o objetivo inicial tenha sido a construção de um instrumento de identificação, reconhecimento e valorização do PCI, a necessidade de uma eficácia maior do Registro e consequente alargamento da competência do IPHAN é algo real, estava presente na Constituinte de 1988 e foi, cada vez mais, aumentada no seio das comunidades detentoras e produtoras.

Não se pode olvidar que, num País rico em cultura como o Brasil, o patrimônio cultural ganha significativo conteúdo econômico, passando a ser visto sob a ótica da monetarização das expressões, dos modos de fazer/saber, lugares, entre outros, o que exige a imediata atenção do Poder Público no sentido de fomentar e criar um ambiente legal que busque a preservação do patrimônio cultural intangível de maneira adequada e favorável à sua autoafirmação perante as intervenções e utilizações indevidas por parte tanto do próprio Estado quanto de terceiros.

Como assinala Dianovsky (2013, p. 14):

> A maior parte das questões levantadas para as ações de salvaguarda desses bens culturais se refere aos impactos do capitalismo e da inserção desses produtos e manifestações culturais de caráter tradicional no mercado de consumo. A “Arte Kusiwa: pintura corporal e arte gráfica Wajãpi” enfrenta diversos problemas devido ao uso indevido do grafismo como logo de empresa ou até mesmo sendo comercializado em larga escala como papel de parede por designer famoso. Para o povo Wajãpi, os grafismos pertencem aos espíritos e os índios são apenas seus guardiões. Assim, permitir a circulação do seu *mana* fora da terra indígena significa não cumprir suas tarefas como guardião e colocar em risco todo o povo Wajãpi.
> Na verdade, as questões entre mercado e cultura popular (ou patrimônio cultural imaterial, dentro da chave conceitual que estou trabalhando aqui) envolvem diversas áreas de atuação, como turismo, mercado cultural, propriedade intelectual, mercado de bens de consumo, etc. De todo modo, existe grande recorrência da temática do mercado – colocada muitas vezes de forma problemática pelos grupos sociais envolvidos – e a baixa capacidade responsiva que vejo no Iphan me levaram a perceber a necessidade de aprofundar esse debate.

Ciente desses novos desafios, o próprio IPHAN, em que pese sustentar um discurso de certa ineficácia jurídica do Registro, trouxe duas diretrizes da Política de Fomento do PNPI que, sem dúvida, despertaram em muitas comunidades a crença no instrumento. São elas:

> - Implementar mecanismos para a efetiva proteção de bens culturais em situação de risco.
> - Respeitar e proteger direitos difusos ou coletivos relativos à preservação e ao uso do patrimônio cultural imaterial. (IPHAN, PNPI, 2012)

Imbuídos dessa “fé” no Registro e da certeza de ter conquistado o direito constitucional à proteção ao patrimônio cultural imaterial, grupos, comunidades, bases sociais, sujeitos, afirmam essa convicção e solicitam o Registro com o firme propósito de alcançar a efetividade de muitos dos seus direitos culturais, como enfatiza Vianna (2011, p. 87):

> [...] alguns grupos e segmentos sociais têm expectativas nesse sentido; como os Wajãpi que esperavam que o registro fosse um instrumento de proteção da propriedade intelectual, por si; e instrumento bastante para que o governo do estado do Amapá passasse a dar a devida atenção a suas demandas. Ou as baianas, que têm expectativa de que o registro garanta e proteja o exercício do ofício. Ou as paneleiras de Goiabeiras que estão envolvidas com processo de registro de indicação geográfica para as panelas pretas, sem que a questão da matéria prima esteja resolvida. Ou no caso da viola-de-cocho, no qual o registro foi um recurso para legitimar uma espécie de titularidade coletiva sobre os saberes associados em função de ameaça no campo da propriedade intelectual, um registro de marca, por um lado; e por outro também, esse registro foi objeto de contestação de segmento social em função de entendimento equivocado de que se estava atribuindo um certificado de origem, ou indicação geográfica- da qual as fronteiras de ocorrência estavam sendo criticadas.

Não apenas grupos e comunidades detentoras e produtoras das práticas e saberes registrados, mas segmentos sociais e governamentais, a exemplo do Ministério Público, manifestam a crença no instrumento do Registro, como se verá no próximo Capítulo, e, muitas vezes, recorrem a ele no sentido de que proteja efetivamente os bens salvaguardados, citando-se como exemplo as paneleiras de Goiabeiras, os índios Wajãpi, as baianas de acarajé, os índios da Comunidade Enawene Nawe, aqueles que solicitaram o Registro da Cachoeira de Iauaretê, e também os detentores do modo de fazer a viola de cocho.

O fato é que questões surgem, cotidianamente, envolvendo os bens registrados e temáticas de direitos e propriedade intelectual (Wajãpi), indicação geográfica, propriedade e posse (Paneleiras), repatriação de acervos (Sambadores do Recôncavo e Cachoeira de Iauaretê), destruição de elementos sagrados (Cachoeira de Iauaretê), alteração dos modos tradicionais de comercializar produtos e supressão do direito de ocupar certos espaços (Baianas de Acarajé), entre outras, reclamando da doutrina jurídica maior atenção, notadamente porque envolvem demandas relacionadas a direitos difusos, com nítido interesse social e público, objeto, portanto, de especial proteção pela Constituição. A responsabilidade do Estado aumenta após o Registro, porque o reconhecimento naturalmente confere visibilidade ampla ao bem e desperta o interesse escuso de terceiros, que objetivam se apropriar dos saberes, fazeres, conhecimentos, formas de expressão, lugares, imagens, artefatos, alguns deles pertencentes a comunidades tradicionais.

A “Avaliação Preliminar da Política de Salvaguarda de Bens Registrados: 2001-2010” questiona se não é chegado o momento de repensar a figura do Registro como mecanismo garantidor de direitos:

> [...] os casos vão se acumulando e podemos ver as nuances e diversidades de problemáticas que a questão do direito suscita. E talvez reacender o debate sobre se, de fato, o registro não deva gerar algum tipo de direito ou garantia. Os casos de repatriação de acervos são bons para pensar sobre isso. Vemos, por um lado um caso bem sucedido desencadeado pelo processo de patrimonialização da Cachoeira de Iauaretê, que não precisou ser resolvido juridicamente, de repatriação de acervo.
> Não se pode prever todas as questões e demandas no âmbito dos direitos coletivos que possam aparecer, tendo em vista as dinâmicas sócio-culturais. Mas talvez seja saudável o questionamento sobre a inabalável convicção de que o registro não deva criar direitos. Nesse sentido o tema da criação de um direito de acesso aos detentores aos documentos e acervos constituídos com suas expressões culturais aparece como merecedor de pelo menos uma apreciação mais cuidadosa. (IPHAN, 2011, p.89)

A crença manifestada pelos produtores e detentores quanto à eficácia do Registro, a partir da análise de alguns pedidos de tutela encaminhados ao IPHAN, não é no sentido de criação de obrigações de fazer e não fazer para a própria comunidade, como se pensava e se temia quando da atuação do GTPI. E por uma razão simples: assim como se defendia àquela época, trabalhar com a dimensão imaterial do patrimônio cultural, cujo suporte é a pessoa humana, que deve expressar a sua vontade livre e desembaraçada, é compreender que não sae pode pensar na produção de efeitos do Registro nos mesmos moldes que o Tombamento, sobre os detentores e produtores, no sentido de obrigá-los a transmitir seus conhecimentos e saberes, exercer práticas culturais, promover os rituais e festividades, etc, e quando couber, será somente para fins de obediência ao compromisso firmado perante o Estado de manter certos aspectos da prática que eles próprios apontaram, espontaneamente, como relevantes e que se colocaram dispostos a dar continuidade, a partir, sempre, de um diálogo aberto.

Segundo ressaltado na Avaliação Preliminar da Política de Salvaguarda de Bens Registrados: 2001-2010:

> É claro que o diálogo com o Estado com as bases sociais é bastante complexo e problemático; e flui dificultosamente em um tempo lento, com imensos vácuos e descontinuidades entre a intenção, o dito, o escutado e o feito. E quando as situações se apresentam e as demandas chegam ao Iphan como no caso da fábrica de cosmético e os Wajãpi; baianas se sentindo discriminadas e desrespeitadas nas cidades do país; Sebrae se propondo a fazer registro de IG (Identificação Geográfica) para os bens registrados – explica-se o limite de atuação da instituição e faz-se a mediação necessária no sentido de encaminhar as questões. (IPHAN, 2011, p. 88-89)

Nos documentos do GTPI, inclusive naqueles publicados pelo IPHAN, bem como em alguns textos de intelectuais do campo do patrimônio, muitos das Ciências Sociais e constantes das Referências deste trabalho, como Cecília Londres, Letícia Vianna, entre outros, a não compreensão sobre a possibilidade de o Registro produzir efeitos foi bastante difundida e, considerando a autoridade de algumas fontes, essa ideia foi amplamente disseminada e aceita. Não há dúvida de que as Ciências Sociais cumpriram bem a sua função e somente reproduziram o pensamento jurídico predominante.

Vianna (2006, p.22-24) enfatiza que:

> Por si os instrumentos inventário e registro não bastam para garantir proteção ao patrimônio imaterial – o primeiro tem enorme potencial para gerar conhecimento sobre os bens culturais e sobre as demandas da sociedade; o segundo é o reconhecimento público por parte do Estado, do valor patrimonial de um bem cultural; contudo, para organizar o atendimento da demanda sobre o patrimônio imaterial, faz-se necessário o desenvolvimento do direito positivo suplementar ao já desenvolvido para o patrimônio material. [...]
> Constata-se, portanto, a necessidade de um enfrentamento enfático relativo à formulação de código que dê conta da "natureza imaterial" do bem cultural- um esforço significativo de integração entre diferentes instâncias da sociedade com o parlamento, no sentido de criar um código jurídico para o patrimônio cultural imaterial que atenda a demanda interna e internacional. [...]

Na prática, o que ocorreu é que o IPHAN foi chamado a atuar em muitas daquelas situações acima evidenciadas, e assim o fez. Em alguns momentos, como se observará oportunamente, a Autarquia se fez presente ao lado das comunidades a fim de buscar a resolução de conflitos e tensões vivenciadas no âmbito dos bens registrados. As vezes que o IPHAN foi instado e que realmente se posicionou a favor da concretização maior dos efeitos jurídicos do Registro, em variadas situações, houve êxito, conquistas.

Em alguns casos específicos, como a salvaguarda do ritual Yaokwa da comunidade indígena Enawene Nawe, a dificuldade de produção de efeitos do Registro é real porque o processo de patrimonialização ocorreu justamente para tentar resolver problemáticas ocasionadas por terceiros – construção de usinas e consequente contaminação dos rios e matança de peixes, elementos essenciais à realização do ritual, que já assolavam a prática cultural antes mesmo do Registro. Vale dizer, a continuidade do ritual estava prejudicada de forma preexistente ao Registro, sendo que este foi invocado, inclusive, como instrumento de resolução do impasse, o que, por certo, dificulta uma maior produção dos seus efeitos garantidores.

Tendo em vista o alcance já produzido pelos efeitos jurídicos do Registro e das proporções que esse reconhecimento e ampliação podem alcançar, a atual preocupação do IPHAN é no sentido de tornar claros os limites de sua atuação frente à salvaguarda dos bens registrados, tanto perante os detentores quanto os organismos, instituições parceiras e sociedade. “Isto é, que seja bem explicitado o escopo e alcance da política de salvaguarda para os bens culturais Registrados como patrimônio imaterial”. (VIANNA, 2014)

Vianna (2014) explicita que o IPHAN evoluiu no sentido de reconhecer a força jurídica do Registro através da criação de vínculo entre comunidade e Estado, a partir da prática do contexto da salvaguarda, realidade/possibilidade que não são apenas de conhecimento, mas de legitimação pela Procuradoria Federal no órgão, apontando, por fim, para a relevância das pesquisas já realizadas por este mestrando:

> Como se sabe, nos primeiros anos da política de salvaguarda para bens Registrados existiam questões não muito claras sobre os alcances jurídicos do ato do Registro; como por exemplo se o Registro criava, de fato, vínculo jurídico entre o Estado e os detentores, e qual seria a natureza deste vínculo. Por um tempo advogava-se que o Registro era um mero ato declaratório de valor cultural – que não gerava nenhum vínculo necessariamente; mas poderia ser peça importante de jurisprudência em causas de defesas de direitos dos detentores. Como se o Iphan fosse, com o Registro, uma instituição parceira dos detentores na garantia de seus direitos coletivos. Entretanto a problemática foi se desenvolvendo e já em 2010, com o Termo de Referência divulgado, observa-se que há uma espécie de “ensaio” para a explicitação da criação de um vínculo efetivo entre o Estado e os detentores com o ato do Registro. Essa direção de entendimento foi sendo construída com a realidade do campo da política de salvaguarda e corroborada pelo Procurador. (há um mestrando do PEP na coordenação estudando este assunto – o que tem sido de valiosa colaboração à reflexão da equipe)

Há, em realidade, um desejo comunitário de que o Registro produza efeitos perante terceiros que, eventualmente, ameacem, queiram se apropriar ou de fato se apropriem indevidamente de conhecimentos, objetos, artefatos, imagens, saberes, lugares, etc, consagrados como patrimônio cultural do Brasil. Esse sentimento tem chegado ao IPHAN. Perante o Estado, esses efeitos já são produzidos na prática mediante a formulação e execução de políticas públicas e planos, recomendações e ações de salvaguarda que ganham lugar de destaque no campo do patrimônio cultural nacional e também internacional. Resta, tão-somente, lançar mão do manancial de atos administrativos e instrumentos processuais de tutela coletiva que potencializem mais os efeitos do Registro, como será apontado em outro Capítulo.

Acerca do importante papel da Administração Pública na defesa do patrimônio cultural imaterial, ressalta a Subprocuradora-Geral da República:

> No plano da legislação não há, a rigor, necessidade de muitas leis para a proteção do patrimônio cultural. O que é indispensável, na verdade, são ações no plano da Administração Pública em todos os níveis. Isto é, no processo de decisão do administrador público, federal, estadual e municipal, devem estar presentes considerações relativas aos bens de natureza material e imaterial que constituem o patrimônio cultural brasileiro. (CASTILHO 1993, p.101)

No mesmo texto, que foi escrito em período anterior ao DP 3551/2000, a aludida integrante do *Parquet* Federal afirma que "o legalismo goza de muita autoridade entre nós. Refiro-me aqui à necessidade psicológica de que todos os procedimentos sejam regulados por norma escrita, de que os bens protegidos sejam identificados através de uma lei".

As primeiras ações administrativas em torno da potencialização dos efeitos jurídicos do Registro, para além dos estudos de caso apresentados no último capítulo, já constam oficialmente como eixos de ação para a salvaguarda de bens culturais registrados, os quais serão combinados e articulados durante o Plano de Salvaguarda, desenvolvidos pela CGSG/DPI/IPHAN.

Estes eixos tornaram-se "Tipologias de ações de salvaguarda e variáveis para o monitoramento", segundo consta do Sexto Produto – "Documento técnico contendo avaliação da política de salvaguarda para bens Registrados (biênio-2010-2012) e as perspectivas e diretrizes para os próximos quatro anos", de março de 2014, desenvolvido pela Consultora Letícia Vianna.

Dentre essas tipologias, a efetivação de direitos decorrentes do Registro ganhou o seu lugar de fala, tanto no sentido de conferir atenção à propriedade intelectual dos saberes e direitos coletivos, quanto pela necessidade/obrigatoriedade de adoção de medidas administrativas e/ou judiciais de proteção aos bens registrados em caso de ameaça ou dano, o que significa grande avanço. Assim se reporta o texto institucional:

> **Tipo 11**
> Atenção à propriedade intelectual dos saberes e direitos coletivos. - ações de apoio, esclarecimento e mediação institucional de modo a salvaguardar direitos de propriedade intelectual dos saberes associados aos bens Registrados.
> **Produtos:** acordos extrajudiciais; registros (ou embargos) de Indicação geográfica ou certificado de origem. Processos judiciais
> **Resultados esperados:** Direitos coletivos garantidos; propriedade intelectual assegurada; acordos consensuais firmados e executados.
> **Possíveis vulnerabilidades:** Conflitos de interesses exacerbados e falta de consenso; assuntos e situações que extrapolam a competência do Iphan para a

> solução; dificuldades e morosidade nas tramitações jurídicas. Imponderáveis da vida cotidiana
> ***Informações relevantes a serem levantadas:*** Recursos financeiros e humanos empregados, tempo de execução, agente da execução, meio de execução, justificativa inicial da necessidade da ação, parceiros para execução Quantificação e qualificação da representatividade de segmentos de detentores e parceiros efetivamente mobilizados Quantificação e qualificação de problemática abordada; quantificação e qualificação de instituições envolvidas; público atingido; abrangência geográfica e institucional da ação...
> ***Fontes de informação para monitoramento:*** Processos administrativos; relatórios; questionários ad hoc... Acordos extrajudiciais; registros (ou embargos) de Indicação geográfica ou certificado de origem. Processos judiciais
>
> **Tipo 15**
> Medidas Administrativas e\ou Judiciais de proteção em caso de ameaça ao bem cultural Registrado.
> Ações de mediação institucional de cunho administrativo e judicial, implementadas para situações excepcionais e complexas relativas aos bens Registrados em estado de risco iminente. Exigem a comunhão de esforços das instâncias dos poderes públicos e sociedade civil.
> ***Produtos*****:** Atas de reuniões; grupos de trabalho ou colegiados formados por instâncias dos Estados e demais interessados; notificações ou recomendações por ofício; notificações judiciais; termos de ajuste de conduta; audiências públicas; representação ao Ministério Público...
> ***Resultados esperados*****:** Solicitações de reversão da situação de risco iminente atendidas; reversão de problemas que levam ao risco…
> ***Vulnerabilidade***: Não sensibilização das instâncias institucionais; falta de interesse comum; problemática de fundo estrutural e insolúvel. Imponderáveis da vida cotidiana
> ***Informações relevantes a serem levantadas:*** Recurso financeiros e humanos empregado, tempo de execução, agente da execução, meio de execução, justificativa inicial da necessidade da ação, parceiros para execução .Quantificação e qualificação da representatividade de segmentos de detentores e parceiros efetivamente mobilizados; andamento da interlocução e mobilização de interlocutores ; andamento e encaminhamento da questão.
> ***Fontes de informação para monitoramento:*** processos administrativos, processos judiciais, relatórios, atas; termos de ajuste de conduta; correspondência oficial; relatórios… (VIANNA, 2014, grifos do autor)

Esses documentos significam um considerável avanço na concepção do IPHAN acerca da eficácia jurídica do Registro, ainda que correntes positivistas, presas aos ditames da legalidade estrita, eventualmente se posicionem em sentido contrário. É reflexo, por certo, do dirigismo constitucional sobre as políticas públicas, demonstrando "a atualidade e o progressivo vigor vicejante da Constituição brasileira de 1988, em plena jovialidade, distanciando-se cada vez mais dos arautos do apocalipse que apregoavam a sua condição de moribunda". (DANTAS, 2008)

Em outras eras, poder-se-ia afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro não encontraria resposta a qualquer situação que não estivesse delineada na lei, de modo que qualquer violação em face do patrimônio imaterial não teria amparo nem do Estado

Administrador nem do Estado-Juiz. A inexistência de legislação retirava a possibilidade da promoção da justiça e do Direito. Este era, e ainda é em certa medida, o ordenamento jurídico brasileiro, arraigado nas tradições positivistas de culto à lei, cujo império se estendeu durante muitos anos da história. A aplicação do Direito se pautava unicamente no sistema normativo que vigia em um dado momento, de modo que o jurista concebia a lei como único instrumento apto a legitimar a promoção do Direito.

O Estado Sociocultural brasileiro, do decorrer de décadas, não produziu os efeitos redistributivos e emancipatórios almejados, muitas vezes por falta de vontade política, crises institucionais, desencantamento do processo político-decisório, eleição de prioridades de governo em detrimento de prioridades constitucionais. Diante disso é que as aspirações mais relevantes da comunidade política passaram a integrar o Texto Constitucional, vinculando órgãos e pessoas ao cumprimento de políticas públicas.

Segundo Dantas (2008):

> [...] a constitucionalização da política pela Constituição Federal de 1988 se manifesta pela existência daqueles elementos, agregados aos objetivos e aos princípios fundamentais, cuja compreensão/interpretação/aplicação sistemática com os direitos fundamentais conduz à existência de imposições constitucionais, abstratas e concretas, de transformação da realidade para redução das desigualdades sociais e regionais, erradicação da pobreza e da marginalização para construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O caráter dirigente da Constituição de 1988 não é resultado apenas do conjunto de objetivos fundamentais, mas da previsão de direitos fundamentais, de forma global, que atribui, então, ao Estado uma imposição constitucional de realização máxima desses direitos. Sunstein e Holmes (1999) afirmam o caráter positivo dos direitos fundamentais, demonstrando que as liberdades e propriedades impõem ao Poder Público a adoção de ações que se destinam a proteger essas liberdades e propriedades de danos por terceiros.

Esse caráter positivo, cabe recordar porque já tratado em item relativo a direitos fundamentais, parte da teoria que aponta a dupla eficácia dos direitos fundamentais: uma positiva e outra negativa. Esta aborda os deveres de respeito e preservação da autonomia privada, que demandam condutas baseadas em “não fazer”, as chamadas ações omissivas; da positiva se extraem quatro deveres fundamentais: de proteção, organização e processo, de promoção e de satisfação. (DANTAS, 2008)

Em síntese, pode-se dizer que os deveres de proteção “exigem do Poder Público medidas, usualmente normativas, que tutelem bens jurídicos em face da possível lesão por

parte de outros indivíduos, grupos ou pessoas em geral, como, verbi gratia, o direito penal e a responsabilidade civil"; os de organização e processo resultam na obrigação do Estado criar órgãos e vias dialógicas que possibilitem a tutela garantista dos direitos fundamentais que tenham sido lesados; os deveres de promoção impõem ao Poder Público adotar ações de estímulo, apoio e fomento para o acesso a determinado direito fundamental, como se dá, por exemplo, com o PNPI; os deveres de satisfação, por sua vez, implicam num comportamento material concreto do Poder Público "em favor do titular de determinado direito no sentido de prover o bem da vida a que se refere", a exemplo do que ocorre com a educação, saúde, cultura, mediante prestação de serviços gratuitos pelo Estado. (DANTAS, 2008)

No plano infraconstitucional, a efetividade maior do Registro depende da conjugação das diversas normativas existentes, no plano nacional e internacional, instrumentos de tutela administrativa e judicial. A Subprocuradora Regional da República, Pereira (2006), afirma que os novos paradigmas a partir da promulgação da Carta de 1988 trazem desafios:

> O primeiro deles diz com a aplicação do direito infraconstitucional a esses grupos e seus indivíduos. É fato que o direito preexistente à Constituição de 1988 não os contemplou; a contrário, sequer se apresentavam como sujeitos em face dele.
> Todavia, o direito internacional e várias convenções já incorporadas ao nosso ordenamento jurídico asseguram aos membros desses povos o gozo dos direitos que a legislação nacional outorga aos demais membros da população. Aplicar esse direito, tour court, sem levar em conta as suas especificidades, seria perpetuar o quadro de exclusão e lançar por terra as conquistas constitucionais. [...]
> Assim, é preciso que se considere que (I) todo esse acervo jurídico existente pode e deve ser mobilizado para assegurar o exercício pleno e imediato de direitos étnicos e culturais; (2) há que se eleger o instrumento de mais ampla e rápida eficácia e adaptá-lo às especificidades desses direitos; e (3) a aplicação do direito nacional, em demandas que envolvem esses grupos e/ou seus membros, requer leitura que leve em conta as suas diferenças.

Mais adiante, a mencionada integrante do Ministério Público Federal afirma que deixar comunidades e povos:

> à margem do direito à espera de elaboração de leis que os contemplem especificamente é um desatino. Não é demais lembrar que direitos culturais e étnicos, porque indissociáveis do princípio da dignidade humana, têm o status de direito fundamental. São, portanto, de aplicação imediata. (PEREIRA, 2006)

A partir dessas reflexões, esta pesquisa almeja reavaliar o entendimento até então sedimentado sobre a ineficácia do Registro como instrumento de proteção à face imaterial do patrimônio cultural, posicionamento que vem impedindo a efetivação de garantias e direitos aos produtores e detentores de bens culturais registrados, os quais creem, veementemente, na

sua eficácia e buscam amparo do Estado em situações especiais de afronta a direitos culturais relativos à continuidade dos bens registrados.

No decorrer dessas quase duas décadas de oficialização do Registro, empresas privadas, entes federativos,- União, município e estados, autarquias e fundações, organismo internacional, todos eles entraram ou ameaçaram entrar, por ação ou omissão, em choque com políticas públicas de proteção aos bens registrados, atingindo, muitas vezes, as práticas culturais, os lugares sagrados, os saberes e conhecimentos, as celebrações e formas de expressão. Foram formas das mais diversas, que demandaram a ação do IPHAN e de outras esferas de poder, em situações em que as próprias comunidades recorreram a essa Autarquia na certeza de que ela é o ente mais legitimado à potencialização de direitos culturais.

Muitos desses atos, comissivos ou omissivos, de ameaça ou efetivo dano prejudicam as comunidades e podem inviabilizar a continuidade do exercício de transmissão e reprodução de saberes, tradições, costumes, práticas, lugares, bens associados, lesando, enfim, direitos culturais de muitas comunidades, como também desequilibrando a relação jurídica entre os sujeitos envolvidos. Por diversas vias e em diversos graus, atingem-se bens culturais registrados, ou seja, viola-se o núcleo básico da Constituição, o PCI, direito fundamental que é objeto de proteção expressa pela Lei Maior da Nação.

Ao Estado, a quem compete, por imperativo constitucional, não somente legislar sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (art. 24, VII), mas efetivamente “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos” (art. 23, III), cabe a missão, quase sacerdotal, de garantir a eficácia máxima do Registro, promovendo a abertura do Texto Constitucional para que as forças sociais participem do exercício do poder, por meio da construção do significado das normas já existentes.

CAPÍTULO 4

5. OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO IPHAN NA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

A atuação do IPHAN no campo do patrimônio imaterial tem sido referencial para diversos países que também se engajam nessa luta, travada grandemente por disputas e conflitos. O patrimônio, como representação da identidade, é uma seara de batalhas marcada pela dualidade "memória e esquecimento", "preservação e destruição", "crescimento e conservação", "identidade e diferença". Por isso, afirmava Lowenthal (1998, p. 234): "o conflito é endêmico ao patrimônio", e ainda Canclini (1994, p.100): o patrimônio é "espaço de disputa econômica, política e simbólica".

Denota-se, diante disso, que a tarefa do IPHAN é árdua. Um campo de conflitos, como é o patrimônio, exige ainda mais do órgão do Estado criado exclusivamente para promover a tutela e salvaguarda dos bens culturais do Brasil. Vai desde o difícil processo de seleção dos bens culturais mais representativos, envolvimento com os grupos, povos e comunidades em suas práticas culturais e simbólicas, identificação e diálogo com os órgãos também responsáveis pela preservação, salvaguarda, monitoramento e avaliação de bens registrados, até o desenvolvimento de referencial jurídico e legal à sua efetiva proteção.

Esta última atividade, de elaboração e execução da legislação de proteção ao patrimônio cultural, é bastante complexa. A lei e os demais atos infra legais são instrumentos basilares para as políticas públicas preservacionistas. Diante disso, o papel do IPHAN na defesa da dimensão imaterial do patrimônio cultural encontra ainda algumas dificuldades, porque tal categoria foi pensada, construída e objeto de tratamento legal recentemente, 1988-Constituição Federal, 2000, DP 3551/2000, e 2006 a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Imaterial, diversamente do que sucedeu com o horizonte material do patrimônio, que desde 1937, pelo DL 25/37, encontra ampla proteção estatal.

Em que pese a existência de lacunas e omissões, mas não ausência de normas para a promoção da tutela do patrimônio intangível como preferem crer alguns doutrinadores, as normas já existentes, se reconhecidas como de eficácia garantida e devidamente utilizadas pela Administração Pública, dão conta de efetivamente promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, como sempre objetivou o Texto Constitucional, arts. 215 e 216.

O dano ou a mera ameaça de dano ao patrimônio cultural, seja ao horizonte material ou imaterial, segundo o art. 216, § 4º, da CF/88, devem ser punidos na forma da lei. O legislador constituinte fixou neste artigo o princípio da prevenção de danos, no sentido de orientar a Administração Pública a adotar posturas diversas em defesa do patrimônio cultural antes mesmo da efetiva consumação do fato danoso, durante ou após a sua ocorrência. A simples iminência ou risco já autoriza o Poder Público a agir, e não de forma discricionária, mas vinculada. Vale dizer, não há margem de liberalidade na atuação estatal, que deve, prontamente, após ter ciência da ameaça ou da prática lesiva, adotar posturas imediatas, ainda que seja para conclamar outras instâncias de poder a somar esforços para a construção de entendimentos.

Como se disse oportunamente, na esfera do PCI, as normas até então existentes no ordenamento jurídico brasileiro são ainda recentes e carentes de densidade, dado o constante dinamismo e elasticidade dessa face do patrimônio, marcada pela novidade, maleabilidade, subjetividade e complexidade. Parte significativa do conteúdo material das normas relativas a esse horizonte do patrimônio está fixada na Constituição Federal (art. 215 e 216 e outros), no DP 3551/2000 (que tem formato de decreto, mas conteúdo material de lei) e pelo Decreto Legislativo Federal 22, promulgado pelo DP 5.753/2006, a conhecida Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, que tem status de lei ordinária e, diante disso, cria direitos, obrigações e vincula a ação do Poder Público, nele incluído diretamente o IPHAN e demais entes da Administração Pública direta e indireta e, ainda, particulares.

A normativa do patrimônio cultural material, DL 25/37, cuja previsibilidade de sanção ante o dano aos bens de cultura tombados é de menor subjetividade e complexidade,- reparação do bem, recomposição ao estado anterior, observância à ideia de originalidade e autenticidade predominante nas ações reparadoras, preservação de ambiência e entorno, obediência à volumetria, plano diretor, entre outros-, tem sua diferença das normas que regem o patrimônio imaterial, porque o suporte daquele é físico e comporta ações mais concretas e pontuais ao proprietário do bem que violou a norma, a terceiros ou ao próprio ente público pela omissão no dever de fiscalização e vigilância, por exemplo, ou mesmo por ação ao autorizar intervenções indevidas.

No universo do imaterial, a produção de efeitos do Registro não se efetiva no âmbito da comunidade detentora e produtora do bem cultural registrado, ao menos da mesma forma imperativa e restritiva como ocorre no Tombamento. Os efeitos são produzidos perante terceiros e em face do próprio Poder Público que identifica, reconhece e valoriza aquele patrimônio apontado pela comunidade como significativo e portador de referência cultural.

A comunidade que solicita e/ou anui ao Registro se compromete, formal e solenemente, a promover as ações possíveis à continuidade da prática cultural, assim como o Estado se torna responsável em envidar os necessários esforços no sentido de apoiar o bem cultural registrado, através de planos e ações de salvaguarda. Com o Registro, forma-se verdadeiro pacto entre as comunidades e o Estado, cada qual assumindo suas responsabilidades socioculturais e também jurídicas.

Em algumas questões, interessante ponderar, trata-se de matéria também relativa ao meio ambiente cultural, autorizando, pois, lançar mão de farto instrumental para a tutela penal do patrimônio cultural, com destaque na Lei 9.605/1998, a Lei de Crimes Ambientais.

A proteção ao patrimônio cultural pode se dar tanto quando houver ameaça quanto na hipótese de dano já ocorrido ou que está ocorrendo. Em todas essas hipóteses, cabíveis ações de natureza acautelatória, de cunho administrativo e judicial, que a legislação esparsa consagra ou até mesmo que o ordenamento jurídico autoriza na praxe administrativa e que devem ser apropriadas pelo IPHAN no tratamento jurídico conferido ao patrimônio intangível, inclusive como uma das ações de salvaguarda. É o que prenuncia acontecer, mediante implementação do Termo de Referência construído pelo DPI/IPHAN entre 2013 a 2014.

O Texto Constitucional, prevendo a ocorrência de situações excepcionais e complexas, as quais, por vezes, exigem a comunhão de esforços de diversos órgãos e pessoas, ações e

medidas, previu no seu art. 216, § 1º, 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.**

Diante disso, na hipótese de ocorrência de ameaça ou dano ao horizonte imaterial dos bens Registrados em nível federal, cabe ao IPHAN, como Autarquia Federal que goza de autonomia e independência, no exercício do seu poder de polícia e de forma vinculada, utilizar os mecanismos administrativos e judiciais disponíveis e possíveis à busca da melhor solução ao caso concreto, inclusive a cessação do dano e sua reparação, se for do interesse das comunidades, analisando-se, sempre, a situação real que lhe é posta e sempre ouvindo-se os interessados diretos, detentores e produtores.

A complexidade que envolve os bens registrados torna difícil prever as problemáticas que eventualmente ocorrerão no âmbito da salvaguarda. O que, por certo, contribuirá para delimitar os limites da responsabilidade do IPHAN é o recorte dado ao objeto do Registro, desde a fase de instrução, e que será analisado na construção do plano de salvaguarda. Nesse momento, imprescindível esclarecer junto às comunidades os possíveis instrumentos jurídicos disponibilizados ao IPHAN para a efetiva proteção do bem cultural registrado, a necessidade de provocação dos interessados e eventuais desdobramentos de ações.

E como se dá, então, os limites dessa atuação do IPHAN frente à transversalidade, intensa novidade, maleabilidade e complexidade das temáticas relativas aos bens registrados e sua salvaguarda?

Inicialmente, necessário mencionar que o fato de um bem cultural ser reconhecido como patrimônio cultural do Brasil não implica necessariamente na transformação deste em um bem público. Contudo, tanto na esfera pública quanto privada, os bens protegidos se submetem, após o ato administrativo- Título de Patrimônio Cultural Imaterial do Brasil- a um regime jurídico especial, componente de uma nova categoria de bens a que a doutrina identifica como **bens de interesse público e social.**

A partir da eleição dos bens mais representativos e significativos que integram o patrimônio cultural, esses passam a ser regidos por um regime jurídico especial, que se distancia um pouco tanto do regime de direito privado quanto do público, fundamentado pelo chamado “interesse público”.

Inspirado em literatura italiana, Silva (2007, p.83) aponta que:

> A doutrina vem procurando configurar outra categoria de bens – os bens de interesse público -, na qual se inserem os bens tanto pertencentes a entidades públicas como bens dos sujeitos privados subordinados a uma particular disciplina para a consecução de um fim público. **Ficam eles subordinados a um peculiar regime jurídico relativamente a seu gozo e disponibilidade e também a um particular regime de polícia, de intervenção e de tutela pública**. Essa disciplina condiciona a atividade e os negócios relativos a esses bens, sob várias modalidades, com dois objetivos: controlar-lhes a circulação jurídica ou controlar-lhes o uso – de onde as duas categorias de bens de interesse público: os de circulação controlada e os de uso controlado.

Ao ser categorizado como patrimônio cultural imaterial do Brasil pelo IPHAN, autarquia criada com a finalidade precípua de proteger os bens culturais patrimonializados, o bem registrado passa a ter natureza de bem de interesse público e social. A ação da União, desse modo, passa a ser vinculada no trato com o patrimônio cultural reconhecido como relevante para o Brasil, observando-se os limites de sua competência e a abertura dos grupos e comunidades.

A competência regimental do IPHAN está delimitada na Portaria 092/2012 e sedimentada no Texto Constitucional, corroborada com o DP 3551/2000, cujo teor abaixo se transcreve:

> Art. 2º O IPHAN tem como missão promover e coordenar o processo de preservação do patrimônio cultural brasileiro visando fortalecer identidades, **garantir o direito à memória** e contribuir para o desenvolvimento sócio-econômico (sic) do País.
>
> § 1º É finalidade do IPHAN **preservar, proteger, fiscalizar**, promover, estudar e pesquisar o patrimônio cultural brasileiro, **na acepção do art. 216 da Constituição Federal.** (grifos nossos)

Tal Portaria é fruto do exercício do poder regulamentar e é complementar à lei e para a sua fiel execução. Trata-se de prerrogativa, instrumento do Estado para perseguir o interesse público, que permite a edição de atos normativos, complementares à previsão legal, buscando a sua devida execução.

Atos normativos exemplificativos do exercício do poder regulamentar são os regulamentos, as portarias, instruções normativas, deliberações, resoluções e os regimentos.

Diante das normas existentes, o IPHAN, enquanto autarquia federal integrante da Administração Direta da União, exerce o seu poder nos limites previstos na legislação em vigor, devendo respeitar as regras de competência (autoridade competente) e atendendo à necessidade, adequação e proporcionalidade. Vale dizer, a medida deve ser necessária, adequada e proporcional, especialmente quando se tratar de poder de polícia. E o respeito à lei deve ocorrer, sob pena de responsabilização do agente pela ação ou omissão, ato ilegal (abuso

de poder) como, por exemplo, incorrendo nas sanções da Lei de Improbidade ou respondendo por crime ou infração administrativa. (CARVALHO FILHO, 1995)

Representantes do Ministério Público (Federal e Estaduais), do IPHAN, Unesco, Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente - Abrampa, Agência Goiana de Cultura Pedro Ludovico Teixeira - Agepel, Prefeitura Municipal de Goiânia, presentes no 1º Encontro Nacional do MP na Defesa do Patrimônio Cultural, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2003, entenderam que é vinculada, e não discricionária, a atividade do Poder Público na proteção, preservação e promoção do Patrimônio Cultural, conforme destaca a "Carta de Goiânia": "34. É vinculada, e não discricionária, a atividade do Poder Público na proteção, preservação e promoção do Patrimônio Cultural, sob pena de responsabilização;".

Isso não quer dizer que o IPHAN esteja obrigado a resolver todas as problemáticas atinentes aos bens culturais registrados, os quais, inclusive, demandam múltiplas ações, de diversas esferas de poder, e que muitas vezes esbarram na própria competência da Autarquia. A vinculação refere-se à obrigatoriedade do órgão agir, como interessado, a partir da indispensável provocação das comunidades interessadas e eventualmente prejudicadas, ainda que a ação estatal seja frágil, limitada, porque depende, quase sempre, da junção de esforços de outros setores da Administração Pública e até da sociedade privada. Ao menos como mediador deverá agir ou, em algumas situações peculiares e desde que objetivamente expostas as razões, não agir.

A supremacia do interesse público sobre o privado legitima a ação do IPHAN na defesa do patrimônio cultural imaterial. Isso porque, a Administração, por representar o interesse público, "tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante *atos unilaterais*. Tais atos são *imperativos* como quaisquer atos do Estado". E mais: "trazem consigo a decorrente *exigibilidade*, traduzida na previsão legal de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los". (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 96, grifos do autor)

Toda essa ação do Estado decorre do Poder de Polícia que lhe é outorgado. Esse poder de polícia é prerrogativa, instrumento que tem o Estado para perseguir e compatibilizar os interesses públicos com os privados, buscando o bem estar social.

O poder de polícia vai restringir, limitar, frear a atuação do particular em nome do interesse público. Atingem-se basicamente dois direitos: a liberdade e a propriedade. O direito ou poder de polícia, apesar de atuar na liberdade e propriedade, enquanto instrumento do Poder Público, não atinge diretamente a pessoa do particular, mas sim os direitos e atividades

da pessoa. O conceito de Poder de Polícia está delimitado no art. 78 do Código Tributário Nacional e serve de fundamento para todo o direito brasileiro, como já mencionado.

O Poder Público, então, poderá/deverá agir na defesa do patrimônio cultural imaterial registrado, mediante o exercício do poder de polícia preventivo, fiscalizador e repressivo, exteriorizando-se por meio de ato administrativo normativo (fixação de normas), o que também exterioriza o poder regulamentar. Todo esse processo, como já exaustivamente tratado, diverge daquele relativo ao patrimônio material. A ideia de obrigações e deveres, por exemplo, recai sobre terceiros, particulares e Estado, e não sobre a comunidade detentora e produtora para obrigÁ-la a confeccionar panelas de barro, realizar rituais e celebrações, reproduzir saberes e práticas.

Ao consagrar os bens culturais como de relevância para o Brasil, tornando-os bens de interesse público, automaticamente a atuação do Poder Público é regida pelo princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. "O Próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuser a *intentio legis*". (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 74, grifos do autor)

Como ressalta esse administrativista, os bens e os interesses públicos "*não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador*. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos" (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 74, grifos do autor). E esta finalidade está submetida, por sua vez, à lei, que é estática, e ao direito, que é dinâmico.

Diante disso, necessário que a Administração condicione a sua atuação tanto à **lei**, o que no campo do patrimônio imaterial exige o diálogo das fontes – CF/88 (art. 215 e 216 e outros), DP 3551/2000 (que tem formato de decreto, mas conteúdo material de lei), Decreto Legislativo Federal 22, promulgado pelo DP 5.753/2006, quanto **ao Direito** (princípios, analogia, costume, jurisprudência, doutrina e demais fontes do direito). Segundo pontua Meirelles (2006, p. 87): "A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei e do direito".

Desse modo, tendo o IPHAN competência e legitimidade, no âmbito legal, infra legal e no Direito como um todo, para agir na defesa do patrimônio cultural do Brasil, legítima será a sua atuação no auxílio à resolução de questões relacionadas a esse patrimônio, inclusive chamando à causa outros organismos que integram o Estado brasileiro e que também devem atuar na defesa daquilo que é patrimônio cultural **do Brasil** e não do IPHAN.

Tal função, complexa por natureza, e que deverá ser exercida, inevitavelmente, de modo colegiado (com a participação da FUNAI, ANVISA, INCRA, IBRAM, MPF, INPI, IBAMA, ICmbio, Ministérios da Agricultura, Pesca e Abastecimento, das Relações Exteriores, do Turismo, de Combate à Pobreza, Prefeituras, órgãos estaduais e municipais de preservação, entre outros) está prevista na CF/88, a qual, como se ressaltou, determinou que **o "Poder Público",** e não apenas o Poder Executivo, pelo seu Ministério da Cultura e, por sua vez, por sua Autarquia especial- IPHAN, promoverá e protegerá o patrimônio cultural por meio de instrumentos constitucionais (tombamento, registros, desapropriação, inventários) e por outras formas de acautelamento e preservação.

A CF/88 previu também a possibilidade de criação dos instrumentos de acautelamento e preservação, que estão espalhados pela ordem jurídica brasileira e poderão ser utilizados tanto na seara administrativa quanto judicial, concomitante ao Registro ou em caráter complementar. Na esfera administrativa , a doutrina aponta:

a) Representação ao Ministério Público com pedido de abertura de Inquérito Civil público, conforme previsto no art. 8º, § 1º, da Lei 7.347/85;

b) Termo de Ajustamento de Conduta (TAC): instrumento utilizado para defesa de direitos difusos que permite uma rápida solução extrajudicial de conflitos, permitindo a não ocorrência, a interrupção ou recomposição do dano ao patrimônio cultural. Segundo Miranda (2006, p. 188), há vantagens consideráveis à eleição deste título executivo extrajudicial:

> a) a parte compromissária negocia a realização de algo possível faticamente, o que facilita o cumprimento da obrigação; b) Há, via de regra, um aprendizado sereno, por parte do degradador, acerca das obrigações impostas a todos em benefício da preservação do meio ambiente, com resultados preventivos mais eficazes; c) solução economicamente barata e célere para a resolução dos conflitos, privilegiando a defesa do meio ambiente; d) viabilidade de compor os danos ambientais de forma a permitir a aplicação dos benefícios penais relativos à transação penal, suspensão condicional do processo e da pena (arts. 17, 27 e 28, I da Lei 9.605/98)

O TAC é um instrumento extrajudicial previsto na Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) com finalidade de proteger direitos e interesses metaindividuais, dentre os quais estão aqueles ligados à preservação do patrimônio cultural material e imaterial. Esse termo possui força de título executivo extrajudicial, o que garante ainda mais a sua eficácia.

c) Notificações/Recomendações: mecanismo extrajudicial utilizado durante muito tempo pelo Ministério Público, no formato recomendação, e hoje por algumas pessoas jurídicas de direito público que possuem como missão institucional a proteção de bens difusos

e coletivos e que tem o objetivo de adequar ou caracterizar a omissão do agente público ou privado, em face dos ditames legais. Tem natureza preventiva e deve ser fundamentada nos arts. 215 e 216 da CF/88, nos art. 1º e 2º, § 1º da Portaria 92/2012 do Ministério da Cultura, no DP 3551/2000 e no Decreto Legislativo 22, sem prejuízo da utilização de outras normas.

Consoante expõe Soares (2009, p. 349):

> As recomendações dirigidas a órgãos públicos, aos concessionários e aos permissionários de serviço público estadual ou municipal e às entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município, ou executem serviço de relevância pública, ou ainda aos particulares, têm por objetivo cientificar o destinatário de que sua atuação é incompatível com o sistema normativo.

A intenção da recomendação/notificação é dar inequívoca ciência da ilegalidade praticada, tornando pública a conduta (comissiva ou omissiva) lesiva um bem cultural registrado ou bens e práticas associadas.

d) Termo de Referência Cultural- TR: é um instrumento que tem por finalidade estabelecer as diretrizes orientadoras, o conteúdo e a abrangência do estudo que será apresentado pelo particular para autorização ou licenciamento de sua atividade ou obra em um determinado espaço territorial. É utilizado pelo Poder Público, sobretudo os órgãos responsáveis pela gestão e tutela de bens culturais e ambientais, formulado a partir de informações fornecidas pelo particular interessado (no processo de licenciamento ambiental ou cultural), ou mesmo durante a constituição de inventários, registros, pesquisas, estudos realizados pelas entidades de proteção ao patrimônio cultural.

Soares (2009, p. 353, grifos nossos) afirma que: “o Termo de Referência- TR sempre antecede a implantação de atividade ou obra que cause impacto aos bens culturais, sejam esses bens materiais **ou imateriais**, rurais ou urbanos, construídos ou fixados a elementos naturais (paisagens, pinturas rupestres, grutas, cavernas etc)”.

Mais adiante, a referida autora enfatiza que este instrumento também é útil nos casos em que o bem cultural já tenha sido degradado.

e) Audiências Públicas**:** este é mais um mecanismo preventivo e de cunho educativo que conta com a participação da sociedade e de outras esferas de poder na gestão dos bens culturais. Em que pese a sua apropriação mais pela seara ambiental, a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, prevê e autoriza seu uso para o debate de temáticas presentes em processos administrativos que possuam repercussão na comunidade.

Na visão de Soares (2009, p. 356), a competência em matéria patrimonial é comum aos entes federativos, cabendo ao IPHAN fiscalizar, proteger, identificar, restaurar, preservar

e revitalizar os monumentos, sítios e bens móveis do país, bem como tutelar os bens imateriais registrados, salvaguardá-los e promover a sua gestão. O seu lastro encontra-se na Lei 9.784/99, art. 32.

Há, ainda, outras ferramentas previstas no Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, que podem ou devem ser utilizadas como mecanismos de proteção ao "patrimônio cultural material e imaterial do município" (SOARES, 2009). Esse Estatuto não apenas traz diretrizes, mas elenca uma série de instrumentos para a execução da política urbana, deixando uma abertura legal para eventual criação de outros meios instrumentais que sejam adequados à finalidade legal, sendo que muitos deles podem ser utilizados para "valorização e proteção dos bens culturais". São eles: plano diretor; instituição de zonas especiais de interesse social; estudo prévio de impacto de vizinhança, dentre outros.

Para Soares (2009, p. 385, grifos nossos): "Além da tutela dos bens culturais materiais, o Plano Diretor pode contemplar os suportes físicos necessários (ou essenciais) para o desenvolvimento das manifestações culturais e para o acesso e fruição aos bens **culturais imateriais."**

No que se refere à utilização de mecanismos processuais na defesa do patrimônio cultural imaterial em Juízo, o item relacionado à competência do Poder Judiciário e a responsabilização cível no caso de dano ao patrimônio imaterial registrado aponta as principais formas.

As medidas e ações até então implementadas pelo IPHAN a partir da formulação de uma política de identificação, Registro, promoção e apoio, considerando a diversidade cultural brasileira, estão norteadas por diretrizes e princípios que buscam promover, dentre outras coisas, "a defesa de bens culturais em situação de risco e dos direitos relacionados às expressões reconhecidas como patrimônio cultural". (SANT'ANNA, 2005, p.11)

O que não comporta mais é a ação do IPHAN direcionada apenas à efetiva proteção dos bens culturais tangíveis. Santilli (2013, p.7, grifos nossos) afirma que:

> *todos os bens culturais acautelados* pelo Iphan devem ser avaliados (em relação aos possíveis impactos de obras e empreendimentos), o que inclui os bens culturais materiais *e imateriais*. Ou seja, não apenas os sítios arqueológicos e bens culturais tombados pelo Iphan devem ser objeto de avaliação e de medidas de mitigação e de controle dos impactos, *mas também os bens culturais imateriais*, que são objeto de ações de salvaguarda do Iphan, por meio de inventários, registros e outras formas de acautelamento e preservação.

A preservação do PCI prenuncia a consolidação de um regime diferenciado de proteção que vem emergindo no ordenamento jurídico brasileiro, construído gradativamente a partir da experiência do IPHAN nos processos de Registro e salvaguarda. Cada situação específica impõe um tratamento jurídico especial, por guardar peculiaridades relacionadas a diversos ramos do Direito.

Consoante expõe Vianna (2006, p.23):

> Os bens de interesse público de natureza imaterial conformam uma 'nova categoria de bens' que, segundo Carlos F. Marés, demanda um 'novo direito' que se sobreponha ao direito individual, de titularidade bem definida e voltado para a dimensão da materialidade do bem cultural. A teoria jurídica está aquém dessa demanda, mas o autor observa que já houve avanços significativos, principalmente com a introdução dos direitos ambientais. É preciso, contudo, continuar avançando.

Como será visto adiante, é fato que, assim como o Tombamento exige hoje a aplicação concomitante de outros instrumentos administrativos para a sua eficácia, a aplicação do Registro será, muitas vezes, um mecanismo dentro de uma miríade bem mais larga de políticas públicas de promoção e valorização de saberes, manifestações, conhecimentos, práticas culturais e simbólicas de povos indígenas, populações tradicionais e comunidades urbanas, competindo ao IPHAN incorporar, na prática, o seu papel de órgão de preservação do patrimônio cultural também em sua dimensão imaterial.

O Registro dos bens culturais é uma forma de promover a proposta tese do constitucionalista Peter Häberle (1997), servindo para um processo público de interpretação constitucional, no qual todos os potencialmente vinculados, todos os entes públicos, potências públicas, cidadãos e grupos interessados sejam reconhecidos como destinatários da norma constitucional e, portanto, como legítimos intérpretes de seus direitos culturais garantidos pela Carta Maior.

O Registro não deve servir como instrumento que canalize a interpretação da CF/88 por um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes do Texto Constitucional nem continuar servindo de meio de perpetuação de uma interpretação constitucional de uma sociedade fechada. O procedimento administrativo que tem a finalidade de identificar, reconhecer, valorizar e proteger os bens culturais intangíveis propiciará a construção de uma interpretação constitucional tanto mais aberta quanto mais pluralista e diversificada for a sociedade.

O mecanismo legal do Registro, enquanto expressão do Estado Democrático e Sociocultural de Direito, tem supedâneo no pluralismo cultural que é fundamento da democracia. As Ciências Jurídicas devem, assim, fixar garantias que efetivem a discussão, ou rediscussão, da própria ordem jurídico-constitucional, com intuito de criar e solidificar condições para que os discursos de aplicação jurídica imediata dos direitos fundamentais, conforme § 1º do art. 5º da CF/88, sejam o reflexo de diferentes perspectivas culturais, as quais devem ser canalizadas através de procedimentos administrativos e, em algumas situações, processos judiciais. Essa, pois, é a dimensão que o procedimento de identificação, reconhecimento, valorização e proteção do PCI realizado pelo IPHAN deve assegurar.

5.1 O PODER ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO MECANISMO POTENCIALIZADOR DO REGISTRO

A função administrativa tem como objeto precípuo o zelo pelo interesse público e social. No campo do patrimônio cultural, de envergadura constitucional, essa função administrativa é exercida por meio da tutela jurídica dos bens culturais patrimonializados pelo Poder Público, mediante a aplicação dos instrumentos jurídicos previstos na legislação federal, estadual e/ou municipal, e dela decorre o dever/poder de exercer permanente, irrenunciável e indelegável atividade de vigilância e fiscalização sobre os bens culturais protegidos.

As atividades do Estado que têm como fim restringir, condicionar, frenar e limitar a atuação do particular, em nome do interesse público, encontram-se inseridas no que a doutrina chama de poder de polícia, de onde decorre o poder administrativo sancionador. Tal poder visa a busca do bem estar social e é atingido por meio da compatibilização dos interesses público e privado.

Na visão de Osório (2008, p. 61):

> O Direito Administrativo Sancionador, no sistema constitucional vigente, ganha novo formato a partir da legitimação democrática. A inspiração passa a ser o conjunto de direitos e garantias fundamentais. A abertura para o texto constitucional perpassa um sólido bloco de direitos fundamentais conectados à cláusula do devido processo legal. Essa abertura reflete-se, também, na legislação infraconstitucional de forma importante, notadamente na Lei do Processo Administrativo Federal, um

> decisivo paradigma de formação de direitos fundamentais dos administrados e de fixação de novo formato para o relacionamento entre o Poder Público e a cidadania.

Para que melhor se entenda o instituto do poder de polícia, a Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, que cria o Código Tributário Nacional, traz o seu conceito, prescrevendo, *verbo ad verbum*:

> Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

O poder de polícia será utilizado, no âmbito do patrimônio cultural imaterial, para potencializar os efeitos do Registro. Vale dizer, os atos administrativos que serão dirigidos àqueles que atuarem negativamente à continuidade dos bens registrados, prejudicando as práticas ou atingindo bens associados a estes, terão por base uma série de normas, de natureza administrativa, cível e penal.

A Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, por exemplo, no seu art. 70, dispõe sobre sanções penais e administrativas aplicadas para hipóteses de crimes e infrações cometidos em face do meio ambiente, e neste conceito se inclui o meio ambiente cultural. Na forma da lei, "Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente".

Mais adiante, em seu § 1º, estabelece que são autoridades competentes para lavrar o auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os servidores dos órgãos que compõem o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e que exercem atividade fiscalizatória.

O art. 72 da aludida Lei de Crimes Ambientais enumera as sanções administrativas passíveis de aplicação em caso de dano ao meio ambiente. São elas: advertência; multa simples; multa diária; apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; destruição ou inutilização do produto; suspensão de venda e fabricação do produto; embargo de obra ou atividade; demolição de obra; suspensão parcial ou total de atividades; ações restritivas de direitos.

Leis especiais de proteção ao meio ambiente cultural e ao patrimônio cultural preveem ainda outras formas de sanção eficazes, na seara administrativa, sem olvidar a aplicabilidade de outras na esfera judicial. Todas elas têm aplicabilidade no PCI.

Há uma nítida demonstração de que as políticas públicas ambientais e culturais são transversais e, diante disso, "devem ser concebidas e implementadas de forma integrada e articulada, considerando as interfaces e interdependências que associam diversidade biológica e cultural." (SANTILLI, 2013, p. 5)

Na seara do PCI é perceptível tal compreensão, pois seu próprio conceito trazido pela Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Imaterial preconiza que o patrimônio cultural, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente e de sua interação com a natureza. Por isso, enfatiza Santilli (2013, p. 6):

> A diversidade cultural e a criatividade humana se expressam nas mais diferentes formas de utilização de recursos naturais e de interação do homem com o meio em que vive. As ações de proteção e salvaguarda de cultura e meio ambiente devem ser integradas a políticas de desenvolvimento territorial e local, que devem considerar os bens, produtos e serviços que a sociobiodiversidade brasileira gera e produz.

Sendo, pois, face do meio ambiente, necessário conclamar a aplicação dos instrumentos existentes na ordem jurídica pátria para a efetiva proteção do patrimônio intangível registrado, o que não tem sido a realidade do IPHAN. Como afirma Speziali (2010, p.83-108), entidades federais incumbidas da defesa do patrimônio cultural brasileiro, como o IBRAM e o IPHAN, têm legitimidade ativa para exercer o poder administrativo sancionador, tendo por fundamento a eficácia e aplicabilidade dos dispositivos da Lei de Crimes Ambientais, 9.605/1998, e do seu regulamento, Decreto 6.514/2008.

A própria Resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), 01/1986, é translúcida quando determina que o estudo de impacto ambiental (EIA) deverá considerar e abranger o meio, não só econômico, mas social e cultural, destacando-se: o uso e ocupação do solo, os usos da água e a socioeconômica, e, ainda, textualmente, enfatiza os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, entre outros. (SANTILLI, 2013)

A Promotora de Justiça do Distrito Federal aponta que o licenciamento ambiental deve ser também um instrumento de acautelamento e proteção do patrimônio cultural não somente na sua dimensão material, mas, ainda, da imaterial, que, por vezes, tem suporte físico. Alerta a

integrante do MP/DF que, em Minas Gerais, os Procuradores da República expediram, em 2011, uma recomendação ao IBAMA e à Secretaria de Estado do Meio Ambiente, no sentido de que fossem observadas as regras de licenciamento ambiental, em especial as que tratam do patrimônio arqueológico. Para ela, "Os órgãos ambientais devem, portanto, incluir no licenciamento, efetiva participação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) no processo de tomada de decisões, em cada uma das etapas do licenciamento ambiental." (SANTILLI, 2013)

A demonstração de certa preocupação em tornar mais efetiva a participação dos entes estatais na concretização de políticas públicas culturais e ambientais se faz mais presente diante das novas regulamentações para atuação de alguns órgãos da Administração Pública Federal, direta e indireta. Exemplo disso é a Portaria Interministerial 419, de 28 de outubro de 2011, que estabelece a obrigação de elaboração de parecer em processo de licenciamento ambiental de competência federal a cargo do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), com a participação dos Ministérios do Meio Ambiente, da Justiça, da Cultura e da Saúde, e também da a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), da Fundação Cultural Palmares (FCP) e do IPHAN.

Em que pese a existência de um vasto e qualificado repertório de normas legais e infra legais para tratamento do patrimônio cultural, em caráter preventivo e repressivo, o IPHAN não se apropriou bem de tal referencial normativo e instrumental, sobretudo quando o assunto se refere à salvaguarda do patrimônio cultural imaterial e defesa de direitos decorrentes do Registro.

Até mesmo na seara da face material do patrimônio cultural, o IPHAN, apenas em 2010, editou a Portaria 187, de 9 de junho, que trata dos procedimentos para apuração de infrações administrativas perpetradas em face do patrimônio cultural tombado. Tal normativa disciplina a aplicação de sanções, os meios de defesa, o sistema recursal e o meio de cobrança dos débitos decorrentes das infrações, tendo como referencial o DL 25/1937.

A formulação dessa portaria se deu, em caráter obrigatório, considerando os efeitos da decisão judicial proferida em Ação Civil Pública, movida pelo Ministério Público Federal em desfavor do IPHAN, autos 2007.51.06.001.537-1, que teve curso na 2ª Vara Federal de Petrópolis, Rio de Janeiro.

A ordem judicial impôs ao IPHAN a obrigação de exercer o seu poder de polícia, aplicando sanções sempre que forem verificados danos a bens culturais tombados pela União.

O Poder Judiciário, a quem compete apreciar lesão ou ameaça a direito, na forma do quanto estabelecido na CF/88, determinou que o IPHAN cumprisse, em 90 dias, a decisão, sob pena de aplicação de multa e apuração de crime de desobediência.

Esta ação decorreu do Inquérito Civil Público instaurado no âmbito da Procuradoria da República em Petrópolis para apurar a inércia de quase 80 anos do IPHAN no cumprimento da legislação federal, DL 25/1937, uma vez que as multas previstas por esse decreto jamais haviam sido aplicadas pela Autarquia. Em face da omissão administrativa, um silêncio que perturbava a preservação da ordem administrativa, o MPF, a quem compete, concorrentemente, a preservação do patrimônio cultural brasileiro, ajuizou a referida ação.

A partir dessa Portaria, constatada a ocorrência de dano ao patrimônio cultural edificado, após o devido processo administrativo, a sanção é aplicada e os valores recolhidos ao Fundo Nacional de Direitos Difusos, dada a inexistência, até o momento, de Fundo Nacional de Preservação do Patrimônio Cultural.

Vieira (2010) realça que a motivação constante da mencionada Ação Civil Pública, proposta pelo MPF, apontava pela possibilidade de aplicação de sanções administrativas elencadas na Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), pelo IPHAN, sem prejuízo da adoção de outras medidas de natureza diversa da administrativa. Isso porque o poder administrativo sancionador é destinado aos entes da Administração Pública e tem como finalidade a proteção do patrimônio cultural. “Coexiste paralelamente, de forma autônoma e independente, com as sanções de natureza civil e penal”.

O silêncio da Administração, no tocante à efetivação de sanções administrativas, foi quebrado pelo Poder Judiciário. Resta, tão-somente, ao Poder Público dar concretude a esse poder sancionatório também no campo do patrimônio cultural intangível, guardadas a necessárias adaptações, resultantes das diferenças no tratamento do objeto e abordagem jurídica. Vale dizer, a dimensão imaterial exige a concretização do poder sancionador a partir de realidades e contextos bastante distintos da dimensão material, de modo que as atividades da Salvaguarda não serão reduzidas ao exercício de mera fiscalização ou punição. Longe disso, o que se pretende é, em verdade, empoderar os órgãos estatais de preservação, instrumentalizando mecanismos para uma proteção maior aos bens registrados.

O processo de aplicação e, portanto, de interpretação do direito realizado pelos órgãos administrativos do Estado deve se dar de modo a efetivar a “institucionalização de discursos correspondentes” (HABERMAS, 2003, p. 217). É dizer, para Habermas, o poder administrativo deve operar de maneira a criar “condições possibilitadoras”, ou seja,

pressupostos comunicativos de discursos dirigidos pela argumentação capazes de fundamentar a aceitabilidade racional das leis e decisões.

Verifica Vieira (2010, p.89) que: “Não obstante, ainda paira certa timidez dos órgãos e entidades incumbidos da fiscalização do patrimônio cultural, padecendo as instituições de verdadeira omissão relativamente ao exercício das competências e atribuições que possuem ao seu encargo”. E completa, ressaltando o papel do Ministério Público neste processo: “situação que vem sendo paulatinamente suprida graças a uma eficiente atuação dos órgãos do Ministério Público, seja federal ou estadual”.

5.2 PRÁTICAS DE SALVAGUARDA DO IPHAN E OS EFEITOS GARANTIDORES DO REGISTRO

Na prática institucional do IPHAN, diversamente do que muitas vezes se dá na fundamentação do seu discurso, o Registro tem produzido efeitos mediante a sua utilização como instrumento administrativo de matriz constitucional e cidadã.

Para além do seu “tímido” efeito, questão que permeou as discussões do GTPI, como se viu anteriormente, o Registro tem sido invocado para garantia de acesso e conquista a direitos culturais, os quais, por sua vez, possuem interface com diversos ramos do Direito. Tudo isso eclodiu após o tratamento constitucional da temática cultural e agigantou-se após a regulamentação do Registro por meio do DP 3551/2000, que confere certo grau de visibilidade a bens culturais ainda invisíveis aos olhos do setor público e privado.

A partir do processo de patrimonialização no campo do intangível, surgem naturalmente conflitos variados, que vão desde a apropriação indevida de conhecimentos, saberes, fazeres, à disputa por propriedade, posse, ao uso inapropriado de imagens, direitos difusos e coletivos, fenômenos que ocorrem muitas vezes não somente entre detentores e produtores e entes privados, mas dentro do próprio Poder Público, em suas distintas esferas.

Busca-se, sempre, a partir disso, os instrumentos e mecanismos que sejam hábeis à resolução desses conflitos. Um dos papeis do Direito é esse: buscar a pacificação social mediante a aplicação das normas. E é justamente nesse momento que todo o manancial normativo tem sua eficácia experimentada, o seu grau de produção de efeitos testado, sendo

verificadas, pois, a sua aplicabilidade, deficiências, desatualização, insuficiência, questões tanto de ordem formal quanto material.

No âmbito de aplicação do Registro, o que se observa é que a CF/88, o DP 3551/2000 e o Decreto Legislativo 22/2006, promulgado pelo DP 5753/2006, e outras normas legais e infra legais não têm sido utilizados conjuntamente para uma proteção mais efetiva aos bens registrados na prática institucional do IPHAN, ao menos, como se deveria. O discurso repetido no sentido de que o Registro não protege os bens reconhecidos como patrimônio cultural imaterial do Brasil fragilizou, por certo, a aplicação do instrumento e da política pública de preservação.

Contudo, algumas das problemáticas chegadas ao IPHAN e motivadas pela convicção de muitas comunidades e grupos culturais que declaram a fé no Registro chegaram a ser apreciadas e encontraram soluções no mundo jurídico, todas elas construídas com os detentores e produtores de bens culturais, não determinados por um modelo legislativo posto.

Embora em algumas situações não esteja devidamente explícita a crença do IPHAN no Registro, o fundamento das resoluções construídas, o embasamento que autorizou a Autarquia a lançar mão da sua competência de proteger o patrimônio cultural brasileiro, chamando terceiros, particulares e Poder Público, foi o fato de aqueles bens serem oficialmente reconhecidos como patrimônio cultural do Brasil, o que vincula a sua ação positiva.

Como se poderá observar, houve um reconhecimento dos efeitos jurídicos do Registro por aqueles que participaram dos conflitos, alguns espontaneamente e outros motivados pelos possíveis riscos de sofrerem a atuação mais incisiva do Estado, tanto na seara administrativa quanto na judicial.

5.2.1 Registro das Formas de Expressão, o caso Wajãpi

A abertura do Livro do Registro das Formas de Expressão e do Livro dos Saberes, criados pelo DP 3551/2000, tornou real as lutas empreendidas, durante décadas, por diversos grupos formadores da sociedade brasileira, destacando-se os modernistas, regionalistas e folcloristas.

Passados catorze anos da promulgação da Constituição Federal, a qual consagrou o direito de proteção ao patrimônio cultural imaterial, e dois anos da edição do DP 3551/2000,

que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial e criou o Programa Nacional de Patrimônio Imaterial, a Arte Kusiwa dos índios Wajãpi do Amapá e o Ofício das Paneleiras de Goiabeiras, do Espírito Santo, fez descortinar a política de salvaguarda dos bens registrados em âmbito nacional.

Assim, este tópico e os que seguem têm como objetivo trazer a lume situações concretas sobre alguns bens registrados que foram objeto de problemáticas, como forma de análise sobre a produção dos efeitos jurídicos do Registro e os limites de atuação do IPHAN no trato com a questão, sobretudo quando da elaboração dos planos de salvaguarda e execução de suas ações.

O primeiro bem cultural imaterial protegido e que já fora alvo de discussões jurídicas relaciona-se à Arte Kusiwa- Pintura Corporal e Arte Gráfica Wajãpi, inscrita no Livro de Registro das Formas de Expressão do IPHAN. Trata-se de um sistema de representação, uma linguagem gráfica dos índios Wajãpi do Amapá, que sintetiza seu modo particular de conhecer, conceber e agir sobre o universo.

Desde a década de 1990, autoridades Wajãpi passaram a apontar séria preocupação com o fato de que jovens indígenas dessa etnia estavam renegando a sua identidade e memória e cada vez mais se interessando pelo modo de vida dos Karaico- os não-indígenas. Esta foi a primeira motivação que levou os Wajãpi a solicitarem o Registro.

O fundamento desse pedido, para além de tratar desse desinteresse das novas gerações pela cultura e identidade Wajãpi, baseou-se na possibilidade de o Registro proteger a propriedade intelectual do povo indígena, pois se verificava a existência de "ameaça de apropriação dos seus grafismos pelo mercado" (VIANNA, 2011, p. 18), inquietação que assolava os Wajãpi naquele momento, conforme descrito pelo Presidente do Conselho das Aldeias Wajãpi, em carta encaminhada ao Ministro da Cultura, em 15 de maio de 2002, e ao Presidente do IPHAN:

> Nós, do povo *wajãpi*, temos uma tradição muito importante em nossa cultura, a arte *Kusiwa*, que está ligada a conhecimentos que são passados para cada nova geração e compartilhados por todos os membros de nossa sociedade. Esses conhecimentos se encontram principalmente nos relatos orais que nós continuamos transmitindo aos nossos filhos e que explicam como surgiram as cores, os padrões dos desenhos e as diferenças entre as pessoas.
> No passado, a arte *Kusiwa* era aplicada somente na pintura corporal. Hoje em dia, ela continua a ser feita no corpo, mas também na decoração de objetos, como potes de cerâmica, para uso e para venda, em trançados de cestos, em bolsas e tipóias. Os padrões *Kusiwa* têm seus próprios nomes e suas variações. Podem ser combinados de muitas maneiras diferentes, que nunca se repetem, mas que são sempre reconhecidos por todos os *Wajãpi* como *Kusiwa*. [...]
> Desejamos garantir o respeito e a proteção dessa arte pertencente aos *Wajãpi* como uma tradição coletiva de nossa cultura. Para isso, é importante que ela seja

> reconhecida publicamente, no Brasil e em outros países, como uma tradição artística cultural do povo *wajãpi*. Solicitamos, assim, que isso seja feito através do Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, criado pelo Decreto nº 3.551 do Presidente da República. O conjunto de padrões *Kusiwa* é uma forma de expressão da cultura *wajãpi*.Como representante do Conselho de Aldeias *Wajãpi*- Apina, espero contar com a colaboração do Ministério da Cultura para atender a essa reivindicação de nossa comunidade. (2002, p. 2-3, Processo de Registro 01450.000678/2002-27).

Ainda que ausente, no processo de Registro e documentação complementar, informações sobre a motivação do pedido de Registro pela compreensão do grupo indígena deste como instrumento legal de proteção à propriedade intelectual, a partir da Carta acima transcrita, resta evidente a expectativa dos indígenas de que esse mecanismo legal se configuraria, de fato, em garantia efetiva de proteção ao bem cultural inscrito nos Livros do IPHAN.

A necessidade de proteção às suas manifestações culturais, práticas e saberes, e a forte crença da comunidade Wajãpi no instrumento do Registro, foram presentes durante todo o processo de patrimonialização do bem cultural, de forma que a anuência do povo indígena junto ao IPHAN se deu sem maiores problemas (BRAYNER, 2012, p. 96) justamente pela convicção de que Registro, como instrumento constitucional garantidor de direitos culturais, materializado por um ato administrativo, portanto, com os atributos da presunção de legitimidade, autoexecutoriedade, exigibilidade e imperatividade, teria o condão de afastar possíveis danos causados ao patrimônio Wajãpi reconhecido como bem cultural do Brasil.

Todo o processo instrutório do grafismo Wajãpi, inaugurador da nova política preservacionista, nasceu do movimento articulado dos próprios índios e instituições de pesquisa e documentação quando do encaminhamento da solicitação de reconhecimento das Expressões orais e gráficas dos Wajãpi como Obra Prima do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade.

Desde antes da candidatura ao título de patrimônio cultural imaterial pelo IPHAN e UNESCO, os Wajãpi já estavam articulados com instituições diversas, como Museu do Índio, Núcleo de História Indígena da Universidade de São Paulo, Instituto de Pesquisa e Educação Indígena, juntamente com o IPHAN, de modo que ampla foi a visibilidade conferida ao bem registrado, no âmbito nacional e internacional.

O reconhecimento do universo Wajãpi como patrimônio cultural trouxe implicações de diversas naturezas, sobretudo no que se refere aos efeitos jurídicos do Registro, temática central deste estudo. Jaenisch (2010, p. 9) enfatiza que:

> Se por um lado o interesse concomitante de apresentar pedido de registro da Arte *Kusiwa* ao IPHAN e candidatura ao prêmio da UNESCO trouxe experiências positivas aos *Wajãpi* e ao próprio IPHAN, por outro hoje vêm à tona questões que colocam em xeque a forma como se procedeu ao Registro da Arte *Kusiwa* e a efetividade do instrumento de Registro diante dos interesses trazidos pelos *Wajãpi* e gestores do Plano de Salvaguarda. O fato é que, passados oito anos do Registro da Arte *Kusiwa* como Patrimônio Cultural do Brasil nos deparamos com incertezas a propósito das intenções e motivações que levaram ao pedido de Registro da Arte *Kusiwa* e com o fato de que nem os detentores do bem cultural nem os gestores do Plano de Salvaguarda têm claro o que implica ter um bem registrado junto ao IPHAN.

E não foi por acaso a preocupação de apropriação indevida dos grafismos dessa comunidade indígena. Gallois (2002) ressalta que os Wajãpis encontraram em feiras e no comércio de Macapá objetos contendo desenhos Kusiwa, o que levou a comunidade a procurar o IPHAN, com intuito de ver garantido o seu direito à propriedade intelectual, de maneira a impedir e dificultar a utilização indiscriminada de seus padrões gráficos pelos não indígenas.

Em que pese a relação estabelecida entre Poder Público, IPHAN, detentores e produtores do bem cultural Wajãpi, relação esta bastante dialógica, como a instrução desse processo foi pioneira e predominava na Autarquia Federal o entendimento de que o Registro se limitava a identificar, reconhecer e valorizar a dimensão imaterial do patrimônio cultural, não ficou devidamente claro no que implicaria o reconhecimento no âmbito jurídico e legal.

Segundo relata Jaenisch (2010, p.10), quando da realização de trabalho de campo para acompanhamento e avaliação da salvaguarda dos Wajãpi, no Amapá, promovido em julho de 2010, houve questionamentos sobre a garantia da proteção do IPHAN à propriedade intelectual dos grafismos Wajãpi. Isso porque a Natura Cosméticos propôs a utilização dos seus grafismos no desenvolvimento de projetos dessa empresa, como a criação de uma linha de produtos.

Isso ocorreu porque o Registro confere visibilidade aos bens culturais. Foi o que se deu com os povos Wajãpi, pois reconhecidas e expressivas empresas brasileiras têm buscado conhecer o universo cultural desse povo e, muitas vezes, invadido, disfarçadamente, as comunidades a fim de se apropriarem dos seus grafismos. Diante disso, o IPHAN, autarquia legalmente competente para a proteção do patrimônio cultural imaterial por si reconhecido como relevante para o Estado brasileiro, passou a acompanhar processos de discussão sobre a utilização de imagens do grafismo Wajãpi por parte de grupos empresariais. Essa apropriação indevida não tem sido admitida pelos indígenas, conforme esclarece Brayner (2012).

A partir dessas discussões, constantemente entabuladas com a participação do IPHAN, é possível perceber na pesquisa de Jaenisch (2010, p.10), que a compreensão da comunidade indígena sobre o Registro se diferencia da que predominava na Autarquia:

> Imaginava-se que, uma vez registrada junto ao IPHAN, a Arte *Kusiwa* seria de alguma maneira protegida juridicamente em termos de propriedade intelectual. Os *Wajãpi* estavam sendo informados pelo Iepé de que o registro como patrimônio cultural protegeria a Arte *Wajãpi* do uso e apropriação por outras pessoas. Mas na medida em que a relação com a Natura foi se estreitando, foram surgindo dúvidas e questionamentos acerca desta proteção, tanto por parte dos gestores quanto dos *Wajãpi*. (IPHAN, DOSSIÊ DE REGISTRO, 2002)

Nesse contexto, após o envio de diversos encaminhamentos ao IPHAN acerca do alcance dos efeitos do Registro, predominou o entendimento de que "o Registro não teria estatuto jurídico de proteção de propriedade intelectual, consistindo, antes, em instrumento de reconhecimento e valorização de um fato cultural, neste caso dos saberes relacionados à arte Kusiwa [...]". Diz-se, ainda, que "o Registro não oferece proteção no âmbito do mercado, da propriedade intelectual, mas que reconhece o valor patrimonial de uma arte praticada coletivamente. Deste modo, o Registro pode servir como base para alguma jurisprudência." (JAENISCH, 2010, p.11)

O Parecer Jurídico emitido pela Procuradoria Federal do IPHAN (2002, p.28-30), no tocante aos efeitos do Registro, apenas asseverou que:

> [...] considerando que o registro, instituto jurídico regulamentado pelo Decreto nº 3551, editado em agosto de 2000, não implica qualquer restrição administrativa ao direito de propriedade nem ao uso de determinado bem, nem outorga titularidade a uma pessoa, embora reconheça tratar-se de prática comum de determinado grupo social [...].

Percebe-se não haver, por parte do Direito, o enfrentamento de quaisquer questões que permeiam a utilização do Registro e sua eficácia jurídica. O Direito não conquistou o seu lugar de fala no campo desses debates. O discurso de não produção de efeitos pelo Registro é disseminado sem haver uma apropriação pelas Ciências Jurídicas das nuances que envolvem a temática do patrimônio cultural imaterial, sob o viés da antropologia, da história, das ciências sociais como um todo e do próprio Direito Constitucional.

O posicionamento do IPHAN, como se pode perceber, foi no sentido de reproduzir um discurso construído por juristas de ocasião quando da formulação do DP 3551/2000, e perpetuado durante anos, sem que o Direito tivesse problematizado mais amplamente a temática. Vale dizer, como mencionado anteriormente, a regulamentação do Registro e sua

concepção jurídica um tanto minimalista se deu motivada por um nítido e razoável receio de que ele fosse tratado do mesmo modo com que foi o Tombamento, quando, em realidade, assumir aquele como instrumento de proteção implica uma ideia distinta da proteção conferida por este, que incide diretamente e prioritariamente sobre a configuração do bem, da coisa, enquanto o outro tem suporte humano, essencialmente dinâmico.

Como visto, o perpassar dos fatos históricos e o próprio avanço das Ciências Jurídicas, fez com que, inevitavelmente, houvesse um significativo aprimoramento da compreensão até então cristalizada sobre o Registro pelo IPHAN, o alcance dos efeitos desse instrumento e os limites de atuação da Autarquia no trato com a propriedade intelectual dos grafismos Wajãpi, tema relacionado a direitos culturais.

A perpetuação desse discurso, por certo, tornou ainda mais vulnerável o bem cultural registrado. Tanto é assim que, constantemente, o grafismo Wajãpi vem sendo usado aleatoriamente não somente por moradores e comerciantes do Estado do Amapá, para fins decorativos e de mercado, mas por grandes empresas nacionais. A ocorrência desses fatos tem levado a comunidade indígena a buscar apoio do IPHAN, dado o entendimento sedimentado entre ela de que, ao reconhecer a importância do bem cultural, o órgão federal passa a ter legitimidade para intervir em quaisquer discussões sobre o bem registrado, desde que por ela provocado, e de forma vinculada, não discricionária.

Sobre isso, ressalta Brayner (2012, p. 100): “Desde o Registro da Arte Kusiwa como Patrimônio Cultural do Brasil, os wajãpi tem apresentado queixas recorrentes ao IPHAN com relação a estes usos inadequados e não autorizados de seus grafismos”. Afirma, adiante, que “Os Wajãpi, por meio da APINA, formalizaram uma denúncia ao IPHAN e foi exigido desse órgão governamental uma ação mais efetiva para proteção de sua arte gráfica”. Vianna (2013), também, aponta que “desde 2010 os wajãpi arrolaram o IPHAN como parceiro em diferentes processos de negociação quanto ao uso do Kusiwa [...]”.

A legitimidade do IPHAN em participar do processo de discussão sobre as problemáticas que envolvem os bens registrados decorre da determinação estabelecida no Texto Constitucional, art. 216, § 1º, que impõe ao Poder Público promover e também proteger o patrimônio cultural brasileiro por meio de diversos instrumentos, dentre eles o Registro, do mesmo modo como ocorre com o Tombamento, guardadas as devidas peculiaridades. A questão está apenas no fato de que os efeitos jurídicos na aplicação desses dois institutos traz diferenças significativas, já que o horizonte imaterial do patrimônio tem como suporte

primordial o ser humano, a sua mente, memória, embora tenha também, em alguns casos, suporte físico.

Durante as discussões sobre a possibilidade de a Natura utilizar os grafismos Wajãpi em seus produtos, sempre se ventilou a ideia de que cabe ao IPHAN regular o uso comercial do patrimônio imaterial e proteger os direitos dos produtores. Tanto é assim que, em junho de 2010, a Natura se dirige ao DPI/IPHAN para consultar o órgão sobre a possibilidade de uso dos grafismos, registrados como patrimônio cultural imaterial do Brasil. (JAENISCH, 2010, p.12)

O IPHAN tentou se esquivar da tarefa, por entender que a ele não competia decidir sobre o pedido da Natura, mas tão-somente apoiar e acompanhar ações relativas aos bens registrados, intermediando um diálogo com a comunidade indígena, se assim fosse da vontade desta, observando-se os direitos daquele povo.

No mesmo ano, uma Empresa brasileira de renome, que cuida de projetos e decoração, utilizou a Arte Kusiwa sem autorização do Povo Wajãpi para produção de papel de parede, divulgando e comercializando indevidamente o produto. Tal prática configurou ato lesivo à comunidade indígena e ao bem em si, que é patrimônio cultural intangível do Brasil. A insatisfação da comunidade Wajãpi foi demonstrada de forma ampla.

O grupo indígena apresentava certo grau de preocupação, motivado, sobremodo, por questões espirituais, conforme se observa do depoimento do cacique Kumaré, em reunião realizada em 02 de maio de 2011, no Amapá:

> As pessoas [que adquiriram o papel de parede] podem ter problemas de saúde, precisamos saber para onde foram os papéis de parede, o endereço das pessoas, o xamã precisa ajudar. E ainda: Nós os wajãpi não somos os donos do kusiwa, o dono é invisível, nós wajãpi temos que cuidar do kusiwa, é nossa responsabilidade. (IPHAN, DOSSIÊ DE REGISTRO, 2002)

Àquela época, o entendimento predominante no IPHAN, dada a ausência ou insubsistência de embasamento jurídico para a resolução de questões dessa natureza, era, então, de que, apesar da "importância de se combater a folclorização e a mercantilização deste bem cultural", o órgão ainda não havia consolidado instrumentos jurídicos, administrativos ou judiciais, para o enfrentamento de problemáticas relacionadas a danos ao patrimônio imaterial. Para Brayner (2012, p. 100), percebia-se, de já, que "A mudança da cultura institucional era necessária".

Na visão da autora aludida:

> Apesar da existência de dispositivos legais no país que visam assegurar a proteção às culturas indígenas, inclusive no que tange a questões de propriedade intelectual, até aquele momento, em situações anteriores, o entendimento do IPHAN fora o de quê não cabia a esse órgão tratar de assuntos de propriedade intelectual, portanto nada poderia ser feito. Entretanto, frente a esta situação concreta e à pressão da comunidade wajãpi, houve a construção do entendimento de que, por ser a Arte Kusiwa um bem cultural registrado como Patrimônio Cultural do Brasil, caberia a este Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional- IPHAN ao menos avaliar se essa comercialização não autorizada da arte gráfica do povo wajãpi poderia haver gerado danos ou se constituía risco a este patrimônio. (BRAYNER, 2012, p.100)

Em que pese a descrença, de quase uma década, no Registro, por parte do IPHAN, notadamente pela suposta ausência de eficácia jurídica desse instrumento, essa entidade estatal, reconhecida pelas bases sociais, e também conforme determinado na CF/88 e no Decreto 3551/2000, como legítima à promoção da defesa do bem cultural registrado, já que outorgou o título de patrimônio cultural imaterial do Brasil, foi chamada a mediar o conflito e aceitou o *munus.*

Dai por diante, foi deflagrado um processo de construção de entendimentos, sempre com a participação do IPHAN e dos detentores e produtores Wajãpi, demais representantes das áreas técnicas da FUNAI, Agu (Advocacia Geral da União)- Procuradores Federais, integrantes da APINA, estudiosos, pesquisadores e professores formados pelo Programa Wajãpi e agentes de pesquisa do Iepé. A necessidade de ação conjunta para a resolução daquele impasse se deu porque, muitas vezes, o tratamento conferido aos bens culturais registrados deve levar em consideração o fato de que a preservação do patrimônio cultural é política pública transversal e integrada, necessitando, pois, da participação coletiva de órgãos público e entes privados.

No exercício da sua competência legal e regimental e no uso do seu poder de polícia, o IPHAN emitiu Notificação à Empresa privada, dando-lhe ciência de que a Arte Kusiwa se tratava de bem cultural registrado pelo IPHAN como patrimônio cultural imaterial do Brasil e que, portanto, se submetia a regime especial de proteção - natureza jurídica de bem de interesse público e social, o que desautoriza o uso indiscriminado do bem cultural. Assim, foram tomadas algumas medidas imediatas, a fim de cessar os danos até então produzidos: suspensão da comercialização das peças de papel de parede, solicitação de informações sobre o processo de comercialização e, por fim, colheita e entrega do material remanescente à comunidade indígena.

Em reunião com a Empresa em tela, Wajãpis e IPHAN, ficou consignado, preliminarmente, segundo consta da Memória de Reunião (2012):

> Foi discutido e deliberado que (a empresa) pagará aos Wajãpi como medida compensatória o valor de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a ser depositado em conta específica da AWATAC, a ser informada oportunamente por escrito em favor da (Empresa), em 12 parcelas mensais e consecutivas de R$ 12.500,00 (doze mil e quinhentos reais) para execução dos 08 projetos acordados na Assembleia Wajãpi de 21 de Junho de 2011 (documento em anexo), a partir de janeiro de 2013 (até o dia 15 de cada mês); os Wajãpi declararam que a forma parcelada não faz inexequível os projetos e que as prestação de contas por cada projeto será feita de quatro em quatro meses perante o IPHAN, que caso a comunidade Wajãpi não consiga cumprir com o projeto no prazo de 4 meses as partes poderão reorganizar de comum acordo o pagamento das próximas parcelas, que o descumprimento do prazo pela (Empresa) implicará na multa de R$ 3.000,00 (três mil reais) por dia de atraso; que o IPHAN repassará as informações relativas à prestação de contas prestadas ao Escritório da Empresa; que o termo de compromisso a ser firmado com o Escritório da Empresa será integrado pelo cronograma físico financeiro para execução dos projetos.

Nesse contexto, foi celebrado Termo de Acordo e Compromisso entre a Associação dos Índios Wajãpi, a Empresa causadora do dano, com a interveniência do IPHAN, onde esta se comprometeu a, entre outras coisas, não mais se apropriar indevidamente do grafismo indígena e, em consequência, reparar o dano mediante o financiamento de 08 (oito) projetos apresentados pelos Wajãpi, no valor de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) a título de indenização.

O Termo de Acordo e Compromisso, que em realidade corresponde ao Termo de Ajustamento de Conduta, foi criado no sistema jurídico brasileiro pela Lei 8.078/90, o conhecido Código de Defesa do Consumidor, o qual, no seu art. 113, determinou fossem acrescentados novos parágrafos ao art. 5º da Lei 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública, dentre eles o § 6º, com a seguinte redação: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

O Termo de Ajustamento é um instrumento extraprocessual de tutela preventiva em que se busca que o causador do dano reconheça a ilegalidade de sua conduta, procurando adequar os seus atos às exigências legais.

Conceito e natureza jurídica desse instrumento são esclarecidos por Carvalho Filho (1995, p. 137-138):

> A um primeiro exame, poder-se-ia considerar o compromisso de ajustamento de conduta como um acordo firmado entre o órgão público legitimado para a ação civil pública e aquele que está vulnerando o interesse difuso ou coletivo protegido pela

> lei. Não obstante, a figura não se compadece com os negócios bilaterais de natureza contratual, razão por que entendemos que não se configura propriamente como acordo. Como a lei alude ao ajustamento da conduta às exigências legais, está claro que a conduta não vinha sendo tida como legal, senão nada haveria para ajustar. Por outro lado, ao empregar o termo tomar o compromisso, o legislador deu certo cunho de impositividade ao órgão público legitimado para tanto. Ora, ante esses elementos o compromisso muito mais se configura como reconhecimento implícito da ilegalidade da conduta e promessa de que esta se adequará à lei.
> Podemos, pois, conceituar o dito compromisso como sendo o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais.
> A natureza jurídica do instituto é, pois, a de ato jurídico unilateral quanto à manifestação volitiva, e bilateral somente quanto à formalização, eis que nele intervêm o órgão público e o promitente.

Esse instrumento é utilizado para defesa de direitos difusos e coletivos e permite, pois, uma rápida solução extrajudicial de conflitos, ou a sua não ocorrência, a interrupção ou mesmo recomposição do dano ao patrimônio cultural. O IPHAN, ao atuar na defesa do bem cultural registrado, de matriz indígena, celebrando o Termo de Ajuste, contribuiu também para auxiliar a comunidade, que se encontra em situação de hipossuficiência jurídica e vulnerabilidade social, cultural e econômica frente à empresa.

Esse Termo, celebrado com entre os Wajãpi e a Empresa de Projetos e Decoração, contou com a interveniência do IPHAN, e previu obrigações de fiscalização e também compensação decorrente de utilização indevida do Grafismo indígena. A obrigação da empresa foi a seguinte:

> **CLAUSULA SEGUNDA: DAS OBRIGAÇÕES DA EMPRESA-COMPROMISSÁRIA**
> A EMPRESA____ compromete-se:
> I- Compensar, o dano causado ao patrimônio cultural imaterial ARTE KUSIWA, com a obrigação de viabilizar a execução de 08 (oito) projetos descritos no plano de trabalho e cronograma físico financeiro apresentado pelo povo WAJÃPI, que faz parte integrante deste instrumento, e que totaliza a quantia de R$150.000,00(Cento e cinquenta mil reais).
> II- A depositar a quantia de R$150.000,00 (Cento e cinquenta mil reais) na conta específica da AWTAC-....., conta corrente nº , agência .., do Banco..., e os depósitos dar-se-ão em 12 (doze) parcelas mensais e sucessivas de R$ 12.500,00 (Doze mil e quinhentos reais) para execução e implantação dos projetos referenciados e que foram aprovados na Assembleia WAJÃPI realizada no dia 21 de junho de 2011.

Tal acontecimento, por si, representa um grande avanço no campo do patrimônio imaterial. É resultado da construção de entendimentos entre a comunidade detentora e produtora do bem cultural e do Poder Público que reconheceu a importância da prática cultural indígena, mediante a consagração do grafismo Wajãpi como bem cultural imaterial do Brasil, e que, diante disso, se vinculou à efetiva proteção do bem, em cumprimento à legislação que tutela o patrimônio cultural imaterial brasileiro.

A atuação do IPHAN diante da apropriação indevida do grafismo Wajãpi, independente de se tratar de temática relativa a propriedade intelectual, autoral, direitos personalíssimos, difusos e coletivos, é respaldada no seu dever constitucional, e irrenunciável, de promover e efetivamente proteger o patrimônio cultural brasileiro, os direitos culturais, os quais, dada a sua característica de fundamentalidade, tem especial proteção do Estado. Demonstra, ainda, significativo avanço dentro da própria Instituição de proteção, até então limitada no trato com o Registro, no que se refere ao reconhecimento dos efeitos que esse instrumento pode produzir perante terceiros e perante o próprio Estado. O Registro produziu efeitos.

Sobre o papel do IPHAN na execução da tarefa e a capacidade institucional para atendimento das novas demandas, relata Vianna (2014, grifos nossos):

> O IPHAN foi parceiro fundamental nestes processos, no sentido de proporcionar orientação jurídica e técnica, preciosa na mediação de conflitos. E isso pelo fato de se ter criado o vínculo do Estado, através do Iphan com os wajãpi, pelo fato do bem cultural ser reconhecido como patrimônio cultural nacional. Assim, o Iphan foi aprendendo um de seus papeis junto aos detentores de bens registrados – o de servir como mediador ou apoiador na garantia de direitos culturais. **Isto, por sua vez, coloca em cheque a capacidade institucional atual, para atender as demandas relativas ao tema junto a todos os bens registrados.**

Relevante mencionar, porque oportuno, que tal qual a instrução e a salvaguarda do Registro, todo o processo de negociação contou com a participação ativa da própria comunidade interessada, o que ainda torna mais democrático o modo de construir a resposta do Estado à violação ao patrimônio cultural imaterial.

Brayner (2012) preconiza sobre o avanço institucional do IPHAN:

> Como resultado, foi possível implementar uma nova prática institucional dentro do IPHAN, e também na instância da Procuradoria Jurídica Federal. Considerando a missão institucional do IPHAN enquanto órgão governamental brasileiro responsável pela preservação do patrimônio cultural no Brasil, cabe a este Instituto a aplicação de sanções que visam cessar quaisquer ato(s) lesivos e mitigar os efeitos nocivos que tenham sido gerados ao Patrimônio Cultural Brasileiro em decorrência da utilização e divulgação inadequada e não autorizada da Arte Gráfica Wajãpi por

> qualquer pessoa física ou instituição pública ou privada, independentemente do fato desta utilização gerar ou não o aferimento de lucro ou benefício econômico direto ou indireto.

Sendo multidisciplinar a face imaterial do patrimônio cultural, é inevitável que o IPHAN esteja numa posição de vulnerabilidade diante de tantos impasses que constantemente chegam à Autarquia e que, muitas vezes, dependem da atuação colegiada de outras instâncias. Há, pois, a necessidade de conclamar outros órgãos que compõem o Poder Público, corresponsáveis na defesa do patrimônio cultural, no sentido de abraçar a sua missão constitucional, não se podendo admitir o seu silêncio ou mesmo a criação de óbices injustificáveis que denotam o "ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento da preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos." (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF nº 345/2004).

Independente da natureza do direito a ser tutelado, o que se deve levar em consideração é a existência de direitos culturais a serem perseguidos pelo Estado a partir do Registro, ainda que, necessariamente, isso demande a ação articulada de distintas esferas de poder. O que não se pode continuar aceitando é o não enfrentamento das situações que chegam ao IPHAN sob a alegação de ausência de normas que respaldem a sua ação mais efetiva, e a não participação e compromisso de outros órgãos estatais, também responsáveis pela tutela do patrimônio cultural imaterial.

A Lei Fundamental conferiu ao Poder Público, em sentido amplo, o dever de proteção ao patrimônio cultural, de modo que o Registro vincula a ação estatal como um todo, embora ao IPHAN caiba a missão de, em certas situações, suscitar, provocar e orientar a análise de algumas questões que lhe são submetidas. A CF/88 também reconhece a desigualdade no tratamento conferido às comunidades tradicionais, sobretudo para as comunidades quilombolas e indígenas, prevendo, então, "garantia ao território e ao acesso e fruição dos direitos culturais em um regime diferenciado (art. 215, art. 216, § 5º, cc art. 68 do ADCT e art, 210,§ 2º, c/c art. 213), que permita a sobrevivência dessas comunidades numa perspectiva transtemporal". (SOARES, 2009, p.77)

A expectativa criada pelo povo Wajãpi no Registro da sua arte gráfica, assim como o da grande parte de detentores e produtores, não pode ser desconsiderada quando da compreensão do fenômeno jurídico e aplicação do Direito. Diz-se, hoje, cada vez mais, que "A interpretação da norma não é monopólio dos juristas" (DUPRAT, 2007, p.22). Peter Häberle (1997) afirma que quem vive a norma acaba por interpretá-la ou, ao menos, por co-

interpretá-la. Dworkin (2002) admite também que teóricos e práticos estejam engajados num mesmo tipo de raciocínio, ou seja, numa tentativa de impor a melhor interpretação à prática que encontram.

Observe-se, ainda, que o próprio Estado, ao não legislar sobre a proteção direta aos conhecimentos tradicionais, acaba por colocar os bens culturais em uma situação de extrema vulnerabilidade e de risco permanente de lesão e até perecimento. Daí asseverar Soares (2009) acerca da necessidade premente de munir as comunidades tradicionais de instrumentos de defesa de seus direitos, destacando-se ai o Registro e uma diversidade de mecanismos criados pela Carta Magna e por leis especiais, em cumprimento ao art. 216 da CF/88, que determina ao Poder Público proteger o patrimônio cultural também por "outras formas de acautelamento e preservação".

Na visão de Soares (2009, p. 199):

> A vulnerabilidade das comunidades detentoras, possuidoras ou criadoras ou proprietárias de bens culturais imateriais com dimensão econômica, especialmente dos conhecimentos tradicionais, exige uma horizontalização da relação com os que acessam (ou querem acessar) seus saberes, técnicas ou processos. A atividade do Estado deve ser no sentido de propiciar a paridade entre os polos da relação, munindo a comunidade tradicional de instrumentos de defesa de seus direitos, contornando-a por uma verdadeira aura de proteção.

Sobre a participação dos diversos entes públicos na tutela do patrimônio cultural imaterial e a conquista de direitos dos Wajãpi, mediante a utilização do Registro, ressalta Brayner (2012, p. 102):

> Uma das dimensões deste processo de construção de entendimentos e de busca da fundamentação legal para a atuação mais incisiva do IPHAN na proteção dos direitos culturais dos wajãpi quanto à Arte Kusiwa implicou também no convencimento e sensibilização de agentes que atuam dentro do aparelho estatal para questões específicas relativas à salvaguarda do patrimônio cultural imaterial e à importância de se incorporar a dimensão da diversidade cultural como princípio para a atuação governamental.

O Registro de bens culturais indígenas como PCI do Brasil desencadeou uma intensa mobilização pelo reconhecimento de outros direitos desses povos, de modo que diversas legislações e convenções internacionais vêm reforçar as normativas internas. A Convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), por exemplo, traz a peculiaridade de tratar de matéria relacionada aos direitos dos povos indígenas, considerados pela Carta Magna como direitos fundamentais, o que, na prática, tem fortes implicações jurídicas, já que passam a ter aplicação imediata, como prevê o art. 5º, § 1º.

Como ressalta Shiraischi Neto (2007, p. 41):

> O entendimento de que o direito dos povos indígenas e tribais é direito fundamental tem consequências importantes, entre as quais a sua aplicação imediata (§ 1º, art. 5º), não sendo necessário nenhum dispositivo que o regulamente. É o § 2º do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que garante a possibilidade de recepção dos direitos enunciados nesses dispositivos, conferindo aos Tratados que versam sobre questões relacionadas a direitos fundamentais, em particular, natureza hierárquica de norma constitucional de aplicação imediata.

A leitura conjugada dessa Convenção e de tantas outras que protegem o patrimônio cultural indígena, como a da Diversidade Biológica, reforçará ainda mais a eficácia legal do Registro. Elas têm consequências no mundo jurídico, sobretudo porque conferem conteúdo material às relações, que são muitas vezes fechadas às realidades socioculturais. A proteção atribuída pelo instrumento registral, embasada pelas Convenções, visa justamente a reafirmação de que conhecimentos, modos de vida, saberes, lugares, expressões culturais, celebrações pertencem aos povos e comunidades indígenas e que somente eles possuem o direito de dispor à sua maneira e na medida de seus interesses, competindo ao Poder Público reconhecer e proteger essa relação.

"Deixar de fazer essa leitura conjugada implica em tratar indistintamente todo conhecimento como passível de ser apropriado ou mesmo, pensá-lo unicamente por sua utilidade e necessidade, tal como vem se estruturando o pensamento jurídico dominante". (SHIRAISCHI NETO, 2007, p. 42)

O DP 3551/2000 surgiu justamente num contexto já marcado pelo pós-positivismo jurídico para concretizar o Registro enquanto instrumento administrativo legal que permite registrar oficialmente práticas culturais e simbólicas, estruturas sócio-espaciais, modos de vida, de fazer e criar, a que os diversos grupos sociais atribuem sentidos de identidade, reconhecem como referência cultural, consubstanciando-se em mecanismo jurídico que veio complementar a Lei Fundamental no sentido de conferir maior eficácia ao seu §1º, art. 216.

O Texto Constitucional reconhece direitos à coletividade, à diversidade de grupos detentores e produtores de bens culturais registrados, de buscar, recorrer e pressionar o Poder Público a fim de que este possa assegurar o pleno gozo dos direitos culturais, na forma do quanto previsto no art. 215: "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. ".

Segundo Fonseca (2006): “as referências culturais de grupos antes sem voz própria (as chamadas “minorias”) começam a ser reconhecidas nos textos legais como objetos de direitos”. E a este papel, o de emprestar sentido e legitimidade jurídica às comunidades e grupos detentores e produtores de bens culturais, o Estado não pode continuar se esquivando.

O Registro confere um novo tipo de valor e significado ao bem cultural, que muitas vezes extrapola aqueles conferidos pelos seus detentores. A visibilidade ocasionada em decorrência do Registro possibilita a construção de uma referência de identidade para o patrimônio cultural mediante as ações de difusão, fomento, promoção, divulgação, de modo que as mudanças na dinâmica cultural pelo Registro tornam a atuação do IPHAN muito mais ampla e complexa, exigindo do Órgão, cada vez mais, exorbitar a sua competência legal e regimental no sentido de buscar discutir e construir entendimentos para a efetiva proteção dos bens registrados.

5.2.2 Registro de Lugar, a Cachoeira de Iauaretê

Em meio ao Alto Rio Negro, no Amazonas, os povos indígenas dos rios Uapés e Papuri vivem há séculos com seu modo peculiar de interagir sobre o mundo. São centenas de índios que sobrevivem à investida de empresas que exploram a atividade laboral indígena para extração da borracha, da piaçava e a prática do garimpo; é a Igreja Católica no processo de catequização e criação de escolas; o Estado criando departamentos de proteção ao índio e expandindo os serviços de transporte Tudo isso em meio a uma série de conflitos entre os indígenas e não indígenas.

No decorrer de três séculos de convivência, “práticas como o uso de adornos corporais, a construção e a moradia nas malocas, a realização de rituais e a comunicação em línguas nativas significativos à ontologia, cosmologia e sociabilidade dos grupos que habitam a Bacia do Rio Negro foram consideravelmente inibidas.” (JANENISCH, 2010, p.5)

Segundo Laraia (2006, p. 175-176):

> Trata-se de uma população extremamente espoliada durante o século XX, tanto por colombianos como por brasileiros. Depois foi vítima de uma missão religiosa que insiste ignorar os valores culturais dos outros povos. Os salesianos são useiros e vezeiros em fazer isso [...]. O importante para eles, agora, é o apoio moral. A terra

> indígena já é protegida pela CF/88 (LARAIA, 2006, p. 175-176, autos nº 01450.010743/2005-75)

A partir dessas e de um conjunto de ações em desfavor de muitas comunidades indígenas, práticas adotadas tanto por não indígenas quanto pelo próprio Estado, movimentos sociais se agigantaram nas décadas de 1970 e 1980, retomando discussões sobre a necessidade de proteção dos modos de viver indígenas, seus saberes, conhecimentos, organização e garantia de acesso e permanência em seu território. Tudo isso, aliado a outras lutas em prol da defesa da cultura, do meio ambiente, da dignidade humana, dos direitos sociais, difusos, influenciou a Constituinte de 1988 a se reunir e elaborar a CF/88 que inaugurou o chamado Estado Democrático e Sociocultural de Direito.

Houve, então, o reconhecimento aos índios, pela *Lex Fundamentallis*, art. 231, de direitos que incidem sobre sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, a homologação e demarcação dessas e proteção de seus bens, prevendo, ainda, expressamente, nos arts. 215,§ 1º, e 216, que o Estado protegerá as manifestações das culturas populares indígenas, ai incluídos o seu modo de viver, criar e fazer, formas de expressão, criações artísticas, obras, objetos, documentos edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, dentre outros.

Com a previsão de proteção à dimensão imaterial do patrimônio cultural pela CF/88 e sua posterior disciplina pelo Decreto 3551/2000, embora já existentes ações articuladas de "revitalização cultural" na região de Iauaretê, mediante ações educativas, sociais e culturais diversificadas, inclusive com a demarcação e homologação de terras indígenas desses povos na década de 1990, o Registro surgia como o mecanismo ideal ao atendimento de muitas angústias vivenciadas no seio daquela comunidade indígena.

Foi, então, que a mobilização de pesquisadores, instituições e dos próprios indígenas do Alto Rio Negro junto ao DPI/IPHAN resultou em reunião, em maio de 2004, na maloca da FOIRN (Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro), em São Gabriel da Cachoeira, no Amazonas, para apresentação da política nacional de patrimônio imaterial desenvolvida pela Autarquia federal e que contou com a participação de servidores desta, do ISA (Instituto Socioambiental), FOIRN e de alguns membros das comunidades Tuyuca, Tariano e Baniwa. Segundo Vianna (2014, p.57): "Avaliada a proposta, os membros do clã tariano- Koivathe

interessaram-se por solicitar o Registro da Cachoeira de Iauaretê, apresentando os mitos que narram os eventos ocorridos naquela região nos tempos que as gente-onça ali habitavam".

O início do processo de Registro, conforme delineado por Vianna (2014), foi marcado por tensões e conflitos. Isso porque, a solicitação preliminar de Registro da Cachoeira de Iauaretê foi feita para a categoria lugar sagrado tariano e esta é apenas uma das inúmeras etnias presentes na região, e inclusive não a mais antiga. A insurgência se deu porque os povos tukano, habitantes da região Uaupés e Papuri, reivindicaram a inclusão dos seus lugares sagrados e a prerrogativa de narrar a história daquele lugar ao pedido de Registro, o que fora devidamente aceito e posteriormente ampliado.

Como se observa dos autos do processo administrativo, no decorrer da pesquisa para o Registro, como já ocorriam ações pontuais de salvaguarda, as principais questões tratadas se referiam à continuidade e aprimoramento da salvaguarda com fito de recuperação das práticas culturais e simbólicas e de uma série de elementos perdidos ao longo do tempo, a recuperação dos artefatos sagrados dos povos indígenas de Iauaretê de posse do Museu do Índio/FUNAI, em Manaus, inclusive com visitação de alguns índios a esse Museu; a possibilidade de retomar as cerimônias ritualísticas, a reconstrução de malocas tariano e tukano em Iauaretê, a luta pela interrupção das atividades de implosão das pedras sagradas na Serra do Bem-Te-Vi, tudo convergia nesse sentido, pois já existia uma considerável atuação do ISA, muito bem estruturada em várias linhas.

A questão da repatriação de acervos, em que pese não ser o objeto específico deste tópico, merece atenção especial. É um novo campo de discussão que se abre no mundo jurídico, exigindo do IPHAN, acaso os artefatos estejam relacionados a bens registrados e os legitimados assim se manifestem, uma atuação mais incisiva, no âmbito administrativo e até judicial. Pretende-se, com isso, repensar a forma de relação entre comunidade e pesquisadores, colecionadores e Poder Público ante a constante retirada de objetos sagrados e relevantes de "seu contexto de pertencimento". (JAENISCH, 2010, p.9)

A Conferência Mundial dos Povos Indígenas sobre Território, Meio Ambiente e Desenvolvimento, promovida em junho de 1992, no Rio de Janeiro, por meio do Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento, resultou na formulação da Carta da Terra, a qual prevê que "os restos humanos e objetos materiais dos povos indígenas devem ser devolvidos a seus donos originais". Após 15 anos, em reforço ao Texto Constitucional, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas também prevê, em seu art. 12, o direito dos povos indígenas à repatriação de restos humanos de seus antepassados e de objetos de

culto, e avança mais, atribuindo ao Estado o dever de facilitar o acesso ou repatriação desses bens “mediante mecanismos transparentes e eficazes estabelecidos conjuntamente com os povos indígenas interessados”.

Começou ai a atuação parceira do IPHAN ao lado da comunidade indígena no sentido de garantir a repatriação de seu acervo.

Pois bem. Para este Registro houve aplicação do INRC, sendo que o trabalho de construção do dossiê se deu por meio de ações de mapeamento e levantamento dos lugares e seus significados para as comunidades. Não houve a constituição de um produto final, o parecer foi confeccionado através de consultas a informações elaboradas sem a devida sistematização, ressentindo-se a ausência até mesmo do mapa da Cachoeira de Iauaretê. Ainda assim, houve organização de um significativo e denso referencial de informações.

A solicitação de Registro, como se observou acima, foi formalizada inicialmente pelo clã dominante, os tarianos. Em determinada fase do processo, após contundentes manifestações do povo Tukano, demais clãs foram inseridos, embora se perceba a ausência de documentos que testifiquem que os lugares indicados como sagrados pelos outros clãs de fato assim os são.

Aquela região é marcada pela existência de uma cultura dinâmica e as diversas etnias se incluem nesse processo. O Registro da Cachoeira de Iauaretê se tornou complexo, uma vez que existiam muitas controvérsias na construção dessa geografia imaginária, mítica por parte dos índios, o que se soma ao fato de que o regime do rio é mutável, cobrindo, deste modo, por vezes, as pedras que eles consideram sagradas.

Esse bem cultural imaterial registrado foi objeto de contendas, sobretudo de relação a quais povos indígenas deveriam ser abrangidos pelo Registro e, ainda, discussão em torno de temáticas que envolvem direitos. Entretanto, o objeto deste estudo não está direcionado ao âmbito da propriedade intelectual ou direitos de imagem dos povos indígenas de Iauaretê. Refere-se a direitos que incidem sobre as práticas culturais e simbólicas vivenciadas na Cachoeira de Iauaretê, inscrito no Livro de Registro dos Lugares do IPHAN.

O Registro de Lugar da Cachoeira do Iauaretê trouxe sérias discussões junto ao Conselho Consultivo do IPHAN acerca dos efeitos jurídicos que esse instrumento produziria sobre o lugar. Era o primeiro Registro de Lugar que ocorria no Brasil e, consequentemente, um novo universo a se conhecer e construir.

Pela leitura da Ata da 49ª Reunião do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural do IPHAN, do dia três de agosto de 2006, ocorrida no Palácio Gustavo Capanema, no Rio de

Janeiro, percebe-se a expressa descrença dos Conselheiros no instrumento do Registro, no sentido de não reconhecer nele um instrumento jurídico eficaz e garantidor de direitos culturais. O instrumento era novo e a categoria lugar se descortinava naquele momento para o primeiro Registro.

O Conselheiro nomeado como relator do processo de Registro da Cachoeira de Iauaretê foi o antropólogo Roque Laraia (2006, p. 168-169), o qual consignou inicialmente em seu parecer que:

> Um lugar somente pode ser considerado como passível de registro como Patrimônio Cultural Imaterial, quando uma população lhe atribui importantes significados culturais, que estão vinculados à sua história, à sua mitologia e a sua própria identidade cultural. Este é o caso da Cachoeira de Iauaretê. O deslumbrante e ruidoso confronto entre as pedras e águas da confluência dos rios Uaupés e Papuri têm sido, há séculos, objeto de admiração por parte dos habitantes da região. A Cachoeira foi assim incorporada como um espaço importante, sagrado, em seus universos mitológicos.

Após tecer outras considerações acerca da importância daquele lugar para os povos indígenas da região, a relevância em priorizar as regiões historicamente pouco contempladas pela ação institucional e, ainda, a novidade ao inaugurar o Livro dos Lugares mediante o Registro de um espaço geográfico que recebeu atribuições culturais bem antes da formação do Brasil, o Relator recomendou ao Conselho Consultivo do IPHAN o Registro da Cachoeira de Iauaretê como Patrimônio Cultural Imaterial brasileiro.

Após o pronunciamento do Relator, o jurista e Conselheiro Paulo Affonso de Leme Machado passou a pontuar questões de ordem jurídica que, a seu ver, inviabilizariam a aplicação do Registro de Lugar àquele bem cultural. A visão do Conselheiro, como será visto, é fruto de uma compreensão positivista do Direito, a qual, com o devido respeito, não reflete os avanços empreendidos pelas Ciências Jurídicas, sobretudo após o advento da CF/88, que concebe o ordenamento jurídico brasileiro não apenas sedimentado na lei, mas em diversas fontes do Direito, que, somadas, conferem a efetiva garantia aos direitos culturais.

O referido jurista questionou, de início, quais os instrumentos jurídicos à disposição do IPHAN para proteção do patrimônio cultural, defendendo veementemente a aplicação do tombamento à Cachoeira de Iauaretê, já que, para ele, a proteção do Registro seria insuficiente. Nas palavras de Machado (2003, p. 169-170):

> Qual a razão de se levantar a questão de uma cachoeira como essa, quais são os instrumentos disponíveis no Conselho do Patrimônio Cultural? Temos o tombamento e temos o registro. E, de pleno, me afigura insuficiente a proteção do

> registro, porque o caminho, ao meu ver, deve ser o tombamento. Porque o momento é crucial. No meu mandato, já estou há dois anos no Conselho, tive o ensejo de participar do registro do Ofício das Baianas do Acarajé, do registro do Círio de Nazaré, do registro do Modo de Fazer Viola-de-Cocho, são registros de manifestações que não implicam necessariamente em obrigação de fazer ou em obrigação de não fazer. Na proteção de um sítio, o que decidirmos a respeito de Marechal Deodoro, por exemplo, vai implicar em cobrança de comportamento. Pode-se fazer isso ou não pode-se (sic) fazer aquilo.

Observa-se na fala do Conselheiro a nítida descrença no instrumento do Registro, primeiro porque, segundo ele, este instrumento não possui força legal, não podendo, portanto, criar obrigação de fazer ou não fazer, nem regrar condutas, e segundo porque a aplicação do tombamento e sua eficácia já eram comprovadas no plano jurídico, de modo que ele enfatiza que "um local tão importante como o Conselheiro acabou de relatar, ao meu ver, merece ser tombado" (MACHADO, 2006, p. 170).

A aludida frase exprime a supremacia do Tombamento sobre o Registro, tão fortemente arraigada na concepção de muitas instituições e do Conselheiro, o qual argumenta que a importância do bem cultural é tamanha que não merece ser registrado, mas sim tombado. É como se o Registro fosse uma categoria menor, desprovida de importância, força e de significado, sem sua razão de ser e existir, ou criado para tutelar "pequenas coisas" ou "coisas menos importantes". A própria CF/88 não traz qualquer hierarquia entre os institutos protetivos, cabendo ao IPHAN justamente endossar a vontade constitucional e não o contrário.

Mais adiante, Machado (2006) revela preocupação no sentido de que se "amanhã pretendam inundar esse local para construção de uma hidrelétrica, como ocorreu no caso de Itaipu, [...] o que representaria na realidade hoje concordarmos com esse registro. [...] existe alguma consequência jurídica de obrigação de fazer ou de não fazer?".

Os questionamentos feitos pelo Conselheiro são por ele mesmo respondidos, quando reconhece a força normativa da Constituição para a proteção do meio ambiente cultural. Explicita ele que o Salto das Sete Quedas, maior cachoeira do mundo em volume de água, foi eliminado por um Decreto para construção da Usina de Itaipu, uma vez que não estava em vigor na ordem jurídica pátria a Constituição de 1988, art. 225,§ 1º, III. (MACHADO, 2006)

Esse dispositivo constitucional assegura que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. No seu § 1º, III, determina que para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público definir, em todas as unidades da Federação, espaços

territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Por que, então, não aplicar o mesmo raciocínio para o caso do Registro de Lugar da Cachoeira de Iauaretê em caso de ameaça ou dano àquele bem cultural? O Registro, como ato administrativo válido e legítimo, com respaldo no art. 216 combinado com o art. 225, § 1º, III, é o instrumento emanado do Poder Público e previsto para proteger o patrimônio cultural imaterial. Portanto, ele é idôneo à proteção daquele lugar destinado às manifestações artístico-culturais, tal qual ocorreria na primeira hipótese aventada pelo Conselheiro Machado.

A insuficiência de normas ou eventuais lacunas na ordem jurídica sobre o Registro não o torna inócuo do ponto de vista da sua aptidão para produção de efeitos legais sobre terceiros. Primeiro porque a própria CF/88, no seu art. 5º, § 1º, prevê que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, e sendo o direito à cultura e à memória um direito fundamental, ainda que não houvesse legislação ou normativa tratando do Registro e do patrimônio imaterial no plano infraconstitucional, a Carta Magna seria a fonte normativa suficiente à proteção exigida, assim como o seria quando da construção da hidrelétrica de Itaipu, como defendeu Machado.

Uma das críticas utilizadas pelo Conselheiro Machado aponta pela necessidade de revisão do DP 3551/2000, pois segundo ele:

> quando os meus eminentes colegas lerem os nove artigos não encontrarão um norteamento de posicionamentos a serem tomados, a não ser quando estabelece: Ao Ministério da Cultura cabe assegurar ao bem registrado: I- documentação por todos os meios técnicos admitidos, cabendo ao IPHAN manter bando de dados como material produzido durante a instrução do processo, II- ampla divulgação e promoção. (MACHADO, 2006, p. 170)

Como se percebe, o Conselheiro não questionou a validade do Decreto em si, pelo formato de ato infra legal. A crítica foi no sentido de que o DP 3551/2000 “merece uma revisão”, porque não traz textualmente e hipoteticamente as sanções e implicações que decorrerão da violação às normas relativas ao patrimônio intangível. Ele indica, em realidade, a necessidade de rever o Decreto, tornando mais claros os efeitos do Registro.

Embora ponderado o entendimento do Conselheiro Machado, especialmente sob o prisma do positivismo, importante lembrar que trabalhar com a dimensão imaterial do patrimônio por meio da criação de normas e códigos, fechados e herméticos, requer

importante cuidado, dada a sua complexidade, subjetividade e dinamismo, o que, talvez, não seja exigido no campo do patrimônio material que o mesmo tanto prestigiou em sua fala.

Ademais, ainda que se entenda pela timidez do Decreto 3551/2000, é possível perceber que este instrumento funciona no Brasil, tem sua eficácia social e jurídica garantidas no âmbito das comunidades, sendo que a política de preservação do patrimônio cultural imaterial do Brasil é modelo e referencial para muitos países que constantemente recorrem ao IPHAN a fim de conhecer a sua atuação.

Na mesma assentada, a Conselheira Cecília Londres Fonseca (2000, p. 171) alertou sobre a possibilidade da aplicação conjunta do Tombamento e do Registro e frisou que o que se pretendia, em verdade, era um instrumento de proteção que desse conta de reconhecer a carga de sentidos que a Cachoeira carrega, que está fortemente ligada a toda uma cosmologia muito rica e complexa. Segundo ela:

> Então, esse sentido atribuído àquele espaço é o que lhe dá uma especificidade, é o que lhe dá um valor: exatamente as significações trazidas pelos que estão interagindo com aquele espaço. [...] é evidente que o interesse não é propriamente o aspecto físico, mas o que ali ocorre. São as práticas, são todas as situações ligadas àquele espaço físico, muito mais que o espaço físico em si, com as suas características e qualidades, sejam elas arquitetônicas, naturais, etc. [...] no caso da Cachoeira, houve um trabalho a partir do pedido para o seu registro, exatamente por conta do reconhecimento do registro como instrumento voltado para essa dimensão imaterial do patrimônio, que parece ser o objetivo do Decreto 3551/2000. (FONSECA, 2003, p. 171-172)

Para a Conselheira mencionada, o que se objetivava, de fato, era o reconhecimento da dimensão imaterial do patrimônio na categoria lugar, registrando-se o que ocorre ali, o que é praticado, o que acontece e é vivido. Não se queria a proteção do espaço do mesmo modo como se pratica o Tombamento, pois o Registro incidiria sobre as práticas culturais coletivas ocorridas naquele lugar sem a mesma intenção daquele instrumento que recai mais especificamente sobre a materialidade do bem cultural.

Tomada mais uma vez a palavra, manifestou-se o Conselheiro Machado, evidenciando a sua total descrença no Registro e defendendo a aplicação do Tombamento. Desconsiderou, deste modo, que a comunidade solicitou o Registro porque, para ela, importava o reconhecimento das suas práticas culturais ocorridas naquele lugar. Além disso, o jurista afirmou que aplicar o instituto do Registro é “iludir” os indígenas, como se extrai da sua fala:

> Não vamos iludir os indígenas, não vamos deixá-los na ilusão de que o bem está protegido. O bem está simplesmente valorizado, é uma coisa. Mas se amanhã quiserem destruir esse local ainda não temos jurisprudência; qual juiz

> que iria conceder uma medida liminar e proibir? [...] Mas comunidade que receberá esse registro poderá pensar que o local, tão sagrado para eles, ficou realmente protegido. (MACHADO, p. 172-173)

O passar do tempo, contudo, se encarregou de demonstrar que o Registro produz eficácia no plano jurídico, que apesar de não ter nascido pronto, acabado, a prática institucional vem se encarregando de preencher o seu sentido, a sua razão, o seu valor.

Não há dúvida de que o Registro e nem o Tombamento irão solucionar definitivamente problemáticas vivenciadas pelas comunidades, ao menos no que se refere a ameaças que a materialidade dos lugares sofre constantemente, sobretudo quando se trata de questões de posse e propriedade. É possível, por sua vez, articular os instrumentos nessa realidade, buscar uma maior efetividade desses ou mesmo se aplicar apenas um deles.

O fato é que o trato conferido ao patrimônio imaterial diverge consideravelmente daquele imprimido ao material, com práticas, ações e abordagens do meio cultural que este último campo ainda não absorveu completamente. O patrimônio cultural é um só, mas ganha contornos e metodologias distintas, o que talvez não esteja suficientemente claro para alguns.

Diante disso, necessário que o papel do Conselho Consultivo do IPHAN no trato com a política de salvaguarda de bens registrados seja repensado e modificado a partir do reconhecimento de que o Registro é um instrumento que as comunidades concebem como dotado de eficácia jurídica protetiva. Tal fato não pode continuar passando despercebido.

Ademais disso, importa ressaltar que o próprio nome “Registro de Lugar” traz em si um conteúdo que vai além da preservação prática cultural no seu aspecto material, estabelecendo, necessariamente, um suporte físico que também é importante para a proteção plena do patrimônio cultural.

O Poder Público deve estar, desse modo, aberto e preparado para receber, refletir e incorporar ao seu discurso e à sua prática as “lógicas e problemáticas dos detentores dos bens culturais, como estes vêm se esforçando para responder às políticas governamentais, desdobrando-se muitas vezes, para adequá-las às suas demandas e contextos.”(VIANNA, 2014).

Como sustenta Barreto (2004, p. 99):

> O modelo proposto por Häberle e que nos serve de paradigma para interpretação constitucional nos fornece uma compreensão do procedimento do Registro que deve possibilitar condições para uma hermenêutica aberta. Ou seja, o procedimento administrativo deve-se abrir não apenas para os que estão legalmente legitimados para interpretar o texto maior ou, noutros termos, não somente para aquele escasso rol fechado de pessoas que participam do processo administrativo nos órgãos de

> decisão administrativos e judiciais. [...] O Registro dos bens culturais integrantes do patrimônio cultural brasileiro é concebido como meio de promover a proposta de tese de Häberle, ou seja, deve servir de instrumento para um processo público de interpretação constitucional no qual todos os potencialmente vinculados, todos os órgãos estatais, todas as potências públicas e todos os cidadãos e grupos sejam reconhecidos como destinatários da norma constitucional, e, portanto, como legítimos intérpretes dos direitos culturais garantidos pela Constituição. O Registro não deve servir como instrumento que canalize a interpretação da Constituição por um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição.

Pois bem. A afirmação categórica do Conselheiro Machado (2006) de que o Registro de Lugar é uma ilusão aos povos indígenas, eis que despido de eficácia jurídica, inclusive a partir dos questionamentos sobre "se amanhã quiserem destruir esse local, ainda não teremos jurisprudência; qual juiz que iria conceder uma medida liminar e proibir?" ou, ainda, "Suponha-se que amanhã pretendam inundar esse local para construção de uma hidrelétrica, como ocorreu no caso de Itaipu?", obteve resposta da ordem jurídica. Não se precisou buscar amparo no Judiciário, porque o efeito do Registro foi produzido a partir da ação administrativa, baseada em entendimentos, e diferente do quanto afirmado pelo Conselheiro, caso o Poder Judiciário fosse chamado a resolver a questão, a probabilidade, diante de diversas situações judiciais já vivenciadas à época do Registro da Cachoeira de Iauaretê, era no sentido de conferir proteção constitucional ao lugar sagrado.

No ano de 2006, o Ministério da Defesa, Comando da Aeronáutica, através da Comissão de Aeroportos da Amazônia (Comara), planejava dinamitar uma afloração rochosa sagrada, de importância cultural para os povos indígenas de Iauaretê, para que as pedras extraídas servissem de material de construção para a ampliação de uma pista de pouso naquela localidade. Esse conjunto de pedras sagradas estava situado não exatamente no sítio da Cachoeira, mas no complexo de lugares associados à Cachoeira de Iauaretê, o que possibilitou uma reprodução de efeitos do Registro também ao entorno do bem registrado, como se pode observar.

Andrello (2006) relata sobre o fato, ressaltando que diversos segmentos da sociedade, à época dos acontecimentos, estranhoaram a postura do Estado brasileiro, o qual no mesmo ano de reconhecimento oficial da Cachoeira de Iauaretê como lugar sagrado e patrimônio cultural imaterial do Brasil, autorizou ações ao Ministério da Defesa que destruiriam pedras sagradas que integravam as práticas culturais registradas:

> Os índios que vivem em Iauaretê, uma quase-cidade formada por dez comunidades indígenas às margens do alto Uaupés, na linha da fronteira Brasil-Colômbia, no Alto Rio Negro (AM), foram surpreendidos em setembro passado por duas ações contraditórias do Estado brasileiro. Ao mesmo tempo em que receberam do Instituto

> do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), ligado ao Ministério da Cultura, o anúncio do registro da "Cachoeira de Iauaretê" como patrimônio cultural imaterial brasileiro, tiveram a confirmação de que a Aeronáutica, por meio da Comissão de Aeroportos da Amazônia (Comara), planejava dinamitar uma afloração rochosa de importância cultural equivalente. Aprovado no começo de agosto pelo Iphan, o registro da Cachoeira de Iauaretê marca um importante avanço no processo de revitalização cultural promovido por lideranças indígenas da região, que inclui também a reconstrução de malocas, a retomada de práticas rituais nas comunidades e a implementação de escolas indígenas, entre outras iniciativas. (ANDRELLO, 2006)

Segundo consta dos documentos no DPI, em visita técnica em setembro de 2006, a fim de noticiar e esclarecer à comunidade sobre o processo de Registro e debater sobre os planos e ações de salvaguarda, técnicos do IIPHAN e do ISA foram alertados e questionados pelos moradores do local sobre obras até então realizadas pela Comara. Nesse mesmo tempo, foi constatado que o Ministério da Defesa projetava também implodir, por dinamites, na Serra do Bem-Te-Vi, uma enorme afloração rochosa que estava localizada fora da área delimitada para a Aeronáutica, para ser transformada em brita e posteriormente utilizada para a construção de uma pista de pouso.

Questionou Andrello (2006) que "O problema é que essa serra é, do ponto de vista indígena, a morada espiritual do ancestral dos principais clãs tariano, Kamewa Perisi, e boa parte da população de Iauaretê estava apreensiva, pois entendia que a implosão desse lugar traria ao povoado uma série de doenças, como febres e diarreias".

Do ponto de vista das comunidades indígenas que habitam o lugar e com ele possuem laços espirituais, a retirada das pedras sagradas configuraria verdadeira violência aos seus costumes, tradições e modo de vida. São os próprios índios, por meio do Diretor Vice-Presidente da FOIRN, André Fernando Baniwa (IPHAN, 2005, p.3-4), que apontaram a relevância das pedras para a comunidade, inclusive como fundamento para a Solicitação oficial de Registro:

> [...] Toda a nossa história está escrita nas pedras, nos igarapés, nos remansos da cachoeira e falam, para nós mesmos, de outros tempos quando nossos ancestrais lutavam para criar e estabelecer condições de vida para seus descendentes. Mitos contam o que ali ocorreu, em tempos remotos, e de como aquelas pedras tomaram suas respectivas formas. O conjunto das pedras da Cachoeira remete, assim, aos eventos de nossa história ancestral, constituindo importante marco referencial da identidade indígena do Rio Uaupés [...].

E foi justamente sobre as aludidas e tão importantes pedras sagradas que incidiu a ação da União (Ministério da Defesa), sem se dar conta de que o Registro de Lugar contemplava todo aquele complexo de lugares e pedras e que, por conta disso, estas não poderiam ser

utilizadas como matéria-prima para a construção da pista de pouso. Caso não houvesse sido reconhecida e declarada a relevância das pedras para a comunidade indígena, pelo Registro, certamente não haveria sequer maiores discussões sobre a possibilidade de utilização das mesmas.

Motivados pela convicção de que o Registro de Lugar protege o bem cultural, professores Tariano, mediante a Coordenação das Organizações Indígenas do Distrito de Iauaretê (Coidi), elaboraram e encaminharam um ofício à Presidência do IPHAN, requerendo o apoio da Autarquia que, ao reconhecer o valor cultural daquele lugar, era corresponsável na preservação do bem, no sentido de utilizar o Registro como instrumento capaz de fazer o Ministério da Defesa reconsiderar o ato. Conforme Andrellos (2006): "A carta apontava que a preservação da serra, o registro das histórias a ela relacionadas e sua inclusão em um mapa mais amplo dos lugares de referência cultural dos Tariano é, agora, parte das ações de salvaguarda vinculadas ao registro da Cachoeira de Iauaretê."

Segundo Sant'Anna (2014), a Direção do DPI foi alertada, então, pelas lideranças indígenas de Iauaretê sobre a ameaça, mediante a intervenção de Ana Gita de Oliveira e Geraldo Andrello, antropólogo que participou com ela diretamente na instrução do processo de Registro, feito em parceria com o ISA. Eles tinham contato constante com os grupos, principalmente as lideranças Tariano e Tukano que participaram desse trabalho. "Obviamente eles ficaram sabendo dessa ameaça e como o processo estava em curso, eles automaticamente recorreram ao IPHAN". (SANT'ANNA, 2014)

No bojo das negociações, um oficial da Comara noticiou ao IPHAN a necessidade de submeter às instâncias superiores, comando da Aeronáutica e Ministério da Defesa, qualquer solicitação no sentido de alterar o plano de construção, uma vez que já havia sido iniciada a abertura da estrada, que alcançava dois quilômetros. Observou-se, com a visita de membros do IPHAN, do ISA e de professores Tariano ao local, que a estrada avançava para além do perímetro ajustado em 2004 entre os índios de Iauaretê e a Comara, em mais ou menos um quilômetro.

O IPHAN, ainda que não tivesse claro suficientemente o horizonte de eficácia do Registro, através do DPI e da sua Diretora à época, Márcia Sant'Anna, submeteu o caso ao Ministério da Defesa, inclusive a partir de diálogo com o então Ministro Waldir Pires, conforme se depreende da entrevista feita com a ex-diretora:

> O Luis Fernando Almeida era Presidente à época e Waldir Pires o Ministro da Defesa. Nós fomos a Waldir Pires quando ficamos sabendo da situação, que os índios nos alertaram e houve uma preocupação muito grande da parte deles com a possível

> destruição, nessa ampliação de uma pista de pouso, de uma área que eles consideravam sagrada, denominada de Pata da Onça, que não era exatamente no sítio da Cachoeira de Iauaretê, mas que estava articulado a toda essa visão mítica ali da região, da qual a própria Cachoeira faz parte. Seria, digamos assim, mais um lugar sagrado, entre vários, que estão, em suma, associados entre si.
> Nós entendemos que, eu e o Luiz Fernando, junto com Ana Gita, e outras pessoas que estavam mais diretamente ligadas ao processo de Registro na Cachoeira de Iauaretê, que afetar um lugar sagrado desse teria um impacto muito negativo sobre a própria preservação da Cachoeira, no sentido da decepção dos grupos indígenas, numa provável falta de fé nos efeitos benéficos que esse processo de patrimonialização entre eles estava adquirindo. (SANT'ANNA, 2014)

Todo o discurso da época era muito no sentido de mostrar a inter-relação também entre esses lugares, e ainda que um lugar não faria sentido sem o outro, caso aquela parte específica fosse desparecer. Até porque a Cachoeira de Iauaretê é a "Cachoeira da Onça", então a "Onça" estaria mutilada.

Consoante expõe Sant'Anna (2014), as rochas consideradas sagradas são as representações físicas desses *corpus* ou desses pedaços de *corpus* de Arcome, que é o ancestral mítico, que tem ali a cabeça de Arcome e outras coisas também. Então, essa pedreira é uma dessas representações concretas desses animais e seres míticos que compõem toda essa mitologia Tukano e Tariano ali da área. Perder um pedaço daquele lugar sagrado é concretamente perder a possibilidade da territorialização desses mitos, alerta Sant'Anna (2014).

A Cachoeira de Iauaretê constitui-se, em realidade, numa corredeira, - um trecho do rio Uapés, na confluência com o rio Papuri, em que existe desnível do solo e um complexo de rochas. Situa-se na fronteira do Brasil com a Colômbia: de um lado é o Amazonas; do outro, o país vizinho. Conforme pontua a pesquisadora e à época Gerente de Identificação do DPI/IPHAN, Ana Gita de Oliveira: "É uma paisagem cultural, com vários locais sagrados. A história do povo Tariano está inscrita nas pedras. Esses lugares ficam submersos durante o ano quase todo. As pedras só são visíveis em fevereiro, quando o rio está em seu nível mais baixo". (OLIVEIRA, 1995)

Em suas pesquisas, Oliveira (1995) aponta que Iauaretê significa cachoeira das onças, em *nheengatu* – a língua geral ensinada pelos jesuítas aos indígenas:

> Na mitologia do povo Tariano, os homens-onça habitavam o mundo quando surgiu Arcome, o ente criador dos indígenas. Arcome foi perseguido pelos homens-onça e, na fuga, caiu algumas vezes – as pedras marcam o local das quedas, no qual o criador se transformava em animais e deixava conhecimentos aos Tariano, como as tecnologias tradicionais de pesca. Esses mitos são códigos ambientais, sociais e cosmológicos.

Pois bem. Sabendo-se que se objetivava extrair a matéria-prima para construção da pista de pouso naquele lugar sagrado, percebeu-se que seria possível reverter o processo, mudar o projeto, porque seria viável e razoável construir a pista sem mutilar as pedras sagradas.

Sant'Anna (2014) relata que o Ministro da Defesa compreendeu bem a situação, e em que pese não ter juridicamente questionado a problemática, toda a narrativa que legitimava a ação do IPHAN naquele instante, numa audiência solene com o Ministro da Defesa, estava fundamentada na ideia de que o Registro possui força jurídica e também política:

> E como a gente sabia que o Waldir Pires era uma pessoa sensível, o Luiz Fernando solicitou uma audiência com o Ministro da Defesa, e foi juntamente comigo, oportunidade em que foi exposta a problemática e ele foi de uma sensibilidade muito grande e entendeu o significado da coisa e a importância, como referência cultural, dessa Pata da Onça, e verificou, em contato com a Base do Exército que estava pleiteando essa ampliação, a alteração do projeto de modo que esse sítio não fosse atingido. [...]
> O pedido era muito justificado em torno da importância mítica, cultural e referencial do sítio da Pata da Onça e de uma perda enorme para a sinalização desse território sagrado deles, caso fosse dinamitada essa área. Porque, desde a instrução do processo, nós sabíamos que essa Cachoeira era parte de um complexo de lugares sagrados, que era meio que uma ponta de um iceberg, e esse ai então foi um pedaço desse iceberg que veio à tona justamente nesse momento.
> Depois do caso da Pata da Onça, viu-se que o Registro teve força, e uma força também política. Porque, na realidade, não se alegou a lei ao Ministro Waldir Pires, argumentou-se a existência de um processo compartilhado de reconhecimento e uma contradição dentro do próprio Estado no sentido de salvaguardar uma coisa e destruir outra que está inter-relacionada àquela. E ele percebeu muito rapidamente isso e viu que não havia justificativa de dinamitar esse lugar sagrado somente para gerar material para pista, que seria bastante contornável resolver a questão dos militares de outra maneira.

O Ministério da Defesa reconheceu a importância cultural do lugar, oficialmente declarada pela União mediante a concessão do título de Patrimônio Cultural Imaterial do Brasil. Houve, assim, a devida notificação do Comando da Aeronáutica à presidência da Comara, solicitando informações sobre os fatos e, por fim, determinando o cancelamento das obras na Serra do Bem-Te-Vi, comprometendo-se a discutir com as comunidades indígenas soluções viáveis e adequadas à melhor consecução do interesse público.

Essa última categoria, prevista no Decreto 3551/2000, a de lugar, pode ser aplicada, de uma maneira bastante propícia, e isoladamente, ou também como forma de reforço ao próprio instrumento do tombamento, fazendo articulação com este, como pretendiam alguns Conselheiros, como Ulpiano Bezerra de Meneses, Cecília Londres Fonseca e Breno Neves.

Sant'Anna (2014) ressalta que à época da votação do Registro de Lugar da Cachoeira de Iauaretê:

> [...] nós alegamos que se tratava de terra indígena salvaguardada por si. E que por isso defendíamos que embora o tombamento pudesse ser aplicado, ele não era necessário na medida em que a área já era salvaguardada, não sendo possível ação danosa porque ela já era terra indígena protegida. A ideia era transformar o registro em tombamento naquele momento. Chegou-se a defender a ideia de que o registro de determinado sítio pudesse ensejar também o tombamento, se fosse julgado necessário para uma salvaguarda completa.
> Neste caso não se achou necessário. Porque, embora não se tivesse a visão de efetividade do Registro, se tinha a visão da dificuldade de acontecer algo assim numa terra indígena, porque ela é salvaguardada pela Constituição.

Cabível, nesta senda, questionar, então: qual a diferença conferida juridicamente e no âmbito das ações institucionais desse lugar registrado para o lugar tombado? Na hipótese do lugar tombado, tomando por supedâneo a motivação legal que o fundamenta, o bem cultural foi tutelado pelo Estado porque é, *a priori*, detentor de aspectos materiais físicos que são suporte de valor: construções, edificações, formas e estilos, configurações paisagísticas, etc, portadoras de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, a teor do art. 216 da CF/88.

Já no que se refere aos efeitos do Registro, o lugar é protegido não exclusivamente por essa motivação de cunho imaterial, contemplando aspetos materiais também, já que o suporte do imaterial está no material inevitavelmente. Dai afirmar o antropólogo Miller (apud MENESES, 2012, p. 31-32): "a imaterialidade só pode se expressar por intermédio da materialidade". Ainda que o lugar registrado não possua quaisquer elementos de ordem material que sejam suporte de valor, ele pode, mesmo assim, continuar sendo um lugar na categoria do patrimônio imaterial se ele abrigar puramente as práticas culturais coletivas, como prevê o art. 1º, § 1º, I, do DP 3551/2000, fornecendo "os estímulos próprios, inclusive as imagens e objetos sacros carregados de conteúdos simbólicos, o todo acentuado pelas marcas do hábito, da interação, da memória, etc". (MENESES, 2012)

As categorias do patrimônio cultural adquiriram uma conotação específica na Constituição, pois foram qualificadas a partir de uma concepção antropológica de cultura, que serviu de embasamento teórico para atribuir unidade conceitual aos bens culturais, tanto materiais, quanto imateriais. Para Santos (2001, p. 12): "a proteção e a conservação dos bens de natureza material sempre trouxeram implícita a noção de indissociabilidade das manifestações imateriais".

Vale dizer,

> Quando se fala em patrimônio imaterial ou intangível, não se está referindo propriamente a meras abstrações, em contraposição a bens materiais, mesmo porque, para que haja qualquer tipo de comunicação, é imprescindível suporte físico. Todo signo (e não apenas os bens culturais) tem dimensão material (o canal físico de comunicação) e simbólica (o sentido, ou melhor, os sentidos)- como duas faces de uma moeda. (FONSECA, 2001, p.191)

A proteção ao bem cultural registrado como "lugar" possibilita até mesmo utilizar, no que couber, guardadas as peculiaridades que envolvem os bens culturais materiais e imateriais, a analogia, na forma do art. 4º da Lei 12.376/2010, que determina: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito." Assim, as situações e problemas do patrimônio intangível que chegarem ao Poder Judiciário, a quem compete, por imperativo constitucional, apreciar lesão ou ameaça de lesão a direitos, terão a sua resolução a partir da aplicação analógica de diversas leis, como, por exemplo, do DL 25/37, que, em seu art. 12, prevê a alienabilidade restrita aos bens particulares tombados, ou seja, exige-se o prévio oferecimento do bem protegido a ser alienado ao Poder Público; vedação à transformação ou mutilação do lugar a terceiros, etc.

Embora o Registro esteja voltado diretamente ao imaterial, o suporte dessa categoria do patrimônio é muitas vezes físico, materializa-se em coisas, móveis ou imóveis, exigindo-se sua maior eficácia protetiva contra terceiros. Esse instrumento não poderá continuar dependendo da existência do Tombamento para produzir os efeitos necessários à proteção do patrimônio cultural. Se houver interesse do Poder Público na fixação dos dois institutos, de fato os problemas dos lugares serão mais facilmente resolvidos.

Entretanto, se apenas o Registro de lugar for aplicado, dadas as conquistas até então empreendidas pelas comunidades com o advento da CF/88 sobretudo, tendo-se um manancial de ações e medidas de acautelamento e preservação disponíveis à eficiente proteção ao patrimônio cultural imaterial- ação civil pública, ação popular, ação declaratória de valor cultural, termos de ajustamento de conduta, termos de referência, recomendações, etc, não se justifica mais compreender o Registro de forma tão minimalista, reducionista e acessória, sempre dependente do Tombamento.

A reprodução desse discurso fragiliza a política do patrimônio cultural imaterial e acaba pondo em risco bens culturais registrados, em face da vulnerabilidade social de muitas comunidades e sua hipossuficiência jurídica.

Primorosa é a visão da Procuradora da República Soares (2009, p. 227, grifos nossos), no sentido de que as ações em desfavor do espaço, em sua materialidade, implica, consequentemente, no atingimento da continuidade do bem cultural imaterial:

> Os suportes dos bens imateriais apresentam, muitas vezes, traços que dificultam a aplicação dos mecanismos e instrumentos jurídicos patrimoniais, por isso merecem especial atenção dos operadores do direito e dos profissionais das diversas áreas que tutelam os bens imateriais e seus detentores. As Convenções que versam sobre patrimônio imaterial, em especial a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial e a Convenção sobre Diversidade Cultural, também trilham o mesmo caminho da Constituição brasileira e indicam que o acervo patrimonial da humanidade é integrado por objetos, documentos, obras e **espaços** que proporcionam ou veiculam as práticas e manifestações culturais da comunidade. Há uma percepção de que **a destruição, mutilação ou desaparecimento da coisa ou espaço implica o perecimento do bem cultural e que não é possível proteger memória e os valores coletivos sem uma adequada gestão dos seus suportes.**

Pensar que o Registro não produz efeitos sobre os aspectos físicos do espaço territorial protegido é destituir o instrumento registral do seu sentido, que é proteger o patrimônio cultural, sua face imaterial, cujo suporte é também material. Se há uma construção simbólica do coletivo sobre o espaço territorial que se transforma, então, em lugar, o Registro produzirá efeitos tanto ao culto, celebrações, rituais, etc, como ao próprio território socioespacial que abriga a prática cultural, e de forma muito mais elástica do que o Tombamento, já que propiciará a alteração do lugar a partir das necessidades do culto.

Como alerta Meneses (2012, p.31), toda a proteção ao patrimônio cultural "tem como suporte, sempre, vetores materiais". E acrescenta: "Isso vale também para o chamado patrimônio imaterial, pois se todo patrimônio material tem uma dimensão imaterial de significado e valor, por sua vez todo patrimônio imaterial tem uma dimensão material que lhe permite realizar-se".

Como se disse, resolver o problema da propriedade, como pensam alguns, não é função originária do Registro e nem do Tombamento, mas não porque foram criados um por Decreto Presidencial e outro por Decreto-Lei, como pode se imaginar, mas sim porque o instrumento criado para a resolução de questões de propriedade de bens culturais é a desapropriação (Decreto-Lei 3365/1941, art. 5º, k).

O Registro, em realidade, sobretudo na categoria lugar, oferece proteção ao bem cultural, materializando-se não somente no reconhecimento da existência e valor. Vai além. Trata-se de ato protetivo na medida em que constitui prova capaz de dar suporte a ações que

visem impedir posterior utilização indevida, alteração, mutilação dos lugares e espaços protegidos, ou até mesmo a retirada compulsória da propriedade do lugar registrado.

E como isso se dá? A maioria dos direitos fundamentais exige uma atuação do Estado-Administração e do Estado-Juiz para a sua efetiva concretização, já que administrados e jurisdicionados não cumprem espontaneamente todos os comandos legais e atos administrativos, sejam eles direitos regulamentados por legislação infraconstitucional ou não. Daí a necessidade de buscar a Administração Pública e o Poder Judiciário, a fim de potencializar os efeitos jurídicos do Registro.

Deste modo, a partir do momento em que há ameaça ou lesão efetiva a bens culturais imateriais, incluindo-se ai os lugares, a proteção legal não deve estar amparada apenas no DP 3551/2000, mas, sobretudo, no Texto Constitucional que consagrou a dimensão do patrimônio imaterial e elevou a cultura ao patamar de direito fundamental, no próprio DL 25/37 e na Convenção de Salvaguarda do Patrimônio Imaterial, atos administrativos e demais fontes do direito. É dizer, o Poder Público, com a colaboração da comunidade, passa a ter o dever de não somente promover, mas também “proteger” o patrimônio cultural, através dos vários instrumentos constitucionais criados pelo constituinte originário.

Se não houve a regulamentação ideal à perfeita exequibilidade do Registro, não poderá o patrimônio imaterial sofrer as consequências da omissão do Estado, ainda mais quando se está num momento de prevalência dos ideais pós-positivistas, onde o Direito não é apenas a lei, mas aquilo que se produz dia a dia, na dinâmica das relações socioculturais.

Não se pode estabelecer um jeito padrão, determinando-se que todos vão se articular a esse jeito padrão, como se dá no patrimônio material e como parece entender o Conselheiro Machado (2006) ao reclamar a revisão do DP 3551/2000. Não se pode estabelecer uma norma neste sentido. O Registro reconhece o valor cultural da prática, mas não é toda e qualquer prática, e sim aquela que os detentores apontam que deve ser protegida, não a que o IPHAN entenda deva ser. Neste caso, como bem assinalou o Relator Laraia (2006, p. 176) “a comunidade pediu o registro porque, nesse momento, o que importa para eles é o reconhecimento dos seus valores culturais”.

Em que pese a complexidade e importância da temática, os Pareceres Jurídicos emanados da Procuradoria Federal do IPHAN analisados, no tocante aos efeitos jurídicos do Registro, reproduzem, quase com o mesmo texto de outros processos, um discurso pouco sólido e genérico:

> Considerando que o instituto jurídico do registro não implica qualquer restrição administrativa ao direito de propriedade nem ao uso do bem e tão pouco alteração de titularidade ou reconhecimento de autoria, porquanto se trata de prática adotada por determinado grupo social, é de se afirmar que o processo em tela se encontra regularmente instruído em seus aspectos formais [...].(IPHAN, DOSSIÊ DE REGISTRO, 2006, p.112-114)

Necessário, pois, repensar o Registro de Lugar a partir de um olhar constitucional, sob a perspectiva de que a vontade do legislador derivado não pode se sobrepor à do constituinte originário, e que o Texto Constitucional previu a dimensão do patrimônio imaterial como direito fundamental, conferindo-lhe a eficácia necessária à produção imediata de seus efeitos, na forma do art. 5º, § 1º.

Tanto o Judiciário quanto o Executivo possuem competência legal para atuar na defesa do patrimônio cultural imaterial, cujo dinamismo que lhe é intrínseco requer posturas diversas, dada a sua complexidade, subjetivismo e imprevisibilidade. Por isso, em caso de violação a bens culturais registrados, devem ser construídas respostas com as comunidades interessadas, o que talvez a intervenção do Estado, com a criação de uma lei e normas específicas, não consiga contemplar satisfatoriamente, sendo indispensável, pois, o diálogo das fontes do Direito para atingir a máxima efetividade dos direitos culturais.

O raciocínio aplicado ao Inventário pela Procuradora da República Inês Virgínia Prado Soares (2009, p.288) deve ser dado, em parte, ao Registro de Lugar. Segundo ela, seria, de fato, interessante definir o regime jurídico dos bens sujeitos a inventário para que os proprietários de bens inventariados e o próprio Poder Público tenham clara a necessidade de preservação. Entretanto, como ressalta, “os bens culturais já são caracterizados como bens de interesse público e o exercício do direito de propriedade desses bens está submetido à sua função social”, que tem matriz constitucional e ainda no Código Civil, art. 1228, § 1º.

Para ela, “como a Constituição indica as diretrizes no tratamento dos bens culturais, não há necessidade de que se estabeleçam, no plano infraconstitucional, as consequências do inventário para os proprietários dos bens inventariados”. (SOARES, 2009, p.288)

Observe-se que o Inventário não foi objeto de qualquer regulamentação infraconstitucional, somente tendo sua previsão na Carta Constitucional, art. 216, no mesmo artigo que o Registro. Contudo, diferente do que ocorreu com este instrumento, que fora objeto de tratamento por Decreto Presidencial, 3551/2000, e por Decreto Legislativo, 22/2003, o Direito reconhece a sua eficácia jurídica, consoante remansosa jurisprudência.

Na visão dessa jurista:

> A exigência de previsão legal do inventário, quando já existe seu reconhecimento constitucional como instrumento protetivo dos bens culturais, além de ocasionar o afastamento dos inventários de seu objetivo, alija o Poder Público e a comunidade do exercício de tarefa que lhes é indicada pela Constituição: tutelar os bens culturais por meio de instrumentos nominados e outros acautelatórios que sejam adequados à situação concreta". (SOARES, 2009, p. 288)

A autora citada é membro do Ministério Público Federal e apresenta posicionamentos mais vanguardistas no campo dos direitos culturais no Brasil. Ela aponta para a possibilidade de extrair a máxima efetividade dos direitos relativos à cultura, não sendo, pois, de se sustentar posicionamentos que tentam justificar a ausência de intervenção do Estado na proteção do patrimônio cultural por inexistência de normas regulamentadoras.

É necessário ponderar, outrossim, que a proteção à Cachoeira de Iauaretê como lugar de memória perpassa também pela discussão em torno da relação das comunidades indígenas com o ambiente, exigindo, pois, o tratamento legal sob o viés do direito ambiental, o que não foi observado no sentido de ser mais um repertório legal para fundamentar a proteção do patrimônio tutelado. Enfatiza Miranda (2014) que:

> a destruição de ruínas históricas para a abertura de uma rodovia; a alteração dos modos de vida tradicionais e das relações socioculturais em decorrência do reassentamento de uma comunidade inteira para a construção de uma hidrelétrica; os impactos paisagísticos e a perda de referenciais geográficos e de memória da cultura popular provocados em uma montanha por atividades minerárias; a supressão de uma cachoeira que constitui importante atrativo turístico e ponto de convivência social para a construção de um dique, são alguns casos concretos em que restam evidentes os danos em detrimento do chamado meio ambiente cultural.

Fica evidente que o que está em jogo no campo das políticas públicas de preservação do patrimônio cultural é a efetiva participação dos grupos formadores da sociedade brasileira nos processos decisórios do Estado, no sentido de que é imperativo a promoção, identificação, reconhecimento e valorização dos bens culturais, expressões que são dos seus valores mais caros, assim como necessária a sua efetiva proteção legal. Isso implica, por força do quanto previsionado no art. 216, caput e §1º, no reconhecimento de direitos aos titulares desses bens culturais, especialmente os de natureza imaterial - visões de mundo, formas de sociabilidade, interação com a natureza, enfim, dignidade humana.

Para Pereira (2006), ampliou-se o raio de proteção aos direitos coletivos e aos espaços destinados a práticas culturais com a CF//88, a qual:

> [...] passa a falar não só em direitos coletivos, mas também em espaços de pertencimento, em territórios, com configuração distinta da propriedade privada. Esta, de natureza individual, com o viés da apropriação econômica. Aqueles, com *locus* étnico e cultural. O seu art. 216, ainda que não explicitamente, descreve-os como espaços onde os diversos grupos formadores da sociedade nacional têm modos próprios de expressão de criar, fazer e viver.

A resolução da questão ora tratada é um exemplo de articulação institucional em busca da efetividade do Registro, o qual está apto à produção de efeitos sócio-jurídicos concretos. É uma coisa que está nos princípios da própria política do PCI, a articulação de políticas. Aqui está presente um exercício disso. O Ministério da Defesa estava ciente da necessidade dessa articulação e da importância conferida àquele lugar pelo Registro.

Em termos ideais e teóricos é assim que deve funcionar dentro do Estado, e funcionou sem que fosse preciso nenhuma medida legal. Houve um entendimento baseado em políticas públicas que estavam entrando em possível choque e o Registro serviu para legitimar a ação do IPHAN no sentido de recorrer a outra esfera de poder e buscar uma revisão de posturas administrativas que causariam danos irreparáveis à comunidade indígena de Iauaretê e, por consequência, ao patrimônio cultural imaterial do Brasil.

Muitas questões podem ser resolvidas assim. Não foi um conflito entre política de preservação e propriedade privada. Foram ações dentro do próprio Poder Público Federal, ações da Administração direta e indireta que poderiam se conflitar mais ampla e intensamente.

No dizer expressivo de Meneses (2012, p. 01), no campo do patrimônio cultural as reflexões muitas vezes denotam certa acomodação, a qual “acabam por se desgastar ou se reduzem a referências mecânicas”. Daí, ele conclama em “chamar a atenção para a necessidade indispensável e urgente de manter permanentemente uma atitude crítica em relação a certas premissas que devem orientar a atividade no campo do patrimônio cultural”.

5.2.3 Registro dos Saberes, o ofício das Paneleiras de Goiabeiras

O Livro dos Saberes recebe a inscrição do Ofício das Paneleiras de Goiabeiras no ano de 2002, inaugurando, assim, juntamente com a tutela da Pintura Corporal Wajãpi, a política de preservação do patrimônio cultural imaterial no Brasil. Desta vez, o IPHAN registra a

prática artesanal enraizada no lugar chamado Goiabeiras Velha, pertencente ao bairro de Goiabeiras, parte continental norte do município de Vitória, à beira do canal que banha o manguezal e circunda a Ilha de Vitória, no Espírito Santo, de onde mulheres extraem a matéria-prima para confecção das panelas de barro. (IPHAN, 2006, DOSSIÊ 3)

Essa prática cultural nasceu de uma realidade "eco-sócio-cultural" construída a partir da ação de diversos grupos que vêm habitando aquelas paragens em suas relações de troca com o ambiente. A panela de barro, modelada à mão, secada ao sol, polida e queimada a céu aberto e impermeabilizada com a casca da Rhysophora mangle, espécie nativa do manguezal que margeia a localidade há séculos, tem como fonte única o barreiro de uma jazida situada no Vale do Mulembá, no noroeste da Ilha de Vitória. (IPHAN, 2006, DOSSIÊ 3)

O saber que envolve a confecção da panela de barro de Goiabeiras foi transmitido de geração a geração, havendo dúvidas acerca do exato surgimento da prática. Sabe-se, contudo, que a atividade foi apropriada por descendentes de colonos e escravos ali residentes e, após, assumida como ofício e meio de vida de inúmeras famílias de Goiabeiras e, ainda, como signo da identidade capixaba.

As até então artesãs passam a ser vistas como paneleiras. A identidade de grupo é transformada e há a criação de uma categoria sócio profissional e cultural, pela qual passam a ser reconhecidas. Tal mudança possibilitou às paneleiras acessarem instrumentos e mecanismos institucionais ainda desconhecidos, mediante a criação de uma associação, influenciada pelo movimento petista que criou condições para a definição de uma identidade social, a de paneleira de Goiabeiras.

Segundo apontam os estudos do IPHAN, durante séculos, mesmo inserida num processo de constantes e diversas apropriações, a produção de panelas de barro não sofre solução de continuidade e preserva o modo tradicional de fazer, enraizado na cotidianidade daquela comunidade que emprega a matéria-prima sempre da mesma procedência, adotando os mesmos procedimentos de trabalho e os mesmos instrumentos incipientes, fabricados pelas próprias artesãs. A partir dessas características, tem-se um sistema de saberes práticos tradicionais hábeis à patrimonialização, na forma como o IPHAN definira.

Como bem ressaltou o Relator do Processo de Registro do Ofício de Paneleiras, Luís Fernando Dias Duarte (2002, p.284-285):

> Temos aí, como se vê, as principais características que se poderia esperar de um sistema de saberes práticos tradicionais com qualidades de um patrimônio nacional. Por um lado, os traços básicos da tradição: longo enraizamento nas práticas das populações locais (é interessante citar, entre tantos outros sinais, a referência a

> Saint-Hilaire, em 1815), dependência e interação com os ecossistemas locais, forma de reprodução não-letrada ou não-erudita, reconhecimento coletivo como "tradição". Por outro lado, os traços da representatividade cultural nacional: embora explícito de uma comunidade cultural componente da formação nacional, como é a identidade capixaba, ou do Estado do Espírito Santo; símbolo- pelas suas características técnicas – da inter-relação entre as culturas nativas do atual território brasileiro e as culturas do Estado nacional criado pela colonização portuguesa com os aportes de migrantes africanos, asiáticos e de outros países europeus. Acresce-se à conveniência do 'registro' desse ofício o fato de estar no cerne de uma série bastante complexa de fenômenos culturais e identitários importantes para o segmento capixaba da formação nacional: culinária, ecologia, música, dança, e – por quê (sic) não incluir aqui?- , movimento social. Prática social viva, ativa, produtiva; integrada e representativa, sim, como tantas outras. Mas também enraizada no mundo popular e na memória do passado coletivo e- como tal- instrumental para o permanente e complexo trabalho da identidade nacional. (Processo 01450.000672/2002-50)

A manutenção dessas características tradicionais que permeiam a comunidade das Paneleiras foi sempre marcada pelo receio de perda das fontes de onde as paneleiras extraem a matéria-prima necessária à confecção das panelas. Algumas delas, inclusive, singulares, a exemplo do "barreiro", no Vale do Mulembá, lugar de memória, localizado no noroeste da Ilha de Vitória e que, de há muito, corre risco de perecimento.

Em "A tradição é essa, é fazer panela preta: produção material, identidade e transformações sociais entre as artesãs de Goiabeiras- Vitória do Espírito Santo", Carla da Costa Dias (1999) menciona que, em entrevista a uma paneleira, chamada Marinete, esta referia-se à "luta pelo barreiro" travada pela Associação de Paneleiras, como maneira de reconhecer as dificuldades enfrentadas por elas e o alcance da estrutura que o seu fazer abrange, sem olvidar a sua intenção em demonstrar a capacidade que elas, mulheres paneleiras, tem de organização e luta, a partir, sobretudo, na nova forma de organização social. Segundo afirma Dias (1999), "Esta conquista representou para elas o 'marco' de criação desta 'tradição'".

De fato, mais do que uma prática ancestral secular, retirar o barro do Vale do Mulembá é elemento diferenciador do processo de feitura e no resultado final da panela de Goiabeiras. A sua composição é bastante arenosa e permite uma secagem mais acelerada, menor ocorrência de rachaduras e alta resistência à elevada temperatura, de 600ºC. Afora isso, a panela conserva o calor dos alimentos nela servidos por considerável período, destacando-se ai, a moqueca capixaba, alta expressão da identidade cultural do Espírito Santo.

A jazida de argila de onde se extrai a matéria-prima para confecção da panela de barro está localizada no bairro Joana D'Arc, em Vitória, e, conforme documento constante do processo administrativo de Registro (01450.000672/2002-50), pelo levantamento cadastral

efetuado, a propriedade do solo era dos herdeiros de José Daniel Nunes, os quais constituíram a empresa denominada Imobiliária São José. Esta empresa incorporou o terreno do barreiro ao seu patrimônio, a fim de promover um loteamento, passando, então, a comercializar as suas partes mais elevadas e deixando a mais baixa para alienação posterior.

De 1990 a 2000, tramitava no âmbito do Governo Estadual do Espírito Santo projeto de implantação de estação de tratamento de esgotos pela CESAN (Companhia Espírito Santense de Saneamento), com financiamento do Banco Mundial, tendo sido escolhido justamente o terreno do Vale do Mulembá, propriedade privada, mas até então explorada pelas Paneleiras, durante décadas, de forma ininterrupta e pacífica, sem oposição de terceiros ou do Estado. Daí, o Governo estadual promoveu a desapropriação do bem, em 1988, declarando, por Decreto, a sua utilidade pública.

A partir disso, a Associação de Paneleiras, associadas desde o ano de 1987, juntamente com a comunidade civil e outros segmentos do Poder Público estadual, municipal e federal, articularam-se e foram às ruas reclamar o direito de continuar utilizando a propriedade onde estava situado o Vale do Mulembá. O conflito se estabelecera sob dois prismas: de um lado, o Governo do Estado afirmava a necessidade de construção da Estação de Tratamento somente naquele lugar específico, o que beneficiaria inúmeras famílias, e, de outro, as paneleiras, as quais afirmavam a existência da matéria-prima para a confecção das panelas unicamente naquele local. A construção da estação ocasionaria a extinção da prática cultural, o modo artesanal de fazer panelas de barro de Goiabeiras.

Durante os mais de dez anos de luta, entre manifestações públicas, edições de jornais, revistas, documentos oficiais, mídia televisiva, dentre outros, as paneleiras contavam, inclusive, com o apoio da Secretaria de Ação Social de Vitória e do próprio Município de Vitória, o qual solicitou até mesmo o tombamento da área à época, como meio de garantir os direitos culturais daquela comunidade.

A primeira vitória das Paneleiras ocorreu pela suspensão das obras, após pressão de massa. A partir disso, a CESAN propôs pesquisar diferentes solos da região a fim de encontrar uma espécie de jazida que pudesse substituir à existente no Vale do Mulembá. Foram envidados os devidos esforços neste sentido, inclusive com a participação da Universidade, mas os resultados foram infrutíferos. Após teste realizado com distintas argilas, as paneleiras asseveravam que quando levadas a fogo, “as panelas quebravam todas como se fossem biscoito”. (DIAS, 1999)

Na visão de Dias (1999, grifos da autora) a "questão do barreiro" vai além do que a mera disputa por terra:

> Quando falamos da matéria, mostramos a estreita relação de suas propriedades físicas e seus significados simbólicos, expressos pelo processo produtivo característico de cerâmica. O "*Barreiro*" foi reivindicado como sendo o lugar da matéria-prima que fundamenta o processo deste grupo de mulheres, de modo que significa a preservação, a continuidade e, uma fonte "inesgotável" da matéria-prima que garante a existência desta estrutura que as mulheres criaram para si. O barreiro como o lugar da matéria dessa tradição, do mesmo modo que Goiabeiras é parte do território. O barreiro passou a representar o processo pelo qual as mulheres buscavam a legitimação "ancestral" do seu fazer: através da matéria, como se esta fosse exatamente a mesma de antes, a de anos atrás, a que suas antecedentes usavam, já que retiram o barro deste lugar, desde que começaram a fazer panelas, o que significa para algumas 70 anos. [...] Antes de "qualquer um" reivindicar "qualquer coisa", elas já retiravam a terra do lugar, do solo. Ao invés de assentar sobre a terra, retiram-na. Suas mães retiravam o barro do mesmo lugar; suas avós faziam o mesmo, talvez mesmo suas bisavós, logo: o "lugar lhes pertence".

Foi, então, no ano de 2001, que novas discussões surgiram em torno da construção da Estação de Tratamento de Esgotos. O jornal da época trazia estampado em suas primeiras páginas matérias sobre o fato: "Estação de Esgoto assusta paneleiras", em A Gazeta de 4 de março de 2001; "Impasse sobre terreno de paneleiras continua", em A Gazeta de 8 de março de 2001; "Paneleiras vão à Justiça", em A Gazeta de 9 de março de 2001; "Moradores saem em defesa das Paneleiras", em A Tribuna, de 13 de março de 2001; "Paneleiras discutirão lei", em A Gazeta, de 13 de março de 2001; "Trabalho das Paneleiras está ameaçado", em A Gazeta, de 17 de março de 2001; "Salvemos o Mulembá", em A Gazeta, de 17 de março de 2001; "A vingança dos enfezados: a nossa moqueca corre o risco de perder o cristal de seu cálice", em A Gazeta, de 18 de março de 2001. (IPHAN, 2006, DOSSIÊ 3)

Foi justamente nesse contexto, marcado por disputas e ações politicamente organizadas no meio cultural, social e jurídico daquele Estado, que a Associação de Paneleiras de Goiabeiras- APG, por meio da sua Presidenta, Berenice Nascimento- com base no Decreto 3551/2000, solicitou a instauração do processo de Registro do Ofício das Paneleiras, que tem como produto a panela de barro, no livro do Registro dos Saberes, em 14 de março de 2001.

O pedido de Registro encaminhado ao IPHAN explicitou a real motivação da necessidade de aplicação do instrumento: a crença das comunidades e ente públicos envolvidos de que ele garante direitos culturais. O reconhecimento do valor cultural daquela prática pelo IPHAN como PCI do Brasil serviria, naquele momento, para fundamentar ainda mais as argumentações e legitimar o direito das Paneleiras à continuidade da prática cultural desenvolvida naquele lugar, considerado singular. A solicitação do Registro foi neste sentido:

> Tal solicitação justifica-se tanto pela necessidade emergencial de proteção da fonte de nossa matéria-prima – a argila do Mulembá – como pelo amplo reconhecimento de nossa atividade como bem do patrimônio cultural de herança indígena que, a partir da nossa comunidade, já faz parte da identidade de Vitória e do Estado do ES. Tal reconhecimento se expressa através das ações políticas da Prefeitura de Vitória – especialmente da Secretaria Municipal de Cultura – no apoio e na promoção do nosso trabalho [...]. (Processo 01450.000672/2002-50)

A partir dessa motivação do pedido de Registro, resta patente a concepção que as bases sociais possuem desse instrumento, de que, com ele, o bem realmente está protegido. Está clara tal premissa quando se verifica o texto acima, que reconhece que "Tal solicitação justifica-se pela necessidade emergencial de proteção da fonte de nossa matéria-prima – a argila do Mulembá". Pretendia-se a proteção da fonte da matéria-prima.

A construção e concretização do Registro, embora ainda se reclame da insuficiência de regulamentação mediante lei específica, como acreditam alguns, significa uma importante conquista rumo à efetivação dos anseios dos grupos sociais, sobretudo de comunidades tradicionais, no reconhecimento de suas práticas. Por meio desse instrumento, de raiz constitucional, é asseverado que as mais diferentes pretensões de reconhecimento e salvaguarda de bens intangíveis sejam concretizadas, garantindo-se a participação dos detentores e produtores no processo de interpretação constitucional.

O Registro veio criar espaços e condições para uma hermenêutica de uma sociedade aberta e plural que afirme discursos de aplicação normativa a partir das visões paradigmáticas concorrentes.

O processo de patrimonialização do Ofício das Paneleiras teve início justamente num contexto marcado por imensos e intensos conflitos, em que a questão fundamental que se colocava era a ameaça do impedimento de extração da argila e o inevitável risco de desaparecimento do saber-fazer panelas e do complexo de saberes associados a essa prática, que é referência cultural relevante, signo da identidade Espírito Santense e patrimônio cultural do Brasil.

Para Vianna (2014, p.25):

> Nesse contexto, o registro apareceu como um instrumento que reforçava o valor cultural daquele ofício junto aos poderes públicos municipais, no sentido de encaminhamento de solução para a questão. A expectativa é que o registro viesse a ser um recurso à mais a favor da reversão de uma situação de ameaça: a construção de um aterro sanitário no lugar do barreiro que fornecia a argila especial, que caracteriza a cerâmica ali produzida.

Estabeleceu-se, naquele instante, um conflito de direitos fundamentais, pautado na dicotomia: direitos culturais versus direito à saúde, sanitário, entre outros. Ao mesmo tempo em que a União declarava, oficial e solenemente, a importância cultural da continuidade do modo tradicional de fazer a panela de barro de Goiabeiras, o Governo do Estado objetivava construir aterro sanitário exatamente na única jazida de onde as paneleiras retiravam a matéria-prima para a confecção da panela.

Instaurou-se, *in casu*, um conflito de normas constitucionais quanto à proteção de bens jurídicos e valores culturais, que envolvia um bem relevante para a União, sob o aspecto cultural, e outro de valor de ordem sanitária, que também é objeto de tutela jurídica. Ficavam, então, alguns questionamentos sobre como resolver o conflito de direitos constitucionais sem que houvesse prejuízos para quaisquer dos bens e valores em questão, ou, ainda, se seria possível a ponderação dos valores em conflito para a construção da melhor resposta.

O Registro, ainda embrionário, foi solicitado no sentido de ser um elemento a mais na resolução do impasse, e ainda que o IPHAN, em seu discurso oficial não atribuísse qualquer força normativa ao instrumento, agiu. Discreta e sorrateiramente, mas agiu. Em 12 de janeiro de 2001, o IPHAN oficiou a CESAN, por meio da Of. 6ª SubR/6ªSR/IPHAN/009/01, constante do processo de Registro 01450.000672/2002-50, noticiando que a Autarquia estava desenvolvendo atividades relacionadas ao Registro do bem cultural "Panela de barro de Goiabeiras", como parte do Inventário Nacional de Referências Culturais- INRC.

O teor do referido Ofício, que em verdade tinha também um cunho de notificação, ao tempo em que dava ciência à CESAN de que se trata de bem em processo de Registro, apontava que "as questões relativas às matérias-primas" são relevantes para que efetivamente ocorra a patrimonialização do bem e, portanto, era interesse da União a resolução da problemática:

> [...] Tal ação visa identificar e documentar o processo de fabricação do bem, *a partir das questões relativas às matérias-primas,* procedimentos técnicos e relações de produção, distribuição e usos, além dos diferentes valores atribuídos e as diversas formas de apropriação social do bem cultural.
> Assim, o INRC se apresenta como um instrumento não só voltado para o registro de bens culturais mas também *para as possibilidades de preservação desses bens.*
> Nesse sentido, e considerando: a localização da jazida de argila utilizada em terreno de propriedade da CESAN e a existência de Termo de Acordo entre a CESAN, a Associação das Paneleiras de Goiabeiras e a SEAMA Nº 001/94- Ref. Proc. Nº 01.92.01058 datado de 1994, gostaríamos de contar com a colaboração de V. Sª na disponibilização das informações pertinentes ou, sendo o caso, na indicação dos órgãos e instituições onde possamos obtê-las. [...] (Processo 01450.000672/2002-50, fl.47)

Como se percebe, há nítida intenção do IPHAN, ainda que tímida, em deixar claro à empresa estadual que a aplicação do INRC e o reconhecimento pelo Registro acabam por legitimar e vincular a ação dessa Autarquia Federal no tratamento da questão posta. Há, a partir da tutela registral, interesse de agir da União plenamente justificado com a elevação do bem cultural à categoria de bem de interesse público e social.

Após diversas tratativas e conversações, de um lado motivada por pressões políticas e econômicas, e, por outro, considerando tratar-se de prática cultural imaterial reconhecida como patrimônio cultural do Brasil, a Associação das Paneleiras e a CESAN chegaram a um acordo. E acordo pressupõe concessões recíprocas. A partir da ponderação dos valores em conflito, as partes optaram pela continuidade da atividade de extração da argila pelas paneleiras e, ao mesmo tempo, pela construção da Estação de Tratamento de Esgoto em local próximo à jazida, adotando-se, para tanto, as medidas de saúde indispensáveis à não prejudicialidade ao barreiro.

Assim, no mês de junho de 2001, a APG celebrou com a CESAN os Termos de Acordo e Permissão de Uso 01/01 e 02/01, em que se permitiu o uso da propriedade do Estado, Vale do Mulembá. O objeto dos aludidos Termos assim se resumem:

> I-DO OBJETO
> Constitui objeto desta Permissão de Uso, a conjugação de esforços das partes antes mencionadas para garantir a continuação do trabalho artesanal das paneleiras de Goiabeiras, que retiram argila no terreno de propriedade da CESAN, desapropriado através do decreto Nº 3.690-E de 25/01/1988, conhecido como Vale do Mulembá, em Vitória, neste Estado, cuja área física é de 640.015,00 e assegurar a construção da Estação de Tratamento de Esgoto, limitada a uma área física de 68.660,36 m² do referido terreno, de acordo com a localização delimitada na planta topográfica anexa a este Termo. Exclui-se desta Permissão de Uso, pela Associação, a área destinada à construção e operação da Estação de Tratamento de Esgoto, e a que eventualmente se fizer necessária.

O Termo 02/01 acresceu ao Objeto do Termo 01/01 o seguinte ajuste: “[...] bem como o apoio ao desenvolvimento institucional de tão importante cultura popular para o Estado do Espírito Santo [...]”.

Sobre a ação da APG recaíram severas críticas, sobretudo porque a sociedade e setores públicos envolvidos no processo não participaram da negociação, havendo, inclusive, moção de repúdio subscrita pelo Conselho Municipal de Cultura de Vitória, conforme documento de fl.128 do Processo de Registro 01450.000672/2002-50.

Em que pese as críticas, percebe-se que, no campo do PCI, ainda que possa gerar a insatisfação de alguns, a tomada de decisão compete aos detentores e produtores dos bens

culturais. Como o Registro ainda dava os seus primeiros passos, foi considerável a conquista empreendida pela comunidade.

O Registro contribuiu para o êxito da APG. Ele surgiu nesse contexto – a partir da crença da comunidade no instrumento – e os resultados parcialmente obtidos foram também creditados ao reconhecimento do bem pelo IPHAN. A Fundação Bunge, em artigo publicado em seu site oficial, aponta para a importância da declaração do Ofício das Paneleiras como patrimônio cultural imaterial:

> Uma vitória que, em parte, deve ser creditada a um poeta e romancista paulistano chamado Mário de Andrade, que durante sua trajetória ocupou vários cargos públicos, entre eles, o de diretor do Departamento Municipal de Cultura de São Paulo.

Não há dúvida de que o produto e o processo cultural são indissociáveis e nisso reside a importância de ser preservar também o produto em si. Sobre isso, preleciona Arantes (2004, p.13):

> [...] as coisas feitas testemunham o modo de fazer e o saber fazer. Elas abrigam também os sentimentos, lembranças e sentidos que se formam nas relações sociais envolvidas na produção e, assim, o trabalho realimenta a vida e as relações humanas. O cabedal produzido pelo trabalho de gerações de praticantes de determinada arte ou ofício é algo mais geral do que cada peça produzida ou executada, do que cada celebração realizada. [...] Mas, em contrapartida, encontra-se em cada obra ou na lembrança que se tem dela o testemunho do que alguém é capaz de fazer.

Ainda há muito que se fazer. Os planos e ações de salvaguarda do Ofício das Paneleiras sempre estiveram voltados à questão do barreiro, do produto e da sua colocação no mercado, sem se atentar para as dimensões sociais, ambientais e culturais de produção e reprodução do ofício. Daí afirmar Vianna (2014, p. 28) que:

> [...] não houve a necessária mobilização e o interesse contínuo das paneleiras e das instituições parceiras no sentido de uma coesão permanente no sentido de elaborar e implementar um plano de ação de curto, médio e longo prazo que abarcasse o universo cultural das paneleiras e trouxesse suas expectativas em relação à condução da política. Completaram-se 10 anos do registro e o processo de revalidação talvez seja um convite a se repensar a salvaguarda em termos de maior mobilização e retorno efetivo para as mulheres que exercem o ofício em questão.

A questão do Barreiro representa um típico caso de contradição entre as ações do Poder Público, em suas distintas esferas, e a ausência de articulação entre os diversos organismos estatais que cuidam do patrimônio cultural, temática transversal e integrada. “Trata-se de um exemplo claro de divergência e incoerência entre políticas setoriais: enquanto

o Iphan promove ações de salvaguarda, o órgão ambiental estadual licencia uma obra com impacto direto sobre o barreiro utilizado pelas paneleiras." (SANTILLI, 2013, p.10)

Faltou ao Estado do Espírito Santo e também ao IPHAN articulação e diálogo acerca da necessidade de observar que o ofício das paneleiras emprega tradicionalmente matéria-prima da natureza; aquela jazida única é parte do meio ambiente e se tornou lugar de memória, o que impõe a necessidade de promover avaliação de impactos ambientais, licenciamento ambiental, estudo prévio de impacto ao meio ambiente, na forma das Leis 6.938/81 e 9.605/98, que tratam, respectivamente, da Política Nacional de Meio Ambiente e dos Crimes ao Meio Ambiente Cultural.

Na visão de Santilli (2013, p. 6-7, grifos nossos), após o processo de patrimonialização, dada a transversalidade das temáticas que circundam o patrimônio cultural, sobretudo no que se refere ao meio ambiente, o IPHAN passa a ter legitimidade para atuar em parceria com os órgãos ambientais quando se trata de bem cultural reconhecido:

> O licenciamento ambiental deve ser também um instrumento de acautelamento e proteção do patrimônio cultural material e imaterial. Em Minas Gerais, os procuradores da República expediram, em 2011, uma recomendação ao IBAMA e à Secretaria de as regras de licenciamento ambiental, em especial as que tratam do patrimônio arqueológico. O objetivo é resguardar o patrimônio arqueológico existente em locais submetidos a intervenções provocadas pela execução de obras públicas e privadas. **Os órgãos ambientais devem, portanto, incluir no licenciamento, efetiva participação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) no processo de tomada de decisões, em cada uma das etapas do licenciamento ambiental.** Em geral, o licenciamento ambiental ocorre em três fases: licença prévia, de instalação e de operação. A cada etapa desse procedimento corresponde outra no Iphan: de diagnóstico da área, de prospecção e de eventual resgate ou mesmo indicação de conservação dos achados ou dos sítios arqueológicos encontrados. Tais etapas devem ser compatibilizadas pelas instituições envolvidas no licenciamento ambiental, nos termos da Portaria 230/2002, do IPHAN.

A instalação e funcionamento da Estação de Tratamento de Esgoto (ETE) não impossibilitou a extração do barro, cuja continuidade foi garantida às Paneleiras, que "podem extraí-lo diretamente ou comprá-lo de tiradores que o trazem de caminhão até Goiabeiras." Houve, contudo, uma espécie de regulamentação administrativa da questão, atentando-se para legislações ambientais e minerais, conforme consigna o Dossiê 3 do IPHAN (2006, p.24): "No entanto, para garantir a continuidade de acesso à matéria-prima, nesses últimos anos, as paneleiras tiveram que regularizar a exploração do barreiro, submetendo-se às legislações ambiental e mineral para obter a correspondente licença para extração da argila".

A Ordem Constitucional da Cultura, de 1988, não estabeleceu somente parâmetros para identificação, reconhecimento e valorização dos bens culturais intangíveis, não somente qualificou o patrimônio cultural brasileiro, mas também criou norma cogente no sentido de nortear a atuação do Poder Público e da comunidade quanto à preservação dos bens registrados. A CF/88 conferiu fundamento de validade à criação dos próprios instrumentos legais a serem utilizados pela Administração Pública e pelas bases sociais no cumprimento de suas atribuições de promoção e proteção dos bens de cultura.

A razão de ser do sistema jurídico de preservação do patrimônio é a continuidade do dos bens culturais, sejam estes dotados de valor histórico, artístico, estético ou estejam vinculados ao meio ambiente natural, coleções e acervos, ou até mesmo sejam componentes das categorias do patrimônio imaterial- lugares, celebrações, formas de expressão e saberes. Todos os instrumentos protetivos constantes da CF/88 e das demais normas infraconstitucionais, bem como repertórios legais que vierem a ser positivados pelo Poder Legislativo federal, estadual e municipal, assim como decisões administrativas ou judiciais, devem efetivar uma proteção integral das diferentes identidades culturais nacionais.

Ignorar a força do Registro no contexto ora vivido, sendo este um instrumento concretizador do direito à cultura e à memória, "é estabelecer contradição entre o discurso e a realidade do sistema normativo, elaborado por ingentes esforços, sedimentado em alicerces histórico-universais; é permitir que se esvaeça como utopia o ideal de garantia dos jurisdicionados." (MARCON, 2004, p. 226)

5.2.4 Registro dos Saberes, o ofício das baianas de acarajé da Bahia

O questionamento levantado poeticamente por Dorival Caymmi em torno de investigar, de fato, sobre "o que é que a baiana tem?", norteou, por certo, o redimensionamento de toda a pesquisa desencadeada pioneiramente no âmbito no Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular (CNFCP), em meio ao Projeto Celebrações e Saberes da Cultura Popular, desenvolvido dentro do PNPI. Da inicial pretensão em analisar a "cultura do feijão", produto básico de que é feito o acarajé, ampliou-se o foco da investigação para o

sistema alimentar brasileiro e, por fim, o acarajé foi eleito como o elemento representativo da cultura afro-brasileira objeto das pesquisas.

Da ideia também inicial de apoiar a produção de artesanato tradicional – a indumentária da baiana, projeto desenvolvido pelo CNFCP e pelo IPHAN, também desencadeou-se a necessidade de aplicação do Inventário, no caso o Inventário Nacional de Referências Culturais (INRC), e, após, do Registro do Ofício de Baiana de Acarajé.

O INRC, enquanto metodologia desenvolvida pelo IPHAN para identificação e reconhecimento do patrimônio cultural, quando da sua aplicação pelo CNFCP, já forneceu os subsídios necessários à deflagração do processo de Registro, dispensando, assim, a fase de instrução preliminar. Isso porque, a abordagem dos pesquisadores e técnicos já apontava no Inventário o mérito para a salvaguarda do Ofício de Baiana, dada a densidade histórica que fundamentava a sua relevância cultural.

As informações recolhidas no inventário influenciaram, sobremodo, os pareceres técnicos exarados no processo de Registro. Segundo Lima (2012, p.75): “No caso do inventário das baianas, as principais marcas da narrativa elaborada na pesquisa referem-se à inserção das dimensões culturais específicas do ofício no espaço definido como ‘nacional’ e à importância das tradições afro-brasileiras como componente cultural que constitui a cultura brasileira.”.

Durante a inventariança, participaram efetivamente atores sociais importantes que conferiram maior legitimidade ao processo de patrimonialização do Ofício de Baiana de Acarajé. Tanto os próprios detentores e produtores, representados naquele contexto pela ABAM- Associação de Baianas de Acarajé, Mingau e Receptivos da cidade de Salvador, como entidades públicas, a exemplo do Instituto Mauá, Centro de Estudos Afro-Orientais-CEAO, da UFBA, e até mesmo o Terreiro já tombado pelo IPHAN, Ilê Axé Opô Afonjá. Concomitantemente ao PNPI, o CNFCP desenvolvia o PACA (Programa de Apoio às Comunidades Artesanais).

No Estado da Bahia, território onde a prática cultural das baianas se faz bastante intensa, a ABAM, desde a sua criação, em 1992, já atuava em defesa da consolidação de direitos ao lado do governo Estadual e do Município de Salvador. Tanto é assim que, antes mesmo do Registro e da aplicação do INRC, o Município de Salvador, em articulação com o movimento das baianas, ávidas pela conquista de garantias, elaborou o Decreto-Lei 12.175, de 25 de novembro de 1998, justamente no dia da baiana de acarajé, o qual dispõe sobre a

localização e funcionamento do comércio informal exercido pelas baianas de acarajé e de mingau em logradouros públicos.

Esse Decreto traz uma série de previsões que regulamentam o comércio do acarajé na cidade do Salvador, sua prática e comercialização. Para a época de sua formulação, 10 anos após a previsão constitucional de dever do Estado de proteger as manifestações das culturas populares afro-brasileiras (art. 215, §1º, CF/88), a legislação municipal foi bastante garantista e já revelava a preocupação em se preservar as marcas da tradição da cultura afro-brasileira.

O art. 2º, § 2º do aludido Decreto-Lei determina que: "As baianas de acarajé, no exercício de suas atividades em logradouro público, utilizarão vestimenta típica de acordo com a tradição da cultura afro-brasileira".

Em 27 de novembro de 2001, o Poder Legislativo do Município de Salvador, por meio do Projeto-Lei 229 institui o acarajé como patrimônio cultural de Salvador, nestes termos: "Art. 1º Fica instituído como PATRIMÔNIO CULTURAL de Salvador, o Acarajé, iguaria da culinária baiana, de origem afro-descendente". Tanto nesta quanto na outra legislação, assim como no próprio Registro, fica evidente a intenção do Estado de ressaltar uma identidade étnico-racial e que estivesse vinculada à Bahia, pela afirmação do que Hall (2005, p. 73) chama de "identidades locais, regionais e comunitárias".

A relevância do bem cultural baiano, traduzida no Ofício de Baiana, não mais se resumia em seu ofício, mas também na figura do próprio acarajé. Tanto é assim que, já em 2002, a ABAM dirigiu o pedido de Registro "do acarajé" no Livro de Saberes do IPHAN, abrindo-se, então, o processo 01450.008675/2004-01. A solicitação foi subscrita pela ABAM, pelo CEAO da UFBA e pelo Terreiro Ilé Axé Opô Afonjá, e dirigido ao Ministro da Cultura Francisco Weffort:

> Com base no decreto presidencial 3.551 de 4 de agosto de 2000 que institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial e o Programa Nacional de Patrimônio Imaterial, a Associação de Baianas de Acarajé e Mingau do Estado da Bahia (ABAM), o Terreiro Ilé Axé Opô Afonjá, o Centro de Estudos Afro-Orientais da Universidade Federal da Bahia (CEAO/UFBA) e os abaixo assinados solicitam o registro do acarajé no LIVRO DE SABERES do Patrimônio Imaterial do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan).
>
> Esta solicitação está embasada em exaustivo levantamento de referências culturais que foi implementado pelo Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular/Funarte/Minc, com o apoio da Secretaria de Patrimônio, Museus e Artes Plásticas/Minc, por meio do Projeto Celebrações e Saberes da Cultura Popular. Com esse projeto foram inventariados (sic) as técnicas de feitura do acarajé, o registro do universo simbólico relacionado, e o levantamento dos documentos científicos e artísticos sobre o bem.
>
> A especificação do bem, assim como, a justificativa deste pedido, as declarações de interesse de representantes de grupos produtores de acarajé e o Inventário realizado

> encontram-se em anexo para a apreciação do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

Esse Registro foi, então, processado pelo IPHAN, sumariamente, pelo fato de já existir farta documentação oriunda do INRC. Ao mesmo tempo em que ocorria a instrução do Registro, eram promovidas oficinas voltadas para a transmissão dos saberes associados aos trajes das baianas, pano da costa, fios de conta, valorização do seu universo cultural, criação do Memorial das Baianas em parceria com a Prefeitura da Capital baiana.

Já estava consolidado que o modo de fazer acarajé envolve as práticas e os saberes tradicionais presentes na vida de centenas de mulheres da cidade do Salvador, geralmente descendentes de escravos e que mantiveram seus costumes, tradições, a duras penas, como numa espécie de "resistência" e combate ao racismo e à segregação racial. As narrativas utilizadas para demonstrar a relevância dos bens como representativos do patrimônio cultural afro-brasileiro apoiavam-se basicamente na trajetória histórica dos negros no Brasil e a vinculação das dinâmicas do período escravista à manutenção de suas práticas culturais e simbólicas, herdadas dos seus ancestrais.

O dossiê de Registro e também do Inventário apontavam não apenas para o modo tradicional de fazer e vender o acarajé – um bolinho de feijão-fradinho, cebola e sal, batido na panela com colher de pau, frito em azeite-de-dendê, recheado com vatapá, caruru, salada, pimenta, vendido nas ruas, em tabuleiros, frito na hora, diante dos fregueses, que comem de pé e sem talheres, etc- e também o ritual de limpeza do ponto e sua abertura, mas toda uma narrativa é construída a partir da trajetória histórica das mulheres afro-brasileiras, que desde o período colonial, enquanto escravas ou libertas, preparavam o acarajé e vendiam à noite pelas ruas em cestos ou tabuleiros na cabeça. (IPHAN, 2007, DOSSIÊ 6)

Os estudos apresentam o recorte daquilo que é significativo para reconhecimento do ofício enquanto patrimônio cultural do Brasil, descrevendo o tabuleiro da baiana como um espaço que reúne e reproduz práticas culturais coletivas e o acarajé como um elemento típico do sistema culinário baiano, marca identitária e referência cultural, uma comida sagrada e ritual, vinculada ao universo do candomblé, sendo que a sua patrimonialização se deu, sobremodo, para fins de reconhecimento do valor simbólico que envolve o seu ofício. (VIANNA ET AL, 2005)

Tal valor está voltado não apenas para o modo de fazer o acarajé, mas às roupas utilizadas por elas, à etnicidade, gênero e, sobretudo, a sua vinculação às religiões afro-brasileiras.

Segundo Vianna et al (2005, p. 56):

> Faz-se pelo traje a primeira e mais marcante identificação da baiana de acarajé. Trata-se de rica e complexa montagem de panos. Turbante, tecido de diferentes formatos, texturas e técnicas de dispor, conforme intenção social, religiosa, étnica, entre outras; anáguas, várias, engomadas, com rendas de entremeio e de ponta, saia, geralmente com cinco metros de roda, em tecidos diversos, com fitas e também rendas, entre demais detalhes na barra. Camisu, quase sempre rebordada na altura do busto, bata por cima e em tecido mais fino, pano-da-costa, ou pano-de-alaká, de diferentes usos, tecidos em tear manual, outros panos industrializados, retangulares, cujos estampados remetem à África.
> O turbante afro-brasileiro é de influência afro-islâmica- maneira de proteger a cabeça do sol dos desertos ou de outras áreas tórridas do continente africano.

O IPHAN delimitou no Registro o que, de fato, no universo simbólico e prático do ofício da baiana de acarajé, tem maior relevância, e a partir dessa definição e recorte é que a sua atividade se vincula, no sentido de promoção e proteção como bem cultural, enquanto bem de interesse público e social.

A cártula que certifica a inscrição do Ofício das Baianas de Acarajé no Livro dos Saberes, lavrada pela profª Márcia Sant'Anna, à época Diretora do DPI, sintetiza o conteúdo do processo administrativo 01450.008675/2004-01 e anexos, em que se encontram reunidas as mais completas informações sobre este bem cultural, por meio de documentos textuais, bibliográficos e audiovisuais:

> É a prática tradicional de produção e venda, em tabuleiro, das chamadas comidas de baiana, feitas com azeite de dendê e ligadas ao culto dos orixás, amplamente disseminadas na cidade de Salvador, Bahia. Dentre as comidas de baiana destaca-se o acarajé, bolinho de feijão fradinho preparado de maneira artesanal, na qual o feijão é moído em um pilão de pedra (pedra de acarajé), temperado e posteriormente frito no azeite de dendê fervente. Sua receita tem origens no Golfo do Benim, na África Ocidental, tendo sido trazida para o Brasil com a vinda de escravos dessa região. [...]
> A atividade de produção e comércio é predominantemente feminina, e encontra-se nos espaços públicos de Salvador, principalmente praças, ruas, feiras da cidade e orla marítima, como também nas festas de largo e outras celebrações que marcam a cultura da cidade. A indumentária das baianas, característica dos ritos do candomblé, constitui também um forte elemento de identificação desse ofício, sendo composta por turbantes, panos e colares de conta que simbolizam a intenção religiosa das baianas.
> Os bolinhos de feijão fradinho, destituídos do recheio utilizado para o comércio, são, inclusive atualmente, oferecidos nos cultos às divindades do candomblé, especialmente a Xangô e Oiá (Iansã). Para sua comercialização são utilizados vatapá, caruru e camarão seco como recheio e o tabuleiro no qual é vendido também é composto por outros quitutes tais como abará, passarinha (baço bovino frito), mingaus, lelê, bolinho de estudante, cocadas, pé de moleque e outros.
> Os aspectos referentes ao Ofício das Baianas de Acarajé e sua ritualização compreendem: o modo de fazer as comidas de baianas, com distinções referentes à oferta religiosa ou à venda informal em logradouros soteropolitanos; os elementos associados à venda como a indumentária própria da baiana, a preparação do tabuleiro e dos locais onde se instalam; os significados atribuídos pelas baianas ao

> seu ofício e os sentidos atribuídos pela sociedade local e nacional a esse elemento simbólico constituinte da identidade baiana. A feitura das comidas de baiana constitui uma prática cultural de longa continuidade histórica, reiterada no cotidiano dos ritos do candomblé e constituinte de forte fator de identidade na cidade de Salvador.

Esse recorte dado ao Registro do Ofício de Baiana delimita o campo de atuação do IPHAN na salvaguarda. As próprias baianas e a comunidade definiram o que, dentro do ofício, é merecedor de atenção especial. O modo de fazer, as distinções alusivas à oferta religiosa, os elementos associados à venda como as vestimentas especiais, a preparação dos locais de venda, os significados atribuídos à prática, tudo isso constitui a identidade da baiana de acarajé, e que tanto o objeto do Registro quanto as baianas reconhecem como passível de promoção e proteção. E daí decorre a legitimidade do IPHAN em atuar em defesa da preservação desse bem cultural, utilizando de todos os mecanismos de defesa de direitos culturais existentes na ordem jurídica nacional.

Percebe-se que a imagem da baiana foi difundida e ganhou campo com o crescimento do turismo, no final da década de 1960 e 1990, aumentando significativamente a venda e produção do acarajé, com inevitável expansão do universo simbólico. Percebe-se ai, de forma acentuada, a construção de "uma imagem de representações afro-baianas, onde um dos elementos escolhidos como definidores da 'baianidade' foi o ofício de baianas de acarajé" (MARTINS, 2010, p. 22).

A célere dinâmica cultural impôs e, continuamente, impõe certas transformações no modo de fazer e comercializar o acarajé. As problemáticas em torno dessa atividade complexa vinham se acumulando, muitas delas ainda sem uma solução efetiva, embora já identificadas no processo de patrimonialização, e acabaram por eclodir após o Registro nas ações de salvaguarda a serem construídas pelo IPHAN e pelas baianas.

A partir disso é que se vai percebendo como a comunidade concebe o Registro e os limites de atuação do IPHAN enquanto parcela de poder do Estado, a quem compete promover e coordenar o processo de preservação do patrimônio cultural brasileiro, visando fortalecer identidades, garantir o direito à memória e contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do País, na acepção do art. 216 da Constituição Federal de 1988.

Com base nas reuniões pós-registro entre Abam, Iphan e parceiros, verificou-se que a salvaguarda desse bem implica no tratamento de complexas e diversificadas apropriações da figura da baiana de acarajé, pois além do reconhecimento, elas reivindicavam o apoio na solução de diferentes questões, a exemplo da discriminação e dificuldades enfrentadas na

prática do seu ofício, condições de trabalho, intolerância religiosa, preconceito de raça e gênero, “a desvalorização do universo do candomblé, a descontextualização do acarajé de seu universo cultural original e sua conversão a mero produto de consumo massivo, destituído dos significados relevantes para a história, memória e identidade nacional”. (VIANNA, 2014)

Em 2010, no Estado do Maranhão, a Coordenação de Salvaguarda do DPI reuniu gestores de planos de salvaguarda de bens registrados para discutir planos e ações, e no bojo deste encontro a presidente da ABAM, Rita Ventura, aponta algumas dificuldades:

> O embate entre a tradição e o comércio, é acarajé virou um comércio, nós sabemos com o desemprego muitas pessoas passaram a vender acarajé, não é como o caso delas aqui que foi uma tradição de mãe para filha, hoje tenho um baiano, que apesar de acarajé ser tradicionalmente feminino, nós temos 10% de homens vendendo acarajé, uns porque as mães não tiveram filhas, tiveram homens, então os homens, no caso de uma baiana que só teve um filho e é homem, então ele é baiano de acarajé. E agora o nosso maior problema são os acarajés evangélicos, os bolinhos de Jesus, pelo que eu sei acho que religião está no coração, não importa a religião que a pessoa esteja, mas ela tem que respeitar as leis, as tradições e a nossa cultura. Tudo bem elas precisam também, mas precisam nos respeitar, outra coisa a maioria dessas baianas já foram de religião de matriz africana, hoje trocaram de religião, passaram a ser evangélicas, mas tem que levar o dízimo para a igreja e ela tira do acarajé porque vende bem. (VENTURA, 2010)

A partir desse depoimento e de tantos outros realizados durante o contato da CGSG com as baianas, Vianna (2014, p. 42, grifos do autor) sintetiza o processo de vitimização por qual passam estas dententoras e produtoras, o que tem significado um grande desafio à Salvaguarda:

> O imperioso e multifacetado mercado apresentava naquele momento o *acarajé de Jesus*, amplamente comercializado em Salvador – sinalizando para a questão da conversão de parte significativa da população às religiões evangélicas; e a ressignificação de elementos culturais identitários – como o acarajé – comida de rua, alimento cotidiano apreciado por uma massa de consumidores de diferentes classes e etos, sobretudo na metrópole baiana. No mesmo contexto, as ações de vigilância sanitária criminalizavam as baianas e seus tabuleiros como insalubres e se processavam a *higienização* material e simbólica. Fábricas de panelas de inox financiavam caixas/tabuleiros acéticos com panelas reluzentes a serem areadas sem parar... Colheres de pau no lixo... Nada de figas e balangandãs...

Sob o ponto de vista de muitos detentores e produtores do ofício de baiana de acarajé, estes sempre reconheceram a importância de manter a forma tradicional de fazer e comercializar o acarajé:

> Nós somos vendida lá fora vestidas assim, o turista quando chega a Salvador ou em qualquer lugar quer ver uma baiana vestida assim, ele não quer ver de short, na praia

> elas ficam de biquíni, outras usam saias compridas de evangélicas, touquinha de médico na cabeça, e não é isso que o turista vem ver, tanto que a BAHIATURSA está com uma pesquisa, que perguntou aos turistas: o que eles vão ver primeiro na Bahia? Mais de 50% vão ver uma baiana, na segunda vão ver o acarajé, e não é isso que eles compram lá fora, então é uma propaganda enganosa, porque os governantes viajam carregando duas ou três baianas assim e quando chegam em nosso estado encontram lá mulher de bermuda, de calça comprida, se vai na praia, elas estão de biquíni vendendo acarajé . (VENTURA, 2010)

Da análise do processo de Registro em tela, observa-se que as discussões apresentadas pelas baianas são anteriores ao Registro e desde a sua instrução foram devidamente postas ao IPHAN, que reconheceu a importância do bem cultural, colocando-se ao lado das detentoras e produtoras para fornecer-lhes o necessário apoio. Restava, naquele momento, deixar suficientemente claro quais os limites de atuação do IPHAN frente às problemáticas postas e o papel do Registro enquanto instrumento jurídico de proteção à face imaterial do patrimônio cultural.

As baianas reconhecem no Registro um forte aliado para a conquista e reconhecimento de direitos culturais, de modo que, constantemente, vêm recorrendo ao IPHAN para auxiliar e participar dos processos de discussão das diferentes situações que vivenciam na sua lida. Isso é importante, porque para além da preocupação com os efeitos jurídicos do Registro, elas demonstram um entendimento sobre a concepção de patrimônio como uma categoria de pensamento voltada para a interpretação do processo de patrimonialização por qual passam.

Bitar (2012, p.39) enfatiza que:

> O registro do ‘ofício’ é visto, pelas baianas, como instrumento de legitimação de seu trabalho, diferenciando-as, por exemplo, de todos os demais vendedores ambulantes. Mas em outras ocasiões, essas baianas questionam: “Para que serve o registro?. Há uma preocupação das baianas de acarajé quanto à utilidade da medida. Na maioria dos casos, as baianas utilizam o registro como argumento para vencer dificuldades de legalização do ponto de venda de acarajé.

Mais adiante, registra: “Sonia diz que ‘hoje o acarajé é patrimônio’, o que, para ela, significa que a Prefeitura não pode agir contra as baianas na legalização do seu ponto de venda de acarajé”. (BITAR, 2010, p. 39)

A preocupação com a possível descaracterização do modo tradicional de fazer e vender o acarajé sempre esteve presente no processo de patrimonialização, conforme demonstrado. E tal preocupação, reconhecida quando da celebração do Registro, foi objeto, inclusive, de legislação municipal, dada a intensidade como as alterações vinham se processando.

Após o Registro, as baianas têm buscado utilizar-se do Título de Patrimônio Cultural

do Brasil em variadas situações que envolvem tensões e conflitos entre os direitos culturais a si outorgados pelo reconhecimento do IPHAN em face de normas legais e infra legais criadas no âmbito municipal, estadual e federal, e até mesmo em casos de celebração de contratos que envolvem a imagem e direitos dessa comunidade:

> Em 2005 após o registro, a Abam começa a se utilizar da categoria de patrimônio, para Rita Ventura "agora, que as baianas são patrimônio, vamos melhorar" (Bitar: 2010,196).
> Acionam a sua titularidade a todo momento buscando legitimar seus argumentos e posições. O registro para estas baianas significou muito mais um recurso retórico a ser utilizado em processos de negociação de suas demandas, do que propriamente, a possibilidade de resguardar seus aspectos simbólicos. Como afirmado já no início deste texto, a categoria de patrimônio permite diversas apropriações, neste caso, a Abam e as baianas de acarajé, preocupam-se significativamente com o retorno prático e real o qual o registro poderia lhes proporcionar. São demandas reais e concretas, que envolvem regulamentações trabalhistas, acesso a bens e serviços, condições mais dignas de trabalho, enfim questões que muitas vezes extrapolam a jurisdição do IPHAN. Estas diferentes percepções sobre o processo de patrimonialização do ofício de baiana de acarajé acabou gerando um ambiente de insatisfação das duas partes. De um lado o IPHAN reclama de uma "razão prática" na visão da Abam, e de outro, a associação questiona o alcance e resultados do próprio registro. (MARTINS, 2010, p.25)

A visão das baianas, assim como a de outros detentores e produtores, sobre o Registro traz um desafio constante ao IPHAN. No contexto institucional, diante dos questionamentos por elas propostos, fica o desafio de fazer com que as interpretações não-oficiais cheguem até a Autarquia e demais entes públicos também responsáveis pela proteção aos bens de cultura, inclusive o Poder Judiciário e ao Ministério Público, encarregados de interpretar e executar os preceitos constitucionais. No Estado Sociocultural de Direito deve existir uma preocupação maior- a par do tradicional caráter autoritário e unilateral da Administração Pública, devido à carência de uma perspectiva sólida que a vincula ao respeito e ao dever de dar concretude máxima aos direitos fundamentais que servem de princípios estruturantes do Estado que se almeja Democrático e de Direito e, por consequência, de referência para o poder administrativo sancionador exercido pelos órgãos estatais.

Esta institucionalização das interpretações não-oficiais implica reconhecer que os participantes do processo de interpretação, decisão e aplicação da norma constitucional não são apenas e necessariamente órgãos que integram o Estado. É dizer, a interpretação constitucional "não é um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático". (HÄBERLE, 1997, p. 23)

A efetivação dessa perspectiva interpretativa proposta por Häberle também tem o

mérito de conciliar, num só espaço, as diferentes perspectivas de valores e fórmulas de felicidade, ou seja, o reconhecimento de uma pluralidade de intérpretes de sua própria cultura abre espaço para o contato com o pluralismo e a diversidade cultural e nos permite resistir à massificação das empresas globais. (MAGALHÃES, 2002b, p.37)

Deste modo, as estruturas oficiais do Estado devem estar suficientemente preparadas e dispostas a concretizar o que Giddens (2002) chama de "sociedade reflexiva", a partir de uma reflexão realizada pelo cidadão dos seus próprios valores e cultura. A visão procedimental e pluralista apresentada por Häberle, lastreada numa teoria democrática, contribui, sobremodo, para a efetivação dos valores culturais de uma sociedade reflexiva.

É bastante claro que a finalidade primeira e precípua do Registro é identificar, reconhecer e valorizar o patrimônio cultural em sua dimensão imaterial e foi aplicado ao universo simbólico das baianas a fim de dignificar e sobrelevar um ofício tradicional que é emblema de um legado cultural, signo da diversidade que marca a sociedade brasileira.

O reconhecimento oficial desses valores simbólicos pelo Estado mediante o Registro, como aqui se defende, vincula a ação estatal no sentido de que esse instrumento jurídico legitima a sua participação efetiva nos processos de discussão que envolvem o bem cultural tutelado. Vale dizer, as questões atinentes a direitos culturais das baianas de acarajé objeto de salvaguarda do IPHAN, guardadas as limitações relativas à competência e autonomia da instituição, se for do interesse das detentoras e produtoras do bem cultural, devem ser de conhecimento do Órgão, o qual deverá agir no sentido de conferir a máxima proteção ao bem cultural.

Apesar de o Registro do Ofício de Baianas ter decorrido de um processo já iniciado pelo CNFCP, houve a solicitação formal para a aplicação do instrumento, páginas 3 a 8 do processo administrativo 01450.008675/2004-01, subscrita por muitas delas, onde foi declarada a intenção em dar continuidade a uma prática cultural que, para elas, é relevante. Trata-se, portanto, de uma relação que se aproxima da contratual, um ajuste de vontade, marcado pela liberalidade e espontaneidade, e construído entre Poder Público e comunidade interessada. Um pacto sociocultural!

Nesse acordo de vontades o elemento indispensável à sua perfeição e validade é a junção de interesses voltada para um fim específico: a tutela e salvaguarda do patrimônio cultural apontado pela comunidade como merecedor de especial atenção do Estado. Esse acordo é oriundo de mútuo consenso das partes e, independente de sua espécie ou natureza, é caracterizado como negócio jurídico com o objetivo de gerar direitos e obrigações entre as

partes envolvidas, com lastro em três princípios: autonomia das vontades, supremacia da ordem pública e obrigatoriedade.

Com o Registro, o Estado passa a ter legitimidade para mediar e também pleitear direitos das comunidades detentoras e produtoras de bens patrimonializados, atuando ao lado dessas no sentido de buscar equilibrar as relações com particulares e também com o próprio Poder Público, já que, geralmente, se tratam de grupos tradicionais vulneráveis e juridicamente hipossuficientes.

A intenção do legislador Constituinte, ao prever na Carta de 1988 que o "Poder Público" promoverá e protegerá o patrimônio cultural imaterial "com a colaboração da comunidade", reconhece que a eficácia dessa proteção só será garantida se as bases sociais, de fato, estiverem envolvidas. Cria-se, deste modo, uma obrigação para a comunidade e a sua responsabilidade em agir no sentido de garantir, ao máximo, que o bem cultural por si apontado como representativo tenha a sua continuidade histórica. É um compromisso, além de político, jurídico.

Percebe-se não haver uma compreensão de muitas comunidades neste sentido, embora, de outro lado, elas demonstrem a convicção de que o Registro efetivamente, além de reconhecer, protege o bem cultural, criando para o IPHAN atribuições que não se resumem apenas em fomento, promoção e valorização. Elas, constantemente, chamam o IPHAN à discussão, e a Autarquia, embora ainda limitada na sua atuação no trato com o patrimônio cultural imaterial, começa a dar concretude e solidez às suas ações protetivas.

Para exemplificar, necessário analisar recente demanda, que apesar de não ter sido devidamente encaminhada pela ABAM ao IPHAN, chegou ao conhecimento dessa Autarquia, que interveio na análise e discussão sobre a celebração de contrato proposto por famosa marca de Refrigerantes para as baianas, o que gerou certos desconfortos a muitos dos envolvidos, desde a mais alta casta das baianas aos empresários.

Antes de abordar o caso específico da Empresa de Refrigerantes, importa contextualizar o assunto, ressaltando que até o ano de 2009 houve a celebração de convênio entre Iphan/ABAM para a gestão do Pontão de Bem Registrado, momento em que o Memorial das Baianas, lugar de referência e salvaguarda desse bem, passou a ter sua gestão desvinculada do Programa Cultura Viva. Já em 2010, a ABAM demonstrou não possuir recursos suficientes para a gestão autônoma do Memorial, o qual padecia de manutenção, sobretudo após as torrenciais chuvas que o assolaram nesse mesmo ano, comprometendo a

estrutura do imóvel, que sofreu infiltrações de água e outros problemas no ar-condicionado central.

Segundo Tozi (2010), o DPI somente tomou conhecimento do estado de precariedade do Memorial das Baianas quando da realização do II Encontro Nacional das Baianas, em novembro de 2010, através da participação de uma técnica e depois durante o processo de avaliação da salvaguarda do Ofício de Baiana, que se deu entre setembro e novembro do mesmo ano. Foi nesse contexto que o DPI apontou a necessidade de a ABAM informar e solicitar, formalmente, apoio técnico à Superintendência do Iphan na Bahia, bem como requerer autorização à Prefeitura de Salvador para a realização das obras, já que o imóvel é bem público, de propriedade da municipalidade.

Não houve, contudo, a obediência à necessidade de formalização do pedido de apoio e intervenção ao IPHAN, como indicado pelo DPI, o que somente se deu no mês de abril de 2011, quando a ABAM encaminhou e-mail, noticiando o fechamento do espaço e a interrupção das atividades do Memorial. (TOZI, 2012)

Foi no bojo desse processo que a Empresa de Refrigerantes se aproximou das Baianas, apresentando proposta de parceria, inicialmente com o fim de celebrar contrato com estas para reforma e adequação do Memorial e ainda para capacitação do exercício do comércio do acarajé, tendo como contrapartida a realização de campanha publicitária da marca do refrigerante, utilizando-se, para tanto, a imagem de patrimônio cultural do bem em 150 pontos de venda do acarajé em Salvador. Essa tratativa se manteve oculta durante certo tempo.

A CGSG/DPI/IPHAN apenas teve conhecimento no I Ciclo de Formação das Baianas, em julho de 2011, oportunidade em que se buscou construir um comitê gestor que pudesse orientar as ações de salvaguarda das baianas, voltadas à formação de gestoras do bem, que ocorreu em Santo Amaro da Purificação, com a participação das novas lideranças de baianas que se consolidavam nos estados da federação.

Conforme aponta Tozi (2012), por meio da Informação Técnica 15/2012:

> Informados da intenção dessa parceria ABAM/Empresa de Refrigerantes, as técnicas da CGSG sugeriram à presidência da ABAM que ficasse atenta ao uso da imagem das baianas em campanhas publicitárias e atentar para a ‘legalidade’ desse tipo de contrato com uma entidade de classe. Com esse quadro complicador à frente, a ABAM solicitou que o Iphan apoiasse técnica e juridicamente a formalização das tratativas que estavam em andamento. Assim, em agosto de 2011, o DPI convocou uma reunião com representantes da ABAM, Empresa de Refrigerantes e Prefeitura Municipal de Salvador para apresentar as diretrizes que norteiam o Programa

> Nacional do Patrimônio Imaterial/PNPI, indicar a tipologia de ações que integram o "Termo de Referência para Planos de Salvaguarda", elaborado e adotado como eixo de trabalho da Coordenação Geral de Salvaguarda/ CGSG e discutir as implicações jurídicas, nos termos da parceria proposta, que envolvessem a apropriação de discursos patrimonializantes em detrimento de interesses comerciais.

Tendo em vista a tipologia de ações de salvaguarda contempladas no "Termo de Referência de Plano de Salvaguarda" e as normativas relativas ao tipo de proposta pela ABAM, Empresa de Refrigerantes e Prefeitura de Salvador, o DPI solicitou o auxílio técnico-jurídico da Procuradoria Federal no IPHAN, que acompanhou todo o processo, analisando o material publicitário apresentado pela Empresa e que continha informações até então desconhecidas pelo IPHAN. Era necessário discutir as implicações jurídicas decorrentes dos termos da parceria proposta pela Empresa, já que envolviam a apropriação de discursos patrimonializantes em detrimento de interesses comerciais que, à primeira vista, pareciam escusos.

Analisaram-se, também, as obrigações previstas na minuta do instrumento contratual apresentado, cujo objeto alteraria substancialmente a prática cultural tradicional que envolve o Ofício de Baiana de Acarajé, nos moldes como por elas assinalado como importante à preservação: a manutenção do tradicional modo de fazer e comercializar o acarajé.

Na proposta visual inicialmente apresentada pela Empresa de Refrigerantes para a campanha publicitária, a venda de acarajé estava associada ao consumo do refrigerante "X", havendo o comprometimento de exclusividade de 150 pontos de baianas, em diversos pontos de Salvador. De outro lado, a Empresa promoveria algumas obras no Memorial, cursos de capacitação para a venda de acarajé e o pagamento de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) mensais para a manutenção predial durante o período de um ano.

O objeto e a obrigação delineados no contrato inicial assim se resumem:

> 1.1 O presente contrato tem por objeto o patrocínio pecuniário por parte da PATROCINADORA a título de ativação comercial dos "pontos das Baianas", treinamento de capacitação dessas colaboradoras e reforma do Memorial das Baianas, devidamente discriminadas na cláusula terceira, tudo no intuito de salvaguardar o ofício das baianas de acarajé nos Municípios de Salvador/BA e Região Metropolitana (Lauro de Freitas, Simões Filho e Camaçari). [...]
>
> 3.2 A PATROCINADA, em contrapartida aos valores ora avençados, assegura a PATROCINADORA a utilização da sua marca em todas as mídias relativas disponíveis, da seguinte forma:
> - No caso da comercialização de refrigerantes por parte das baianas e do Memorial, utilizar preferencialmente os produtos "X".
> - Ativação com o kit "X" das baianas cadastradas na ABAM e licenciadas na prefeitura

> • Ambientação do Memorial das baianas com exposição da marca "X" (placa da parede da entrada e produtos (mock up) nos tabuleiros)
> • Utilização do espaço da Cruz Caída para eventos internos da Empresa de Refrigerantes.
> • Autorização para divulgar a parceria ("X" e baianas) em campanhas publicitárias (mídias).

Logo após, o DPI enviou e-mail à Empresa interessada com material referente às ações de salvaguarda desenvolvidas pelo IPHAN a fim de melhor esclarecer a questão:

> A partir do que foi acordado em nossa reunião do dia 17/08/2011, encaminho material referencial para ações de Salvaguarda de bens registrados como patrimônio cultural imaterial.
> Aguardaremos a reformulação da proposta enviada por vocês, conforme entendimento da referida reunião.
> Esperamos que a leitura desse material possa criar um cenário da tipologia de ações que desenvolvemos aqui no Iphan e do cenário criado pelo Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, conforme o Decreto 3551/2000.
> Estamos à disposição para quaisquer esclarecimentos.
> Atenciosamente,
> Desirée Ramos Tozi
> Coordenação-Geral de Salvaguarda
> Departamento do Patrimônio Imaterial
> Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
> 30 de agosto de 2011 11:52

Conforme apontam as técnicas do DPI que participaram do processo, Desirée Tozi e Tereza Paiva Chaves, percebeu-se que a ABAM não saiu muito satisfeita da reunião, já que esta entendeu que a Procuradoria Federal e a equipe da CGSG teceram considerações relevantes para a formulação desse tipo de contrato, mas que afetariam os seus interesses de ocasião. Este e alguns outros posicionamentos da ABAM, considerada até então a base social representativa da categoria, já que solicitou o Registro, demonstram certa dificuldade na compreensão de que a salvaguarda vai além do aspecto do universo do trabalho e venda do acarajé. Demanda, sim, uma ação que represente o empenho de construção coletiva da salvaguarda do ofício de baiana em sintonia com as diretrizes de salvaguarda propostas pelo DPI.

As diretrizes do PNPI e a tipologia de ações de salvaguarda adotadas como eixo de trabalho do IPHAN foram devidamente apresentadas pelo DPI à Empresa de Refrigerantes, quando em reunião, e serviriam também de norte para a ABAM e a Prefeitura de Salvador, conforme pontua Tozi (2012):

> • **Produção e reprodução cultural**
>
> - Transmissão de saberes relativos ao bem cultural em foco.

- Ocupação, aproveitamento e adequação de espaço físico para produção, reprodução, armazenamento, comercialização e difusão cultural.
- Apoio às condições materiais de produção dos bens culturais imateriais.
- Atenção à propriedade intelectual e direitos coletivos.

- **Mobilização Social e Alcance da Política**

- Pesquisas, mapeamentos, inventários participativos (com inclusão de pessoas oriundas dos universos pesquisados nas equipes).
- Articulação institucional e política integrada.

- **Gestão Participativa e Sustentabilidade**

- Apoio à criação e manutenção do Comitê Gestor e planejamento estratégico.
- Geração de renda e ampliação de mercado com benefício exclusivo dos produtores primários dos bens culturais imateriais.
- Capacitação de quadros técnicos para a implementação e gestão de políticas para o patrimônio.

- **Difusão e Valorização**

- Edições / publicações / difusão sobre o universo cultural em foco.
- Constituição, conservação e disponibilização de acervos sobre o universo cultural em foco.
- Ação educativa para escolares e segmentos sociais.
- Prêmios e Concursos.

Ao final, a Empresa em tela noticiou a possibilidade de reformulação do projeto visual/publicitário da campanha e consequente adequação dos termos contratuais propostos, a partir das diretrizes enunciadas pelo IPHAN.

O IPHAN, então, se afastou um pouco do cenário das discussões, deixando a ABAM e a Empresa de Refrigerantes na condução das tratativas voltadas à reforma do Memorial e elaboração do projeto de capacitação das baianas de acarajé, segundo informação, via e-mail, enviada pela ABAM, o que se daria desta vez levando-se em consideração o "Termo de Referência para Planos de Salvaguarda" para reformulação das atividades a serem patrocinadas pela Empresa patrocinadora.

Ainda assim, em que pese todas as ponderações realizadas e o possível entendimento das partes, tanto o projeto visual quanto o contrato de patrocínio encaminhados ao IPHAN, em 09 de dezembro de 2011, não atendiam às diretrizes de salvaguarda do DPI. Restringiam-se à execução de obras no Memorial e sutil alteração de disposições contratuais, conforme quadro comparativo com o teor dos dois documentos apresentados pela Empresa de Refrigerantes, como explicita a Informação Técnica 12/2012 do DPI/IPHAN:

1ª versão apresentada em 29/08/2011	**2ª versão apresentada em 09/12/2011**
- Modalidade patrocínio	- Não há identificação da modalidade de contrato, nem o

- Objeto do ajuste: ativação dos pontos de venda de acarajé, capacitação/ treinamento de baianas e obras de melhoria no Memorial das Baianas - Valor do patrocínio: R$60.000,00 (valor da obra) R$16.000,00 (capacitação) R$4.000,00/mensais (taxa de manutenção do Memorial das Baianas) - Obrigações das partes: Promoção de merchandising pela patrocinadora e por parte da patrocinada; Comercialização preferencial pelas baianas de acarajé dos produtos "X" em seus pontos de venda; Ativação do kit "X" cadastradas pela ABAM e licenciadas pela Prefeitura; Ambientação do Memorial das Baianas com exposição da marca "X"; Utilização do espaço da Cruz Caída (local onde está localizado o Memorial das Baianas) para eventos internos da Empresa de Refrigerantes; Uso da parceria como objeto de mídia publicitária - Projeto visual: Apresenta o escopo do patrocínio com a indicação, pela ABAM, de 150 baianas, que obedeceriam ao critério de estar em dia com a contribuição de associação da ABAM (incluindo o uso de vestimenta apontada pela lei municipal n.1.876, de 29 de junho de 1992) e com o licenciamento na Prefeitura Municipal de Salvador/ Secretaria Municipal de Serviços Públicos e Prevenção à violência -SESP	caráter do ajuste - Objeto do ajuste: obras de melhoria do Memorial das Baianas - Valor do 'repasse': R$75.000,00 (obras do Memorial) - Obrigação das partes: Contratada libera os pontos de venda para ativação e permite a realização de campanhas publicitárias Contratante libera os recursos financeiros para a realização das obras - Projeto Visual: Indica que o âmbito do projeto seja a valorização de um saber tradicional "típico" através do uso de imagens do foto-jornalismo, mas não menciona termos do contrato e critérios de seleção dos 'pontos de ativação'. Não menciona questão do direito do uso de imagens de foto-jornalismo Não cita a participação e a função dos parceiros (ABAM e SESP)

A última proposta apresentada pela Empresa demonstra debilidades tanto do ponto de vista jurídico, por ferir regras legais e princípios constitucionais que regem as relações contratuais, quanto pela inadequada apropriação dos eixos estruturantes que pautam os planos e as ações de salvaguarda dos bens registrados, o que foi exaustivamente pontuado no processo de discussão, embora não atendido.

Do ponto de vista jurídico, o segundo modelo apresentado viola frontalmente disposições do Código Civil brasileiro e ainda princípios constitucionais a exemplo da boa-fé, da eticidade, lealdade, socialidade e tantos outros que regem as relações contratuais.

Tal premissa é facilmente verificada a partir da leitura da cláusula terceira, que trata das obrigações da contratada, nestes termos:

> 3.1. A **CONTRATADA** se compromete a liberar para a **CONTRATANTE** os pontos de venda das baianas para ativação, permitindo ainda a realização de campanhas publicitárias em prol do ofício das Baianas do Acarajé.

E, ainda, da inserção da cláusula oitava, apenas criada após as intervenções do IPHAN, que traz o "sigilo" das negociações como ponto chave para a celebração da avença:

> **CLÁUSULA OITAVA – Do Sigilo**
> 10. O presente contrato é firmado em caráter confidencial, tornando todas as informações aqui descritas sigilosas perante quaisquer terceiros estranhos a presente contratação, comprometendo-se as partes a não divulgarem seja a que título for informações referentes ao teor deste documento.
> **Parágrafo Primeiro**. Cada parte comprometer-se-á a manter e a fazer que seus empregados mantenham o mais completo sigilo sobre quaisquer dados, informações, conhecimentos técnicos, documentos de propriedade da outra parte a que tenha conhecimento e acesso em razão do presente contrato, sendo vedadas divulgações não autorizadas, totais ou parciais.

As supramencionadas cláusulas evidenciam certo grau de má-fé que permeia a relação que se pretendia entabular.

Toda a celebração de contratos e pactos na ordem jurídica brasileira obedece a um sistema de regras e princípios que se estendem desde a fase pré-contratual, à contratual e à pós-contratual. E é nessa conjuntura que se evoca o princípio da eticidade "sintonizando-o com os direitos fundamentais, dentre os quais, o da dignidade da pessoa humana, o da isonomia e o da justiça social, obstando, destarte, que os mais fracos sejam submetidos a estipulações contratuais desvantajosas e lesivas". (SILVA, 2014)

O advento da Constituição de 1988 inaugurou um sistema jurídico que protege, no maior grau possível, a dignidade humana diante das relações contratuais. Assim, ao estabelecer um pacto, um contrato, desde a fase pré-contratual, as partes devem ter como fundamento a ética, a moral e sinceridade, efeitos que devem nortear também o exato cumprimento do pacto sociocultural firmado pelo Registro e até mesmo a fase pós-pactual.

Na visão de Silva (2014):

> Nota-se que a nova realidade normativa não mais autoriza a interpretação do princípio da eticidade sob a ótica do liberalismo, em que o contrato deveria ser cumprido, abstraindo-se de seus efeitos lesivos. A nova principiologia demanda que os contratantes observem a boa-fé e o equilíbrio entre as obrigações assumidas. O dirigismo imposto pelo novo diploma civil não significa que a liberdade do indivíduo em fixar o conteúdo do contrato tenha sido suprimida. Significa, isto sim,

> que os limites dessa liberdade sofreram uma restrição, conformando-os à finalidade social.

O Código Civil de 2002, eminentemente constitucionalizado, trouxe a pessoa humana para o centro pulsante da tutela jurídica e dai decorre a concepção de eticidade como princípio basilar das relações contratuais, com observância à boa-fé e à lealdade. O art. 422 do CC explicita que: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.".

Ademais, o art. 3º da CF/88, combinado com o art. 170, tem sido utilizado pela doutrina para a reafirmação de que o contrato deverá exercer a sua função social ao instrumentalizar a circulação de riquezas e, ao mesmo tempo, viabilizar a justiça social. Isso porque, o princípio da socialidade aplicado à teoria contratual não produz efeitos somente no sentido negativo de vedação a cláusulas contratuais lesivas, mas tem feição positiva, na medida em que as relações contratuais visam a concretizar os objetivos constitucionais traçados no art. 3º, destacando-se a construção de uma sociedade mais justa, a redução das desigualdades e promoção do bem de todos.

A aplicação dessa teoria ainda é intensificada quando se trata da proteção das manifestações culturais de comunidades de matriz africana, categoria em que as baianas também se inserem. A Carta de Outubro prevê a imposição ao Estado de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, no seu art. 215, e destaca no §1º que as manifestações das culturas populares afro-brasileiras terão atenção especial. Dai exsurge a responsabilidade do IPHAN em acompanhar ainda mais o processo de negociação em análise e tantos outros que, por certo, decorrerão da oficialização da importância cultural que elas sintetizam.

Quanto à cláusula que permite a realização de campanhas publicitárias "em prol" do ofício das Baianas do Acarajé pela Empresa Contratante, esta é ampla e genérica e pode, por certo, gerar interpretações das mais diversas, deixando a comunidade interessada em situação de total vulnerabilidade, sobretudo em razão da insegurança jurídica que marca uma contratação tão permeada de dispositivos abertos e fluidos e cuja publicidade é contratualmente vedada sem a necessária motivação para tanto.

A cláusula oitava indica como obrigação das partes o sigilo dos termos contratuais, não se levando em consideração que o contrato se faz com uma entidade de classe, representativa de um grupo de baianas, reconhecidas como patrimônio cultural do Brasil e cujo ofício também é abrangido por lei municipal. Vale dizer, há um inescusável dever de atendimento das normas legais vigentes e ainda de submissão prévia ao IPHAN da proposta, a

fim de que o órgão participe efetivamente de toda a discussão e garanta, assim, a eficácia jurídica do Registro, enquanto instrumento de proteção ao horizonte imaterial do patrimônio cultural que por elas foi dado como merecedor de reconhecimento.

Ademais, impende observar que a negociação envolve a participação tanto da associação envolvida quanto do próprio Município de Salvador e também do IPHAN, como intervenientes, entes da Administração Direta e Indireta, o que afasta, por completo, independentemente da natureza jurídica da avença, a formulação de contratos sigilosos. A publicidade, ampla e irrestrita, é condição de validade e eficácia dos negócios jurídicos.

Como se denota, não houve, em nenhum momento, o sentido de apropriação das diretrizes que envolvem a prática cultural, o universo simbólico do bem registrado, tão fortemente arraigado no ideal traduzido pelas baianas no pedido do Registro. Como, então, não possibilitar ao Direito a participação efetiva nesse processo, já que a própria Constituição criou o Registro para promover e também proteger a dimensão imaterial do patrimônio cultural?

A Empresa em tela não possui qualquer informação, por certo, do que é salvaguarda, já que ficou claro, a todo instante, que a perspectiva do patrimônio não entrou na história. Apenas houve um mascaramento da segunda proposta, essencialmente espúria.

Evidente o sentido de exploração, espoliação e constituição de monopólio na proposta apresentada pela Empresa privada. A Imagem das baianas iria ficar completamente amarrada à marca do Refrigerante “X”, o que não tem qualquer sentido quando se está diante de um bem cultural de fruição coletiva.

No campo da patrimonialização, deve-se considerar que o Registro tem como uma das finalidades tratar da problemática referente à descaracterização, descontinuidade ou os limites dessa ressignificação por qual passa o ofício e que assolam igualmente o tabuleiro da baiana. A própria titulação do Registro informa que os aspectos relativos ao Ofício das Baianas de Acarajé e sua ritualização compreendem:

> o modo de fazer as comidas de baianas, com distinções referentes à oferta religiosa ou à venda informal em logradouros soteropolitanos; os elementos associados à venda como a indumentária própria da baiana, a preparação do tabuleiro e dos locais onde se instalam; os significados atribuídos pelas baianas ao seu ofício e os sentidos atribuídos pela sociedade local e nacional a esse elemento simbólico constituinte da identidade baiana. A feitura das comidas de baiana constitui uma prática cultural de longa continuidade histórica, reiterada no cotidiano dos ritos do candomblé e constituinte de forte fator de identidade na cidade de Salvador. (Dossiê IPHAN n.06, 2007)

Ações semelhantes à da Empresa de Refrigerante podem, ao mesmo tempo em que gerar falaciosas e rápidas vantagens do ponto de vista econômico, comercial e de marketing, trazer sérias desvantagens à continuidade da prática cultural, que envolve muito mais do que a simples venda do produto e a manutenção do sistema culinário tradicional reconhecido como patrimônio e amplamente reverenciado pela comunidade regional, nacional e internacional.

Como bem adverte Tozi (2012):

> Considerando as questões de intolerância religiosa e o conflito entre o objeto da patrimonialização e a crescente comercialização que tem permeado a salvaguarda do Ofício de Baiana de Acarajé, a descaracterização do espaço do tabuleiro reforça a laicização de um saber vinculado a um sistema complexo de referências religiosas do candomblé, e pode se configurar como instrumento de distanciamento desse saber e por consequência, em acirramento das disputas entre os grupos religiosos que se apropriaram do universo cultural do acarajé.

As problemáticas vivenciadas pelas baianas colocam em discussão as noções de recriação e reinterpretação inerentes ao patrimônio cultural, sobretudo na sua dimensão imaterial, e até que ponto se pode aceitar as mudanças na qualidade do patrimônio.

No caso das baianas, o IPHAN vem se colocando à disposição a fim de apoiar a manutenção da prática cultural tradicional, garantindo a efetividade do Registro; a municipalidade, antes mesmo do Registro, editou o Decreto 12.175, o qual prevê a obrigatoriedade de todas as baianas de acarajé da cidade do Salvador de utilizarem vestimenta típica de acordo com a tradição da culinária afro-brasileira.

Aceitar, portanto, os termos do contrato proposto pela Empresa de Refrigerantes é ferir normas legais municipais e o próprio Registro, que visa a garantir a efetividade do direito das comunidades e da própria sociedade de não descaracterização do ofício, da continuidade histórica de uma prática secular que o Brasil e a Bahia consagraram como bem cultural imaterial.

Para o último modelo de contrato enviado pela Empresa de Refrigerantes, o DPI solicitou orientação técnica da Procuradoria Federal do IPHAN, com o objetivo de resguardar "os detentores desse saber de realizar um contrato que venha prejudicar a imagem desse bem patrimonializado e o cotidiano das pessoas que vivem desse ofício." (TOZI, 2012)

Questionou-se, em síntese, acerca da necessidade da Prefeitura de Salvador participar e figurar no contrato, considerando que o Município é o proprietário do imóvel onde funciona o Memorial das Baianas; sobre a competência legal da ABAM para "liberar" os pontos de venda para a realização das campanhas publicitárias da Empresa de Refrigerantes; analisar o conteúdo da expressão "liberar os pontos de vendas para ativação"; indicar, no texto do ajuste,

qual a situação desses pontos de venda e como ficariam as baianas que por ventura perdessem a licença para comercialização de acarajé, emitida pela Prefeitura de Salvador; duração de 4 anos do contrato; validade da cláusula de confidencialidade; necessidade de participação de, no mínimo, 50% das associadas para aprovação do contrato.

A situação presente demonstra a complexidade que envolve o tratamento jurídico das questões sobre a salvaguarda dos bens registrados. *In casu*, trata-se de um pacto realizado entre detentores e produtores e o Estado, sendo que os efeitos jurídicos deixam de ser aplicados somente a terceiros, como em algumas situações já tratadas, para atingir os próprios sujeitos envolvidos na prática cultural. Criam-se direitos e obrigações tanto para o Estado-, apoiar, fomentar, promover, proteger, entre outros- quanto para os próprios detentores e produtores,- manutenção das práticas culturais, do modo tradicional de fazer e vender acarajé.

Em que pese a possibilidade de haver benefícios para as baianas, o IPHAN não poderia ficar de fora desse processo de negociação, sobretudo no sentido de tentar garantir esse compromisso assumido perante a Nação de dar continuidade ao modo tradicional de fazer e comercializar o acarajé. A Autarquia entrou em cena justamente em defesa de um coletivo maior. O contrato proposto colocaria, em realidade, a marca "X" e o Acarajé lado a lado, como se fossem iguais, ou pior, o acarajé seria rebaixado à condição de subproduto, o que fere todo um sistema de proteção e promoção do bem cultural como importante elemento da identidade brasileira. As baianas deixariam de ser protagonistas e seriam meras coadjuvantes.

Haveria, sem dúvida, uma exploração do trabalho e imagem das baianas com fins estritamente privados, lucrativos, pois em termos de números, o capital gerado seria gigantesco e não haveria o justo retorno para elas, que deixariam de honrar o seu sistema cultural original, renunciando expressamente ao cumprimento das cláusulas que regem o pacto entabulado com o IPHAN, através do Registro. A Autarquia, a todo momento, chamou a atenção para o bem que foi delimitado como patrimônio, demonstrando a necessidade de observância da manutenção do núcleo básico daquela tradição.

Até o momento, a Procuradoria Federal no IPHAN não se pronunciou sobre o quanto questionado pelo DPI à época e não houve notícias de que o contrato tenha se firmado entre a ABAM e a Empresa de Refrigerantes, confirmando, assim, a suspeita sobre a eventual espoliação a que estavam sujeitas as baianas, sobretudo aquelas que seriam afetadas pela negociação sem sequer participar do processo de discussão e que teria que arcar com todo o deslocamento e montagem do cenário da "poderosa" marca "X".

Toda essa competição travada no universo do Ofício de Baiana vem, sem dúvida, fragilizando a prática cultural, tal qual ocorreu recentemente no decorrer das preparações para a Copa do Mundo 2014, em que o acarajé, iguaria típica da culinária brasileira, teve sérias restrições quanto à sua comercialização, embora conquistas tenham sido implementadas.

A *Fédération Internationale de Football Association* (Fifa) entendeu por estabelecer, dentro de suas regras unilaterais praticamente impostas aos Estados, a não permissão de comercialização do acarajé na Arena Fonte Nova ou em seu entorno durante a realização da Copa do Mundo 2014, fato que desencadeou uma série de discussões no meio político, jurídico, na sociedade civil e nas bases sociais envolvidas com o Registro do Ofício de Baiana.

Segundo nota divulgada na imprensa, a Fifa declara que:

> É importante que sejam servidas especialidades locais em cada estádio. Incluir no cardápio um toque regional faz parte das instruções apresentadas no documento do processo de licitação em curso, que definirá a principal concessionária brasileira. [...] Isso vai refletir a diversidade das regiões no Brasil também a partir de uma perspectiva gastronômica. Ressaltamos que a maioria das propostas recebidas pela FIFA até o momento sugere a venda de acarajé em Salvador. A nomeação da concessionária principal está programada para ser finalizada no próximo mês, por isso só poderemos oferecer mais detalhes a respeito depois disso. (http://www.brasil247.com/pt/247/bahia247/83131/)

Como se tratou acima, as baianas, a partir da concessão do título de patrimônio cultural imaterial do Brasil, passaram a reivindicar certos direitos, para elas nascidos após o reconhecimento do seu valor cultural pela União.

Imbuídas desse sentimento, as baianas buscaram, recentemente, o apoio do Ministério Público do Estado da Bahia, através do Núcleo de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural (Nudephac), o qual, instaurou o procedimento administrativo 003.0.222967/2012, em 25 de outubro de 2012, visando a apurar as causas veiculadas pela mídia sobre a não comercialização ou provável proibição da comercialização da iguaria “acarajé” nas dependências e no entorno do estádio de futebol denominado Arena Fonte Nova, em Salvador, quando da realização da Copa das Confederações e Copa do Mundo.

O MP/BA fundamentou o seu posicionamento em favor da comercialização a partir da declaração conferida pelo Registro e apontou que o IPHAN é a autarquia criada com a missão de, na forma de lei e de seu Regimento, promover e coordenar o processo de preservação do patrimônio cultural brasileiro, visando a fortalecer identidades, garantir o direito à memória e contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do País. Apontou, ainda, que o § 1º do Regimento Interno do IPHAN determina como sua atividade finalística preservar, proteger,

fiscalizar, promover, estudar e pesquisar o patrimônio cultural brasileiro, na acepção do art. 216 da Constituição Federal.

Ressaltou que "o 'ACARAJÉ' é um bem cultural de saberes, categoria iguaria culinária, [...] incluso no acervo de Proteção Cultural da União", e que constitui direito do cidadão "o desfrute de sua cultura regional, nela inclusa o aceite de sua culinária, podendo ocorrer intervenções necessárias para preservação à vida e à saúde humana, bem como para dignidade da população flutuante turística e dos locais que irão frequentar os eventos desportivos". Nesse sentido, a Recomendação frisou que a expressão "intervenção necessária" deve ser entendida no sentido de ostensiva fiscalização dos órgãos de vigilância sanitária, para verificação das condições de trabalho, asseio e segurança dos trabalhadores envolvidos na comercialização da iguaria e também dos consumidores. (RECOMENDAÇÃO 02/2012, MP/BA)

Ao analisar a problemática posta, sobretudo a voz dos detentores dos saberes que constituem a prática, considerou o MP que o fato de o Ofício de Baiana ser declarado oficialmente como patrimônio cultural do Brasil, através do Registro, legitima a concessão de direitos e garantias na adoção e execução de políticas públicas e ações de Estado.

O MP/BA, então, expediu a Recomendação 02/2012 ao IPHAN, ao Ministério do Esporte, à Secretaria Estadual para Assuntos da Copa (Secopa), à Secretaria Estadual de Cultura e à Empresa de Turismo do Município de Salvador (Saltur), no sentido de que, como patrimônio cultural tutelado pelo Estado, tivessem as baianas assegurado o direito de comercializar seus quitutes na Arena Fonte Nova, nos moldes tradicionais. O contrário resultaria em flagrante desrespeito à comercialização de um bem imaterial registrado pelo IPHAN como patrimônio cultural do Brasil.

Quanto ao Órgão Federal de preservação, utilizando-se como referência maior o processo de Registro do Ofício de Baiana de Acarajé, 01450.008675/2004-01, o MP recomendou:

> **PROVIDENCIE NO PRAZO MÁXIMO DE 15 (QUINZE) DIAS**, CONTADOS A PARTIR DA DATA DE RECEBIMENTO DESTA RECOMENDAÇÃO, OS SEGUINTES **INSTRUMENTOS DE INTENÇÕES** COM OS ÓRGÃOS REFERENCIADOS:
>
> 1) **Recomendação Técnico-Jurídica** a **SECOPA- Secretaria Estadual para Assuntos da Copa**,
>
> 1.1) informando e encaminhando a esta Secretaria o teor dos pareceres de Número R 002/2004 , relativo ao processo no. 01450.008675/2004-01 -referente ao *Registro de Ofício da Baianas de Acarajé, a ser inscrito no Livro dos Saberes*, Oriundo do

> IPHAN- Departamento do Patrimônio Imaterial- Gerência de Registro e do Parecer e Parecer no. 017/04- GAB/PROFER/IPHAN em 05.11.2004, relativo ao Processo no. 01450.008675/2004-01, *Bem cultural de natureza imaterial- "Ofício das baianas de acarajé"*, Salvador, Ba.
>
> 1.2) estabelecendo a necessidade de comercialização por "verdadeiras baianas de Acarajé". Compreende-se nesta expressão entre aspas o sentido contido pela Associação de Baianas de Acarajé e Mingau do Estado da Bahia, pelos estudos do Centro de Estudos Afro-Orientais da Universidade Federal da Bahia e Terreiro Ilê Opô Afonjá (solicitação para registro encaminhada no Dia Nacional da Cultura em 2002), *sem discriminar-se profissionais deste comércio praticantes de outras religiões, registrados e associados a Associação de Baianas de Acarajé e Mingau do Estado da Bahia.*
>
> **2) Recomendação Técnico-Jurídica** a Prefeitura Municipal do Salvador, Secretaria Municipal de Saúde, Coordenadoria de Saúde Ambiental- **Vigilância Sanitária** a fim de ser informado das condições técnicas de salubridade das áreas que devem ser destinadas ao comércio da iguaria "**ACARAJÉ**":
>
> 2.1) estabelecendo condições de entendimento, diálogo ou troca de informações para a execução de obras necessárias a viabilidade das condições técnicas dos restaurantes e/ou *boxes* ou *pontos de venda*, para preservação da saúde das pessoas transeuntes, consumidoras e trabalhadoras, e nas mesmas condições destinadas a outros pontos de comércio de alimentos, contidas, inclusive nas recomendações e exigências da FIFA, sem QUE TAIS PROVIDÊNCIAS POSSAM DESCARACTERIZAR O CONSTANTE no Processo no. 01450.008675/2004-01, assunto deste **IPHAN**;

De forma bastante contundente, o MP/BA também recomendou à Secretaria Estadual para Assuntos da Copa- SECOPA- que adotasse as providências necessárias à garantia de comercialização do acarajé na maneira tradicional, a partir da utilização de trajes típicos da sua expressão cultural e/ou religiosa:

> 1. Que faça **comunicar**, através de **Recomendação Técnico-Jurídica** ao *Escritório da FIFA no Brasil*, setor de assuntos referentes aos seus eventos relacionados aos eventos **"COPA DO MUNDO 2014"** e "**COPA DAS CONFEDERAÇÕES"**, que:
>
> 2. Que ainda considerando que os eventos " **COPA DO MUNDO 2014**" e **" COPA DAS CONFEDERAÇÕES**" destinam-se a promover a integração entre os povos e propiciar a esses povos o intercâmbio de suas culturas, idiomas, saberes, conhecimentos e culinárias;
>
> 3. Que tal iguaria é detentora de "saber específico" junto a culinária do Estado da Bahia com acréscimo de ingredientes oriundos da região metropolitana da cidade do Salvador, Recôncavo Baiano e Região do Baixo-Sul do Estado da Bahia;
>
> 4. Que tal iguaria é produzida a partir de rituais ancestrais com contexto cultural, regional e religioso;
>
> 5. Que tal iguaria é de ávido consumo pela população local, turistas e visitantes, apresentada como "prato típico";
>
> 6. Que tal iguaria deverá ser comercializada DENTRO DO ESTÁDIO DE

> FUTEBOL chamado de “ARENA FONTE NOVA” por VENDEDORAS E VENDEDORES DE ACARAJÉ, nos moldes da já tradicional maneira que o é na cidade do Salvador, com essas e esses profissionais vestidos em trajes típicos da sua expressão cultural e/ou religiosa ou comercial, cadastrados na ASSOCIAÇÃO DE BAIANAS DE ACARAJÉ E MINGAU DO ESTADO DA BAHIA;
>
> 7. QUE POR NENHUMA HIPÓTESE SERÁ TOLERADA A COMERCIALIZAÇÃO DESTA IGUARIA POR OUTRA FORMA, QUE NÃO A DESCRITA ACIMA, SOB PENA DE BUSCAR O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL O AMPARO DA JUSTIÇA PARA VER-SE PROTEGER O PATRIMÔNIO IMATERIAL DO ESTADO DA BAHIA;
>
> 8. Que por nenhuma hipótese será tolerada qualquer COMERCIALIZAÇÃO CONCORRENTE ÀS “BAIANAS DE ACARAJÉ”, NO ESTÁDIO DE FUTEBOL OU EM SUAS CERCANIAS, POR PARTE DE EMPRESAS, EM ESPECIAL EMPRESAS ORIUNDAS DO CAPITAL ESTRANGEIRO, SOB PENA DE BUSCAR O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL O AMPARO DA JUSTIÇA PARA VER-SE PROTEGER O PATRIMÔNIO IMATERIAL DO ESTADO DA BAHIA;

O MP ressaltou que “por nenhuma hipótese será tolerada a comercialização do acarajé por outra forma que não a tradicional”, o que descarta a hipótese de “qualquer comercialização de acarajé concorrente à das baianas no estádio de futebol ou em suas cercanias, por parte de empresas, em especial empresas oriundas do capital estrangeiro”.

Mediante a Informação Técnica 287/2012, datada de 25 de outubro de 2012, antes mesmo de ser expedida a aludida Recomendação ministerial, a técnica da Superintendência do IPHAN na Bahia, Maria Paula Fernandes Adinolfi, já havia consignado que:

> O caso em tela revela com clareza que, da perspectiva dos organizadores deste evento, o produto qualificado como “típico” ou “regional” é dissociado de seus produtores, bem como dos modos de fazer e vender tradicionais. Deseja-se o “toque regional” como diferencial que agrega valor aos produtos, mas os beneficiários deste sobrevalor não são os produtores tradicionais. A invocação da “diversidade”, desta forma, atende apenas a interesses comerciais de empresários em tudo alheios às autênticas formas de produção do acarajé e ao universo simbólico e religioso às quais elas se remetem. (ADINOLFI, 2012)

Mais adiante, a referida Técnica reconhece a competência do IPHAN no sentido dessa Autarquia buscar formas e instrumentos jurídicos de proteção do Ofício de Baiana, como modo de promover a efetiva salvaguarda do bem. Segundo ela:

> É da competência do Iphan a busca de formas jurídicas de proteção do ofício de baiana de acarajé, como forma de salvaguarda deste bem patrimonializado. Tais formas de competição não apenas ameaçam as detentoras tradicionais do saber em pauta, mas também descaracterizam o produto que é objeto deste fazer.

Em que pese o posicionamento interno de Técnico do IPHAN, a Autarquia não adotou posturas administrativas no sentido de buscar caminhos para a consolidação dos efeitos do Registro e apoio oficial e público às baianas, ainda que tenha sido devidamente notificada acerca da Recomendação Ministerial.

O ato do MP/BA foi ainda direcionado à Empresa de Turismo do Município de Salvador- SALTUR, à Secretaria de Cultura do Estado da Bahia, ao Ministério do Esporte e dado ciência do teor da Recomendação a diversos órgãos estaduais e federais, inclusive o Ministério Público Federal, solicitando-se daqueles entes públicos informações sobre locais de venda do acarajé:

> 9) Que seja expedido **Ofício** de conhecimento e ciência a este **NUDEPHAC** a fim de que informe quanto às providências acaso adotadas no tocante ao teor desta **RECOMENDAÇÃO**, informando detalhadamente o seu Plano de Intervenção e o prazo para realização das obras no estádio de futebol " ARENA FONTE NOVA" e das autorizações necessários para análise de projetos de intervenção dos cessionários de uso dos locais ou *boxes* destinados à venda da iguaria "**ACARAJÉ**" por "baianas de acarajé", de tudo visitado e revisado pelo órgão de Vigilância Sanitária e Defesa Civil da cidade de Salvador.
>
> 10) **DETERMINO** ainda, juntada desta **RECOMENDAÇÃO** ao Procedimento de número 003.0.222967/2012 , instaurado por este NUDEPHAC, de tudo dando plena ciência desta **RECOMENDAÇÃO** aos órgãos arrolados no Procedimento de número e aqui citados e recomendados, aos Promotores de Justiça que atuam na área ambiental, inclusive *Promotorias Regionais Ambientais no Estado da Bahia, Núcleo de Defesa da Baía de Todos os Santos e CEAMA, aos órgãos com interesse no meio ambiente na esferas municipal, estadual e federal, ao MPF- Ministério Público Federal no Estado da Bahia- Procuradoria de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural, a Comissão de reuniões "SOS CENTRO HISTÓRICO" e "CASARÕES DO CENTRO HISTÓRICO", A Procuradoria Geral de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, a Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado da Bahia e a ASCOM do Ministério Público do Estado da Bahia, bem como aos demais órgãos de imprensa no Estado da Bahia*.(2012)

O despacho constante dos autos do processo administrativo em curso perante o NUDEPHAC/MP/BA, emanado do Ministério dos Esportes, CONJUR 116/2013, processo 58000.000239-92, determina no item "7" "a remessa dos autos à Assessoria Extraordinária de Coordenação dos Grandes Eventos Esportivos, para conhecimento e para que informe acerca da adoção de eventuais medidas no sentido de comunicar à FIFA a respeito do quanto recomendado pelo parquet estadual", embora informe, também, a sua incompetência para deliberação do quanto recomendado, já que não tem ingerência sobre as decisões da FIFA, o que demonstra claramente o ilimitado poder conferido a esta entidade internacional.

O Diretor de Marketing e Negócios da Fonte Nova Negócios e Participações S/A, Lino Cervino Cardoso, mediante o documento 042/2013, ressalta que:

> [...] não dispõe de legitimidade para atender a V. Exa. porque não dispomos da posição acerca das providências que estão sendo tomadas pela FIFA para implementação de espaço para comercialização do "acarajé" dentro da Arena Fonte Nova, durante a realização da Copa das Confederações. (PROCESSO ADMINISTRATIVO, MP/BA, 2014)

Após longas tratativas, o resultado das muitas investidas culminou na confirmação, de forma geral, da venda de acarajé na Arena Fonte Nova pelas tradicionais baianas sob a coordenação-geral da Fifa, em 25 de abril de 2013, com notícias variadas sobre tal possibilidade.

No site da Itaipava Arena Fonte Nova foi veiculado amplamente o desfecho da questão, conforme matéria publicada:

> A reunião de negociação entre a Associação das Baianas de Acarajé, Secretaria Estadual do Trabalho (Setre) e a Itaipava Arena Fonte Nova realizada na quinta-feira, dia 25, na própria arena terminou com uma grande proposta: a de realizar a Lavagem das escadarias do estádio para comemorar o início da venda do tradicional quitute dentro do equipamento.
> "A reunião foi ótima. Sempre quisemos as baianas aqui e agora conseguimos chegar a uma equação que não compromete a segurança e traz de volta o maior ícone de nossa cultura", comemora Marcos Lessa, presidente da Itaipava Arena Fonte Nova. A ideia é que as baianas utilizem fritadeiras elétricas para esquentar o tacho em área externa e isolada. Com o quitute pronto, elas levam os acarajés para os tabuleiros dentro da arena, disponibilizando-os aos torcedores.
> Na próxima quarta-feira, dia 02, outra reunião será realizada para definir localização e acordo com a operadora de alimentos e bebidas. A expectativa é viabilizar tudo em até um mês. "Vai ser muito especial tê-las de volta na Fonte com o marco de uma lavagem de nossas escadarias", adianta Marcos Lessa.
> Também participaram da reunião a chefe de gabinete da Secretaria de Trabalho, Emprego, Renda e Esporte da Bahia, Olívia Santana; o deputado estadual Bira Coroa; e a dirigente da Associação Brasileira das Baianas de Acarajé (Abam), Rita Santos; entre outros. (2014)

Em outra matéria jornalística resta bastante evidente a participação de diversas entidades no debate e na busca pela construção de entendimentos, o que aponta, mais uma vez, pela necessidade da chamada de outros interlocutores para a efetiva resolução das problemáticas que envolvem os bens registrados:

> Acaba de ser definida a data de início da venda de acarajé na Itaipava Arena Fonte Nova. A partir do dia 27, próximo domingo, durante a partida Bahia X Atlético-PR, válida pelo Campeonato Brasileiro, os torcedores poderão comprar o quitute mais famoso da Bahia, dentro da Itaipava Arena Fonte Nova, com todo conforto e segurança. Após reuniões entre a diretoria da

> arena e representantes da Associação das Baianas de Acarajé, Corpo de Bombeiros, Polícia Militar e Vigilância Sanitária, ficou estabelecida uma forma segura de comercializar o acarajé dentro da arena, já que utilização de botijão de gás e tachos para óleo de dendê é proibida em locais de grande concentração de público.
> As baianas irão utilizar fritadeiras elétricas para esquentar o tacho em área externa e isolada. Com o quitute pronto, elas levarão os acarajés para os tabuleiros dentro da arena, disponibilizando-os aos torcedores em todos os setores. No cardápio, além do acarajé, também estarão à disposição da torcida os outros itens do tabuleiro da baiana: abará, passarinha, cocada e bolinho de estudante. A princípio, serão até seis baianas responsáveis pela produção e venda do quitute, que estarão devidamente caracterizadas, **para garantir a tradição e cultura local.** (2014, grifos nossos)

Como se observa, embora todas as narrativas elaboradas no decorrer desse processo para reconhecimento dos direitos das Baianas tenham se apoiado no fato de estas serem consagradas patrimônio cultural do Brasil, não se percebe o empenho do IPHAN e do próprio Ministério da Cultura na participação desses processos de discussão.

O fundamento utilizado pelas baianas para terem o seu direito garantido advém, a todo momento, do sentido que elas atribuem ao Registro como instrumento jurídico que lhes confere certos direitos na órbita jurídica, inclusive na conquista de espaços para a comercialização dos seus quitutes, conforme se depreende da matéria abaixo colacionada:

> Com as mobilizações organizadas pelas baianas e movimentos sociais, ressaltando que o acarajé é um patrimônio cultural imaterial da humanidade, foi garantido o direito de vender o alimento do lado de fora do estádio durante a Copa das Confederações, que acontecerão em junho de 2014.

Diante do quanto até aqui tratado, resta evidente que o alcance e as consequências jurídicas do Registro, preocupação evidenciada desde as discussões iniciais no GTPI e ainda presente nas reuniões do Conselho Consultivo e nos processos de instrução do Registro, ainda não ficaram suficientemente claras para o IPHAN e para as partes interessadas.

De fato, não se pode desconsiderar as dificuldades que o processo de reconhecimento e identificação dos bens culturais intangíveis enfrenta e possa enfrentar em decorrência do contínuo e acelerado processo de desconstrução que as identidades são expostas, o que implicaria reconhecer, segundo Hall (1999), que as mesmas estão sujeitas a uma constante descentralização e fragmentação nas sociedades de massa modernas.

Cabe neste ponto esclarecer que “de um ponto de vista interno à cultura e à experiência social, produto e processo são indissociáveis”, como leciona Arantes (2004, p. 17):

> As coisas feitas testemunham o modo de fazer, e o saber fazer. Elas abrigam também os sentimentos, lembranças e sentidos que se formam nas relações sociais envolvidas na produção e assim, o trabalho realimenta a vida e as relações humanas. O cabedal produzido pelo trabalho de gerações de praticantes de determinada arte ou ofício é algo mais geral do que cada peça produzida ou executada, do que cada celebração realizada. É conhecimento; é tecnologia; é linguagem verbal, gráfica, cênica, coreográfica e musical; são visões de mundo coletivas e difusas. Mas, em contrapartida, encontra-se em cada obra ou na lembrança que se tem dela, o testemunho do que alguém é capaz de fazer. O produto feito encerra a autoria individual e o fazer coletivo, a capacidade de repetir um gesto e de modificá-lo, mantendo viva – mas nunca idêntica – a tradição, já que nas frases ditas, a linguagem se perpetua e constantemente se renova.

O desafio da Salvaguarda do Ofício de baiana, como se percebe, envolve diversas situações e exige do Direito uma elasticidade considerável de tratamento jurídico, o que reforça ainda mais a ideia de que princípios e postulados, mais abertos e fluídos, são mais apropriados à efetiva proteção dos bens culturais imateriais, suscetível que é essa categoria a transformações constantes e apropriações diversas.

A literatura musical traduziu o que bem caracteriza a baiana de acarajé. Uma análise despida de rigor científico, mas que compreendeu bem a realidade do universo desse grupo social representativo da identidade baiana e brasileira. A resposta a toda investigação iniciada no âmbito do projeto-piloto do CNFCP já havia sido dada a partir do reconhecimento popular de que baiana é aquela que tem torso de seda, sandália enfeitada, bata renda, pano-da-costa, saia engomada, balangandãs, requebra bem e que tem graça como ninguém... Assim é a baiana que habita o imaginário coletivo e que tem no Registro também a sua crença, a sua fé.

5.3 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM SEDE DE TUTELA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E DEVERES SOCIOCULTURAIS

Passadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição “Cidadã”, é possível pensar no quanto a constitucionalização dos direitos culturais, de maneira explícita ou não, contribuiu para a efetividade da tutela e salvaguarda do patrimônio cultural brasileiro, sobremodo no âmbito da sua dimensão imaterial, que pela primeira vez foi reconhecida pelo

Estado, como forma, inclusive, de reparação sociocultural, já que durante quase seis décadas o Poder Público se manteve silente frente à necessidade de proteção das culturas populares.

A própria CF/88 afirmou no seu art. 215 e 216, §1º, que é dever do Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais e que compete ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro.

Dai exsurge a competência e legitimidade do Poder Judiciário de, ao lado do Executivo, por seu Ministério da Cultura e Autarquia Federal- IPHAN, e do Poder Legislativo, dar concretude aos direitos culturais fundamentais a partir do momento em que o aparato administrativo não der conta de produzir a sua eficácia plena ou mesmo diante de lacunas ou insuficiências, debilidades ou ausência de normas que efetivamente protejam o patrimônio cultural reconhecido como representativo para a cultura nacional mediante a aplicação dos instrumentos constitucionais.

Há, sem dúvidas, indagações relevantes acerca da qualidade da crescente intervenção do Poder Judiciário na esfera da tutela do patrimônio cultural assim como no campo do meio ambiente cultural e dos direitos e deveres culturais de modo amplo, da mesma maneira como ocorre na efetivação do direito à educação, saúde e outros. Ainda que não caiba tratar aqui dessas problemáticas, pretende-se demonstrar como o Poder Judiciário pode contribuir para a efetivação da proteção ao patrimônio cultural imaterial, exatamente no momento em que o Registro não der conta de produzir o necessário efeito, ou mesmo diante do descumprimento de decisões administrativas por parte do Poder Público em geral ou dos particulares, tal qual se dá no âmbito do patrimônio material, quando não há o respeito às normas e atos administrativos decorrentes do DL 25/1937.

O Texto Constitucional deixou evidente que o Estado Sociocultural de Direito é, inquestionavelmente, um Estado “protetor e promotor” dos direitos fundamentais, de modo que todos os Poderes- Executivo, Legislativo e Judiciário-, e órgãos estatais, - MinC, IPHAN, FUNAI, IBAMA, ICMBio, Ministérios, ANVISA, dentre outros-, estão vinculados à concretização do direito fundamental à cultura e à memória, sem prejuízo da responsabilidade a ser imputada em caso de ações ou omissões danosas aos bens culturais registrados.

A todos esses órgãos e Poderes foram outorgadas competências e imposto o dever de proteção e promoção cultural, no sentido de obter a maior eficácia e efetividade possível dos direitos e deveres fundamentais socioculturais. Assim, quando a questão é relacionada a dano ao patrimônio cultural, considerando os riscos sociais e culturais, inclusive a irreversibilidade do dano, irreparável ou de difícil reparação, tem-se presente um conjunto de obrigações estatais a serem adotadas a fim de enfrentar as suas causas e consequências.

Quando o assunto é voltado para a salvaguarda do horizonte intangível do patrimônio, a não implementação de medidas protetivas, sejam elas oriundas do Executivo ou Legislativo, no sentido de garantir a eficácia e efetividade do direito fundamental à cultura, enseja a necessidade de buscar amparo judicial. Isso se dá mais fortemente nessa esfera do patrimônio, porque a aplicação dos instrumentos jurídicos de proteção ao imaterial permite uma abertura do sistema jurídico a valores ainda não expressamente delimitados legislativamente, máximas de conduta, deveres de comportamento ainda não contemplados em atos normativos por conta, muitas vezes, da subjetividade e constante novidade que permeiam os bens registrados, diretivas econômicas, diretrizes e ações sociais, culturais e políticas, enfim, universos metajurídicos que viabilizam a "sistematização e permanente ressistematização no ordenamento positivo". (MARTINS-COSTA, 1998, p. 7)

Antevendo toda essa complexidade que circunda a tutela jurídica do patrimônio cultural, o legislador constituinte previu no § 1º do art. 216 instrumentos constitucionais expressamente- tombamento, registros, inventários, entre outros-, e ainda criou uma espécie de cláusula geral aberta, determinando que o patrimônio cultural brasileiro também será protegido por "outras formas de acautelamento e preservação".

Segundo Martins-Costa (1999, p.303),

> 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, e ai estão não apenas os membros do Poder Judiciário, mas também os órgãos de proteção ao patrimônio cultural, identificar o preenchimento do

suporte fático e determinar qual a consequência jurídica que será extraída da norma a partir do caso concreto.

Foi a partir dessa abertura constitucional que o legislador ordinário veio, gradualmente, identificando e positivando outros valores socioculturais relevantes, nascidos no seio da sociedade e das comunidades e grupos, carentes de proteção legal específica, ou muitas vezes ainda vulneráveis a certas imprecisões quanto ao grau de eficácia protetiva dos mecanismos já previstos na CF/88, art. 216, §1º.

Na fase anterior à CF/88 há algumas poucas normas, como o DL 25/1937, que conceitua e organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. A partir disso, um vasto arcabouço legislativo e infra legal:

DL 3.866 de 29.11.1941	Que dispõe sobre o cancelamento do tombamento de bens do patrimônio histórico e artístico nacional
Lei 3.924, de 26.07.1961	Que dispõe sobre os monumentos
Lei 4.845, de 19.11.1965	Que proíbe a saída, para o exterior, de obras de arte e ofícios produzidos nos País, até o fim do período monárquico
Lei 5.471, de 09.07.1968 (regulamentada pelo Decreto 65.347, de 13.10.1969)	Que dispõe sobre a Exportação de Livros Antigos e Conjuntos Bibliográficos Brasileiro
Lei 5.805, de 03.10.1972	Que estabelece normas destinadas a preservar a autenticidade das obras literárias caídas em domínio público
Decreto Legislativo 74, de 30.06.1977	Que aprova o texto da Convenção de Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural
Decreto 75.699, de 06.05.1975	Que promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, Revista em Paris, a 24 de julho de 1971
Decreto 80.978, de 12.12.1977	Que promulga a Convenção Relativa a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972.
Lei 6.513, de 20.12.1977	Que dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico e sobre o inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2º. da Lei 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo a Lei 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências;
Lei 7.542, de 26.09.1986 (alterada pela Lei 10.166, de 27.12.2000)	Que dispõe sobre a pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terreno

	de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar, e dá outras providências.

Com o advento da Carta de Outubro, o acesso à justiça para a defesa de certos interesses metaindividuais foi amplamente garantido, mediante a elaboração de diversos atos legais e infra legais, como:

Lei 8.394, de 30.12.1991	Que dispõe sobre a preservação, organização e proteção dos acervos documentais privados dos Presidentes da República
Lei 9.605, de 12.02.1998	Que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente
DP 3.551, de 04.08.2000	Que institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o PNPI
Lei 10.413, de 12.03.2002	Que determina o tombamento dos bens culturais das empresas incluídas no Programa Nacional de Desestatização
Decreto 5.264, de 05.11.2004	Que Institui o Sistema Brasileiro de Museus
Decreto-Legislativo 22, de 08.03.2006	Que aprova o texto da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial
DP 5.753, de 13. 04.2006	Que promulga a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial
Portaria 127, de 30 de abril de 2009	Que estabelece a chancela da Paisagem Cultural Brasileira – porção peculiar do território nacional, representativa do processo de interação do homem com o meio natural, a qual a vida e a ciência humana imprimiram marcas ou atribuíram valores
DP 3787, de 9 de dezembro de 2010	Que institui o Inventário Nacional da Diversidade Linguística- INDL

Como temática concernente a direitos difusos e coletivos, a defesa do patrimônio cultural brasileiro segue aberta, susceptível a novos contornos e desdobramentos, a exigir constante discussão e aprimoramento dos operadores do Direito, sem olvidar a necessária interface com os campos da antropologia, sociologia, geografia, biologia, arquitetura, história, etc. A judicialização das questões sobre proteção do patrimônio cultural, dada a transversalidade das temáticas, impõe ao Poder Judiciário a necessária chamada de técnicos e especialistas das mais diversas áreas do conhecimento, que darão suporte às suas decisões.

Os jurisdicionados e o próprio Poder Público possuem uma série de instrumentos processuais à sua disposição, a exemplo da Ação Civil Pública, Ação Popular, Ação Declaratória de Valor Cultural, Medidas Cautelares, Ações Ordinárias, Mandado de Segurança, dentre tantas outras já devidamente tratadas nesta pesquisa. Por meio delas se efetiva o direito constitucional ao livre acesso à Justiça e se preenche qualquer vazio normativo existente quando da aplicação prática dos instrumentos do Registro, Tombamento, inventários e outros.

Os fatores que levaram o Estado Sociocultural brasileiro a não atribuir maior relevância ao campo do patrimônio cultural imaterial, efeitos de afirmação e emancipação tão ambicionados pelos regionalistas, e também por Mário de Andrade, folcloristas e tantas comunidades tradicionais, extrapolam o objetivo deste trabalho, mas refletem o nítido desinteresse e ausência de vontade política, eleição de prioridades de governo em detrimento das prioridades constitucionais e tantas outras questões que autorizam o Judiciário a intervir na política pública, fazendo valer os direitos constitucionais fundamentais.

5.3.1 O princípio da inafastabilidade do controle judicial na esfera dos direitos culturais

A legitimidade do Poder Judiciário para atuar na esfera do patrimônio cultural tem seu fundamento basilar no art. 5º, XXXV, da *Lex Mater* de1988, que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A aplicação de tal mandamento constitucional não desconsidera as controvérsias acerca da intervenção judicial no controle das políticas públicas e no mérito de atos administrativos.

O controle judicial de políticas públicas culturais deve ser concebida como um forte mecanismo conferido ao cidadão, individual ou coletivamente considerado . Esse controle sobre a atividade política do administrador e do legislador tem amparo constitucional no art. 216, §1º, que estabelece o dever não somente do Poder Público, mas da comunidade de modo geral, de proteger e promover o patrimônio cultural, empoderando as bases sociais mediante uma participação democrática na consecução do interesse público.

A intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos culturais surge através da instauração de um processo judicial e se configura numa atividade de substituição, decorrente

justamente da existência de um litígio que não encontrou, na ordem administrativa, solução ou caso tenha encontrado, não atendeu aos interesses de uma das partes. Neste caso, fica patente que o Executivo e o Legislativo, mediante os atos administrativos e as leis por si elaboradas, não deram conta de prevenir ou resolver certas questões.

Foi-se observando, pela prática, que muitos instrumentos criados pelo Legislativo e Executivo não se mostraram suficientes para dar conta de um universo tão amplo e complexo, como o patrimônio cultural,

> sejam porque suas intrincadas estruturas internas atuam como freio ou desestímulo para a espontânea veiculação dos interesses metaindividuais, seja porque a morosidade típica dos processos decisórios nessas instâncias primárias mostram-se em descompasso com a celeridade requerida por esses emergentes interesses de massa. O Judiciário foi, assim, chamado a desempenhar um novo papel, quiçá um *rôle suppletif*. (MANCUSO, 2011, p. 267)

Neste sentido, é forçoso ressaltar que a judicialização das questões culturais poderá ocorrer tanto no que se refere a relações entre particulares e Estado, entes públicos em face de entes públicos, quanto nas relações em que o Poder Público promove ações de preservação e proteção ou deixa de promovê-las. O sentido da norma constitucional é exatamente não excluir da apreciação do Poder Judiciário a efetiva lesão ou a mera ameaça a direito. E esta lesão engloba também o não agir do Estado tanto no aspecto de assegurar a preservação dos bens de cultura, mediante a adoção de políticas públicas, quanto na proteção desses bens em face de terceiros.

Em princípio, o Poder Judiciário não deveria interferir "em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional". (KRELL, 2002, p.22)

O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário no Agravo 410715/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello, manifestou o seu posicionamento, afirmando que:

> Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (RE-AgR 410715/SP, a Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 03/02/2006, p.76)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também exarou seu entendimento, prestigiando a tese segundo a qual compete ao Poder Judiciário, em algumas hipóteses em que a Constituição Federal consagra um direito, a exemplo do art. 216, § 1º combinado com o art. 23, III e IV, determinar ao Poder Público que torne o direito realidade, ainda que para isso resulte obrigação de fazer ou não fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

Segundo o Ministro Relator,

> 7. A determinação desse dever pelo Estado não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá constitucionalmente. **Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.** 11. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. [...]RESP 753565/MS, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU de 28/05/2007, p. 290)

Na situação em apreço, o Poder Judiciário poderá agir tanto no sentido de prevenir ou reprimir danos ao patrimônio cultural praticados por particulares e pelo próprio Poder Público, quanto ainda agir no sentido de promover a efetiva atuação do Estado na preservação- ações de fomento, difusão, articulação, promoção, etc -, e proteção dos bens culturais registrados. Para Miranda (2006, p.267): "[...] há hipóteses em que, de forma ilegítima, o Poder Público ou mesmo particulares violam o direito de acesso aos bens culturais imateriais, sendo plenamente viável o acesso ao Poder Judiciário para coibir o abuso."

A jurisdicização da política pela Lei Maior conduz a uma judicialização da política, outorgando ao Poder Judiciário uma significativa participação na conformação e no controle das políticas públicas no Brasil, sem, entretanto, que tal fator estabeleça um governo de juízes. Garante-se, a todo momento, a liberdade de conformação do legislador, que não permitirá sejam olvidados os objetivos e as finalidades de status constitucional, relegando-se a política de desenvolvimento dos direitos culturais fundamentais.

5.3.2 Responsabilização cível pela ameaça ou dano ao patrimônio cultural imaterial registrado.

A prática institucional demonstra certo grau de fragilidade na utilização dos instrumentos administrativos de proteção ao patrimônio cultural brasileiro, causada, dentre outras razões, tanto pela própria omissão do Estado no seu dever de criar atos infra legais quanto pela ausência de vontade política no que se refere ao cumprimento das medidas já existentes. Prova disso é que o IPHAN somente veio a regulamentar as multas decorrentes do dano ao patrimônio material, previstos no DL 25/37, no ano de 2010, a partir de determinação judicial.

Assim, surge a necessidade de, muitas vezes, quando o efeito necessário do ato administrativo não é realizado ou se realiza parcialmente, lançar mãos de instrumentos processuais, em outras esferas do Direito- a cível e a criminal, para garantir a concretização máxima dos direitos e garantias culturais de natureza fundamental.

No âmbito do Imaterial, releva ponderar, mais uma vez, que não se pretende criminalizar condutas ou mesmo tornar a prática de salvaguarda um trabalho de fiscalização, de polícia, de permanente intervenção. O intuito do compartilhamento da missão constitucional de proteger o patrimônio cultural e de estender as suas problemáticas à esfera cível e penal é justamente para que ocorra a proteção plena aos bens culturais registrados, mediante a aplicação conjunta de instrumentos e mecanismos.

O Registro configura-se em um dos instrumentos de preservação e proteção aos bens intangíveis, sendo utilizado isoladamente e, quando necessário, ao lado de outros mecanismos de acautelamento espalhados na ordem jurídica pátria. A utilização de um não é óbice à aplicação de outros, sendo que cada um tem a sua finalidade específica e se complementam a fim de alcançar a máxima eficácia protetiva, tanto na esfera administrativa inicialmente, quanto na cível e, em último caso, na penal.

Da mesma forma como ocorre no campo do material, guardadas as peculiaridades que envolvem a prática de preservação e abordagens do imaterial, os bens de natureza intangível também estão vulneráveis às investidas de terceiros e do próprio Estado, o que ensejará responsabilização ao agente causador do dano, a teor do disposto no art. 216, § 4º da CF/88: “Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos na forma da lei”, e ainda observando-se a previsão do art. 225, §3º: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Na esfera cível, os direitos culturais ganham bastante destaque, pois muitas das lacunas e omissões do legislador, e mesmo diante de qualquer limitação na aplicação dos

instrumentos jurídicos, como o Registro, é na aplicação do instituto da responsabilidade civil pelos danos causados ao patrimônio cultural que o Estado oferece a sua resposta.

A ideia de responsabilização civil surge para as hipóteses em que há ameaça ou violação a direitos e bens culturais patrimonializados, trabalhando-se com a determinação legal de obrigatoriamente reparar o dano cometido, independente de ser um ou mais sujeitos ou à própria coletividade.

Na visão de Milaré (2004, p. 757):

> Alerte-se, por relevante, que o regime jurídico da responsabilidade civil por danos ao patrimônio cultural pauta-se pela teoria da responsabilidade objetiva, onde tão-somente a lesividade é suficiente para provocar a tutela judicial, no teor do que dispõem os arts. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, e 225, §3º, da Constituição Federal.

A doutrina majoritária e também remansosa jurisprudência defendem que a responsabilidade do violador das normas de proteção ao meio ambiente cultural é objetiva, isto é, independe da existência de culpa, a teor do quanto fixado no art. 14, § 1º da Lei 6.938/81 combinado com o art. 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro. Para Miranda (2006, p. 258): "Não há dúvida que o agente que, por ação ou omissão, contribui de qualquer forma para a ocorrência de uma lesão ao patrimônio cultural brasileiro, está concorrendo para a degradação da qualidade ambiental, enquadrando-se juridicamente na condição de poluidor".

Segundo a jurisprudência patrícia:

> Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CF , ART. 225 , § 3º. LEIS 6938 /81 E 7347 /85. DERRAMAMENTO DE ÓLEO AO MAR E DANO AMBIENTAL INCONTROVERSOS. PRESENTE O NEXO DE CAUSALIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (LEI 6.938 /81, ART. 14 , CF , ART 225 , § 3º). SOLIDARIEDADE. CÓDIGO CIVIL (Lei 3071 /16), ART. 1518. INDENIZAÇÃO QUE SE MANTÉM. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. APELAÇÕES IMPROVIDAS. I. Trata-se de Ação Civil Pública visando à reparação de dano ambiental ocasionado pelo derramamento de óleo ao mar pelo navio Itaporanga, no Porto de Santos, SP. II. Evento danoso incontroverso. Plenamente estabelecido o nexo de causalidade entre a ação do agente e a lesão ambiental que restou induvidosa nos autos. III. A Constituição Federal adota um conceito abrangente de meio ambiente, envolvendo a vida em todas as suas formas, caracterizando-se como direito fundamental do homem IV. A hipótese é de responsabilidade objetiva do causador do dano, já prevista na Lei 6938, de 31/8/81, art. 14 , § 1º, normação recepcionada pelo § 3º do art. 225 da Carta Política . V. Responsabilidade solidária das Rés H. Dantas - Comércio, Navegação e Indústria LTDA e Cargonave Agenciamentos LTDA, "ex vi" do art**.** 1518 do Código Civil (Lei 3071 /16, aplicável à espécie nos termos do artigo 6º , § 1º , da Lei de Introdução ao Código Civil). VI. É o Judiciário, na análise de cada caso concreto que dirá da pertinência do montante indenizatório, sempre atento ao princípio da razoabilidade que deve permear as decisões dessa natureza. Indenização

> que se mantém. VII. Precedentes. (TJSP, AC 80.345-1, Rel. Des. Toledo César, j.07/04/87; TRF 3ª Região, AC 401518, Rel. Des. Federal Salette Nascimento, DJU 07/01/2002) VIII. Apelações improvidas.

A face imaterial do patrimônio cultural é essencialmente dinâmica e exige respostas e entendimentos diversificados, cabendo, pois, ao Judiciário a construção de uma solução, a partir da vontade, necessidade e interesses das comunidades e grupos, muito diversamente do que ocorre na seara do patrimônio "pedra e cal". O papel do Poder Judiciário nesse processo é bastante volátil. Para Ataliba (1971, p. 18): "Não pode, pois, a Justiça seguir dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no formalismo para deixar de dizer o direito".

Não se pretende que o Poder Judiciário promova a seleção de determinada política pública para a preservação do patrimônio cultural imaterial, ainda mais quando envolve ações de expressiva significação econômica, as quais resultam de juízos políticos, mas apenas impedir que o Estado continue a se eximir da missão constitucional e legal de promover e proteger o patrimônio cultural como se tratasse a temática como um bem de somenos importância e valor, por estar situada numa posição inferior na escala de prioridades da Administração Pública, olvidando que o pleno desenvolvimento da cidadania e da dignidade humana não comporta a hierarquização dos bens da vida, como sugere o art. 1º, II e III da Carta Maior.

A atuação do Poder Judiciário será realizada não somente para garantir a integridade de bens culturais ou mesmo para garantir a continuidade histórica dos bens registrados, mas ainda no sentido de obrigar e/ou responsabilizar o próprio Poder Público a agir positivamente, a fim de assegurar a máxima proteção e promoção do patrimônio reconhecido como oficial, inclusive para determinar que o mesmo cumpra certas diretrizes e ações da política de salvaguarda e até mesmo algumas outras medidas que se encontrem fora do seu escopo inicial, o que demandará o acionamento de outras instâncias de poder, também responsáveis pela preservação do patrimônio cultural.

A própria CF/88, prevendo a necessidade de compartilhamento de responsabilidade sobre a preservação do patrimônio cultural, estabeleceu a possibilidade de tanto o Estado quanto o particular lançarem mão de instrumentos de acautelamento e preservação, além daqueles taxativamente previstos no art. 216, § 1º. São estes os instrumentos processuais na defesa do patrimônio cultural imaterial em Juízo.

O mais utilizado na prática é a Ação Civil Pública (ACP), disciplinada pela Lei 7.347/85 e cuja função é, mediante o acionamento do Poder Judiciário, garantir a proteção dos bens integrantes do patrimônio cultural. Conforme Soares (2009, p. 364, grifos nossos): "ACP é um instrumento judicial para defesa dos bens culturais, móveis ou imóveis, materiais **ou imateriais**, de propriedade pública ou privada, que se encontrem em território brasileiro".

Esta ação tem como objeto não somente evitar o dano, mas também repará-lo, o que deverá ser feito à luz da realidade dos requerentes, os quais poderão manifestar as suas necessidades e a partir dai construir, pela intermediação do Judiciário, com a participação do Ministério Público e demais órgãos interessados e legitimados, a forma de reparação (obrigação de fazer, não fazer, pagar, declaração de situação jurídica, etc).

Miranda (2006, p. 174) assevera que: "Nos termos do que dispõem os arts. 83 e 90 do Código de Defesa do Consumidor, combinados com os arts. 1º e 21 da Lei 7347/85, para a defesa do patrimônio cultural brasileiro são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.".

Mazzilli (2002, p. 196, grifos nossos), por seu turno, preleciona que:

> Cabem ações civis públicas condenatórias, cautelares, de execução, meramente declaratórias, constitutiva ou as chamadas ações mandamentais. Como exemplos afigure-se a necessidade de reparar ou impedir um dano (ação condenatória ou cautelar satisfativa), ou declarar nulo (ação declaratória) ou anular (ação constitutiva negativa) um ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou **ao patrimônio cultural.**

A ACP serve para reprimir danos ao patrimônio cultural (tutela ressarcitória) e/ou para impedi-los (tutela inibitória). Nas ações que tenham por pedido a realização de obrigação de fazer ou não fazer, o magistrado determinará o cumprimento da prestação requerida ou a cessação da atividade considerada nociva ao patrimônio, como, por exemplo, a não poluição de rios, a não construção de barragens, o recolhimento de materiais que estejam no mercado e que foram objeto de apropriação indevida, a garantia de uso ou acesso a lugares, repatriação de acervos, etc.

A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos do Processo 200638000398834, sobre a competência do IPHAN para proteção ao patrimônio cultural, firmou o seguinte entendimento:

> TRF1-145581) CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO. INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL - IPHAN. PRESERVAÇÃO. CADASTRAMENTO NACIONAL. LEGALIDADE.

> DANO DE ÂMBITO NACIONAL. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI Nº 8.078/90, ART. 93, II). [...]
> II - A implementação e funcionamento de cadastro nacional, para fins de registro de todos os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros, possui respaldo legal (Decreto-Lei 25/37, art. 26), **competindo ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, na condição de órgão responsável pela proteção, fiscalização, promoção, estudo e pesquisa do patrimônio cultural brasileiro (Decreto nº 5.040/2004), nos termos do art. 216 da Constituição Federal, promover, dentre outras ações, a identificação, o inventário, a documentação, o registro, a difusão, a vigilância, o tombamento, a conservação, a preservação, a devolução, o uso e a sua revitalização, exercendo, quando necessário, o poder de polícia administrativa, para essa finalidade.**
> III - A determinação judicial, no sentido de impor-se ao referido órgão o fiel cumprimento de suas funções institucionais, não representa qualquer violação ao princípio da separação dos poderes, por se tratar, no caso, de medida garantidora da tutela constitucional de defesa do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216 e incisos), a merecer a proteção do Estado, na dimensão constitucional de seu interesse difuso, que integra o meio ambiente cultural, sob a tutela expressa e visível da Carta Magna, nos comandos mandamentais de 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" (CF, art. 215, caput) e ainda de que **"o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá o protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação"** (CF, art. 216, § 1º), pois "constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material **e imaterial**, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas e IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais" (CF, art. 216, III e IV), sendo que **"os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei"** (CF, art. 216, § 4º). IV - Apelação e remessa oficial desprovidas. (Apelação Cível nº 2006.38.00.039883-4/MG, 6ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Souza Prudente. j. 26.05.2008, unânime, e-DJF1 21.07.2008, p. 139).

Como a CF/88 atribui ao Estado o permanente, indelegável e irrenunciável dever de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, tombamento, desapropriação, vigilância e outras formas de acautelamento e preservação, do qual se extrai um correlato direito social à integridade desse mesmo patrimônio, não será lícito ao Poder Público eximir-se do encargo, negando as condições necessárias à sua efetivação máxima, a pretexto da escassez dos meios materiais e humanos necessários e até mesmo diante de eventual deficiência ou inexistência de aparato legislativo e normativo idôneos, a menos que o faça com fundamentos que se submetam a uma análise objetiva.

Não se ignora, entretanto, que a promoção dos direitos sociais e culturais, além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande escala, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada objetivamente a alegação de incapacidade econômico-

financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

No campo do patrimônio cultural, contudo, não há falar-se em efetivação de direitos culturais somente pela adoção de medidas que envolvam “gastos”, “orçamento”. A efetivação se inicia desde o próprio reconhecimento conferido aos bens culturais pelos instrumentos protetivos, segue pela adoção de políticas públicas de valorização e se estende ao pós-reconhecimento no sentido de que o órgão de preservação deve salvaguardar os bens registrados e apoiar as comunidades, suscitando os debates em torno do bem cultural objeto de ameaça ou violação através da mediação de eventuais conflitos, observando-se, sempre, a sua competência legal e regimental, sua autonomia e capacidade técnica.

Em outro plano, o Direito se preocupou com a tutela do patrimônio cultural por meio não somente de mecanismos da ordem administrativa e civil, mas ainda mediante a tipificação de crimes contra o meio ambiente cultural e o patrimônio cultural como um todo. Isso se deu porque fora verificado, na prática, que as respostas do Estado, de natureza civil e administrativa, ao causador do dano a bens culturais e ambientais não satisfaziam aos novos contextos socioculturais, cada vez mais dinâmicos e complexos.

Preconiza Miranda (2006, p.205) que:

> [...] além das tímidas e arcaicas construções penais a respeito do tema não foram suficientes para coibir as reiteradas práticas lesivas, tornando-se realmente indispensável a pronta colaboração do direito penal para a proteção da integridade desse patrimônio cuja efetiva tutela penal foi expressamente assegurada em nível constitucional (arts. 216, §4º e 225, § 3º)

O advento da *Lex Mater* de 1988 conferiu ao Direito Penal a tarefa de auxiliar o Direito Civil e Administrativo na consolidação de um sistema de proteção mais efetivo ao patrimônio cultural e ao meio ambiente, no sentido de punir condutas lesivas a este bem jurídico relevante para o Estado.

Sobre a abordagem jurídico-conceitual de meio ambiente importa assinalar que é bastante ampla e não se restringe somente ao meio natural, como solo, água, ar, fauna e flora. Vai além, pois abarca o aspecto artificial, espaço urbano construído, trabalho e cultura, ai inserido o patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, enfim aspectos do material e imaterial. Consoante sintetiza Mukai (2007, p. 155): “a Constituição Federal coloca

em mesma escala de igualdade a proteção dos valores históricos e culturais e o meio ambiente como um todo".

No que toca especificamente ao meio ambiente cultural, o art. 216 da CF/88 indica quais os bens que constituem o Patrimônio Cultural brasileiro como aqueles de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira:

> Art. 216 [...]
> I – as formas de expressão;
> II – os modos de criar, fazer e viver;
> III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
> IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
> V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. [...]

A leitura do Texto Constitucional demonstra que os valores que integram o Patrimônio Cultural estão fortemente presentes na ordem jurídica pátria, o que lhes confere proteção de caráter constitucional e, mesmo que não contemplados taxativamente no rol do art. 5º, estão categorizados na forma de direitos fundamentais do cidadão brasileiro, já que o constituinte de 1988 vinculou expressamente os valores do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado à preservação do Patrimônio Ambiental Cultural, na sua dimensão tanto material quanto imaterial.

A necessidade de produção de legislação e de previsão de punibilidade como resposta do Estado surge diante da inequívoca certeza de que leis e normas são e serão descumpridas, a todo instante, pelos cidadãos e pelos próprios entes públicos. Sem dúvida, a prática demonstra e continuará demonstrando que a eficácia do Registro, assim como a do Tombamento, não será alcançada em plenitude. Em algumas situações, necessário mobilizar instrumentos legais e legislativos e, em momentos mais delicados, lançar mão do Poder Judiciário para coibir determinadas práticas danosas, punir os responsáveis, buscar o ressarcimento pelos danos e ameaças, e também para garantir a promoção de políticas públicas culturais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do tempo e do espaço a cultura vai adquirindo formas das mais diversificadas e é justamente esta diversidade que se manifesta no pluralismo de identidades dos grupos e comunidades que formam a sociedade brasileira. Detentora de saberes, conhecimentos, modos de criar, fazer e viver, formas de expressão, criações científicas, artísticas e tecnológicas, obras, objetos, espaços, a cultura é, para o ser humano, tão necessária quanto a diversidade biológica para a natureza.

Diante disso, o Direito tem relevante função de garantir, neste processo, a construção e efetivação dos instrumentos de promoção e efetiva proteção ao patrimônio cultural portador de referência à ação, à memória e à identidade dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira, gerações futuras e presentes.

No campo do patrimônio material, a constituição do sistema de proteção legal no Brasil foi pensada e construída desde o ano de 1937 por intelectuais de envergadura, destacando-se as figuras principais de Mário de Andrade e Rodrigo de Melo Franco de Andrade. Um texto normativo inicialmente criado por um literato, poeta de alma sensível às questões culturais, e reconfigurado por um jurista de escol. Foram olhares distintos sobre um só patrimônio, um mais voltado à cultura em seu sentido amplo, culturas populares e folclore, outro direcionado à consagração dos monumentos.

O Direito, então, como fenômeno cultural e político, traduziu o ideal que predominava na época entre intelectuais que pretendiam criar a narrativa oficial do patrimônio cultural no Brasil e reconheceu, pela primeira vez na história, mediante um Decreto-Lei, que o patrimônio histórico e artístico nacional é constituído pelo conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Nesse contexto de criação de uma identidade nacional e de elevação do tombamento como único instrumento legal de proteção ao patrimônio cultural, o Direito brasileiro se ocupou de questões relativas à execução deste instrumento, sem considerar qualquer tipo de discussão sobre a necessidade e possibilidade de proteção jurídica às culturas populares, aos

saberes e conhecimentos, práticas e lugares. Embora já existissem movimentos folcloristas, campanhas nacionais e até mesmo uma articulação internacional pela proteção ao patrimônio cultural, mundial, natural, à cultura tradicional e popular, em repúdio às noções europeias do patrimônio, somente na década de 1970, com o desenvolvimento das noções de referência cultural como forma de valorização das culturas populares e com a criação do CNRC, é que o Poder Público foi ampliando o seu olhar sobre o patrimônio cultural.

Essas forças foram tomando outras proporções e encontraram na gestão de Aloísio de Magalhães um lugar de fala. A partir dai, verificou-se que a percepção do caráter plural das identidades estava no centro da questão sobre a diversidade das culturas. A noção de referências culturais e a percepção de que não adianta enfatizar os sentidos das práticas culturais e sociais isolados das formas simbólicas levou à compreensão de que não se pode pensar essas representações simbólicas independente das práticas em que estão ancoradas.

Já na década de 1980, ainda que não houvesse qualquer alteração no DL 25/1937 acerca do conceito legal de patrimônio cultural, foi tombado na Bahia, pelo IPHAN, um terreiro de candomblé. Isso quer dizer que a decisão do Conselho Consultivo do IPHAN traduziu uma visão mais evoluída do que se constitui no patrimônio cultural brasileiro, quase cinco décadas depois da elaboração do DL 25/1937, mas que, sob o prisma da legalidade estrita, ia de encontro à interpretação literal e gramatical da lei em vigência que não considerava aquele bem imóvel dotado de excepcional valor histórico e artístico como era a práxis da instituição. Foi uma decisão política que representou a mudança de paradigma dentro do IPHAN e sobre a qual o Direito deveria se apropriar, como de fato se apropriou. Tanto é assim que, poucos anos após, já em 1988, a Constituição brasileira inovou o ordenamento jurídico, trazendo em seu texto uma visão de patrimônio que deixava evidente as diversas reivindicações dos diferentes grupos e movimentos articulados desde a década de 1940.

As lutas em prol da proteção dos modos de criar, viver e fazer, das formas de expressão e celebrações, lugares, espaços, objetos, dentre tantas outras, foram reconhecidas como PCI no mesmo patamar que a dimensão material do patrimônio, tão sobejamente prestigiada pela ordem jurídica. Fixou-se a igualdade de tutela jurídica, ainda que já houvesse o DL 25/1937. A nova Ordem Constitucional da Cultura se inaugurou ali, em 1988, e sua marca foi não apenas a criação e reconhecimento oficial da natureza imaterial do patrimônio cultural, mas o nivelamento de valor dessas categorias, pondo fim a qualquer forma de hierarquização entre os bens culturais e entre os seus instrumentos de tutela.

Embora a CF/88 tenha deixado claro o entendimento sobre o que se constitui o patrimônio cultural, prevendo explicitamente a dimensão imaterial e os instrumentos constitucionais para a sua efetiva proteção, para que se evitasse a "construção piramidal" entre as categorias de patrimônio, como se a material continuasse a ocupar o topo da pirâmide e as demais categorias estivessem em escalas menores, bem menores, uma espécie de sub instrumento, sempre inferior e dependente do tombamento, o Registro continuou a ser relegado ao esquecimento.

Prova disso é que o dispositivo constitucional do art. 216 foi considerado não auto executável, as normas relativas à cultura de natureza programática, e a imaterialidade do patrimônio cultural continuou sem a sua proteção estatal, seja através da não adoção de políticas públicas, seja pelo silêncio do legislador no sentido de não ter regulamentado o instrumento legal, o que ocorreu somente doze anos depois, e em decorrência de forte pressão de grupos tradicionais e de elite, sobretudo daqueles que se reuniram para o Seminário de Fortaleza, em 1997.

O instrumento possível e, para alguns, ideal para a regulamentação do dispositivo constitucional, segundo opção do grupo de intelectuais que compôs o GTPI, foi o Decreto Presidencial, editado na esfera do Poder Executivo no ano de 2000. A adoção desse instrumento como "possível", o que está translúcido nos documentos do GTPI, demonstra que o Estado, ao menos no âmbito do Poder Legislativo, continuava omisso no trato com as questões do patrimônio imaterial, comportamento que somente fora alterado com a pressão internacional pela ratificação da Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, em 2006.

Caso o Executivo não lançasse mão de sua competência, não só no sentido de editar atos normativos decorrentes do poder regulamentar, mas, sobretudo, de "proteger" o patrimônio cultural efetivamente, na forma do art. 23, III da CF/88, a face imaterial do patrimônio continuaria à mercê da sorte.

Somente a partir de 2000 inaugurou-se a política, publicizou-se o instrumento, criou-se o Departamento específico para a condução dos processos, promoveram-se programas com base em objetivos bem construídos: implementar a política de inventário, Registro e salvaguarda de bens culturais de natureza imaterial; contribuir para a preservação da diversidade étnica e cultural do país e para a disseminação de informações sobre o patrimônio cultural brasileiro a todos os segmentos da sociedade; captar recursos e promover a constituição de uma rede de parceiros com vistas à preservação, valorização e ampliação dos

bens que compõem o patrimônio cultural brasileiro; e incentivar e apoiar iniciativas e práticas de preservação pela sociedade.

Dentre as diretrizes da política de fomento lançada pelo IPHAN, como o PNPI, estão: promover a inclusão social e a melhoria das condições de vida de produtores e detentores do patrimônio cultural imaterial; ampliar a participação dos grupos que produzem, transmitem e atualizam manifestações culturais de natureza imaterial nos projetos de preservação e valorização desse patrimônio; promover a salvaguarda de bens culturais imateriais por meio de apoio às condições materiais que propiciam sua existência, bem como pela ampliação do acesso aos benefícios gerados por essa preservação.

Esses objetivos e diretrizes foram sendo implementados com a política de salvaguarda dos bens registrados. Foi uma política que, apesar de nova, estava bem sedimentada, tanto no plano teórico quanto prático, ressurgindo, contudo, uma inquietação, já bastante discutida pelo GTPI, sobre a eficácia jurídica do Registro.

Em que pese os juristas da época tivessem sacramentado o opinativo sobre a impossibilidade de geração de direitos e obrigações a terceiros pelo Registro, porque este fora regulamentado por um ato infra legal, detentores e produtores, bem como algumas organizações representativas, compreendiam o instrumento como um mecanismo de legitimação de direitos e solicitavam o Registro manifestando a crença expressamente. Nessa conjuntura, o próprio PNPI já havia previsto como diretriz da política de fomento, dentre aquelas acima expostas, implementar mecanismos para a efetiva proteção de bens culturais imateriais em situação de risco e respeitar e proteger direitos difusos ou coletivos relacionados à preservação e ao uso do patrimônio cultural imaterial.

O discurso sobre a inaptidão do Registro para produzir efeitos jurídicos se manteve firme, e sem mantém, no plano teórico, sem que o Direito tenha se apropriado mais detidamente. A prática da salvaguarda, entretanto, em algumas situações, bastante delicadas e complexas, demonstrava o contrário. Problemáticas surgiram e o IPHAN, em alguns momentos, se posicionou, adotou medidas, ainda que timidamente, essencialmente democráticas, porque contou com a legitimação dos detentores e produtores em todo o processo. Houve resultados benéficos às comunidades e, por consectário lógico, à continuidade dos bens culturais registrados como PCI do Brasil.

O que se pode observar é que certo grau de eficácia jurídica do Registro foi produzido ainda que o Direito não tivesse se pronunciado com mais afinco sobre muitas das questões

jurídicas postas. Potencializou-se por conta da crença das comunidades e do referencial normativo já existente, que impulsionaram IPHAN a mudar o seu olhar sobre o Registro.

Não havia discussões acerca de questões jurídicas relevantes e que conferem realmente um grau amplo de efeitos ao Registro, a exemplo da dimensão fundamental do direito à proteção do patrimônio cultural imaterial que lhe confere aplicabilidade imediata; a própria força que a jurisprudência do STF, enquanto guardião da Constituição, vem atribuindo aos atos infra legais decorrentes do Poder Executivo, quando comprovada a ausência do Poder Legislativo em matérias relevantes; a eficácia normativa que decorre do Registro enquanto ato administrativo que goza de presunção de legitimidade, auto executoriedade e imperatividade; observância aos métodos hermenêuticos constitucionais que extraem das normas a eficácia necessária à ampla proteção do patrimônio imaterial registrado; ainda, a importância da intenção do legislador constituinte de 1988 e a concepção do Registro como instrumento legal que vem viabilizar a participação da sociedade aberta e democrática de seus direitos culturais.

Aos legalistas de plantão foi apresentada, como forma de aquietação a tantas angústias, a lei que rege o patrimônio cultural imaterial no Brasil, o Decreto Legislativo 22, promulgado pelo DP 5753/2006, conhecida como Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, norma que ingressa no ordenamento jurídico com status de lei ordinária e que produz efeitos perante o Estado não somente no sentido de dar apoio e sustentabilidade aos bens registrados, mas ainda para que implemente mecanismos para a efetiva proteção de bens culturais imateriais em situação de risco, protegendo direitos difusos ou coletivos relativos à preservação e ao uso do patrimônio cultural imaterial, como delineado no PNPI.

E mais, o próprio IPHAN formula, em documento oficial, a partir da prática da salvaguarda, as ações constantes nas novas tipologias de ação da CGSG/DPI/IPHAN, que consistem, basicamente, na atenção à propriedade intelectual dos saberes e direitos coletivos: ações de apoio, esclarecimento e mediação institucional de modo a salvaguardar direitos de propriedade intelectual dos saberes associados aos bens Registrados; e adoção de medidas administrativas e\ou Judiciais de proteção em caso de ameaça e/ou dano ao bem cultural registrado: ações de mediação institucional de cunho administrativo e judicial, implementadas para situações excepcionais e complexas relativas aos bens Registrados em estado de risco iminente. Exigem, em algumas hipóteses, a comunhão de esforços das instâncias dos poderes públicos e sociedade civil.

Ao elencar uma série de instrumentos administrativos e judiciais à efetiva proteção do patrimônio cultural imaterial contra terceiros, não se pretende tornar a prática de salvaguarda

num sistema fiscalizatório e punitivo. Tem-se apenas presente a necessidade de apresentar ao IPHAN e demais órgãos estatais que lidam com bens registrados o instrumental legal e infra legal existente na ordem jurídica e que poderá servir tanto para prevenir e inibir certas ameaças quanto para extinguir certas ações que, quando verificadas pelos detentores e produtores e noticiadas aos órgãos, poderão ser reprimidas com a força do aparato administrativo. Essas ações vão desde a apropriação de conhecimentos, lugares, imagens, etc, à celebração de contratos e garantia de certos direitos associados às práticas culturais.

Para garantia de maiores efeitos ao Registro, o IPHAN deverá atuar ao lado das comunidades e pessoas no sentido de buscar entendimentos e a melhor solução ao caso concreto, inclusive chamando à responsabilidade outros entes públicos corresponsáveis pelo bem cultural para se garantir uma salvaguarda mais completa.

Em muitas situações já vivenciadas pelas Coordenações do DPI/IPHAN na prática do Registro e Salvaguarda, verifica-se a existência de colisão entre direitos fundamentais culturais e de outras naturezas, a exemplo do que já ocorre com o Registro do Modo Artesanal de fazer Queijo de Minas, em que há conflitos com normativas da ANVISA relativas ao direito à saúde; como no caso das Baianas de Acarajé evangélicas que se recusam a trajar as vestes tradicionais e batizam o acarajé com o nome de “bolinho de Jesus”; no Samba de Roda do Recôncavo baiano, em que o etnomusicólogo que pesquisou junto aos sambadores para constituição do dossiê de Registro não deixou cópia com os grupos, não pediu autorização formal para pesquisa e nem cumpriu o contrato com o IPHAN, ficando de posse de todo o acervo sonoro e visual sem compartilhar com as comunidades e IPHAN, exemplo de choque entre direitos individuais e coletivos; no caso da viola de cocho, em que, para feitura do instrumento há problemáticas com o IBAMA, pois a matéria-prima é protegida de modo especial, hipótese de choque de direitos culturais e preservação do meio ambiente; também o fandango caiçara, em que há certas restrições de acesso à matéria-prima da natureza para confecção dos sapatos e das rabecas utilizadas para dançar e tocar.

As demandas são recentes e complexas, faltando maior empenho de muitos órgãos governamentais na busca por melhorias e soluções que favoreçam a continuidade das práticas culturais registradas. Enquanto o Estado continua a investir recursos de grande monta na política do patrimônio material, destinando, neste ano de 2014, por exemplo, em torno de 25 milhões de reais ao Departamento de Patrimônio Material do IPHAN, conforme Planejamento 2014, o DPI recebe em torno de 12 milhões, já incluindo recursos do Fundo Nacional de Cultura (FNC).

Ainda que o Estado continue a investir recursos mínimos na preservação do patrimônio cultural imaterial, a política de preservação desenvolvida pelo IPHAN é uma realidade exitosa e isso se deve, em grande parte, ao fato de o processo de reconhecimento ser realizado com a participação das comunidades. As Ciências Sociais desenvolveram muito bem as teorias e práticas de promoção aos bens culturais registados. Carece apenas de aperfeiçoamento quanto às possibilidades de utilização dos instrumentos jurídicos para potencialização dos efeitos do Registro, o que ocorrerá quando se der conta de que o almejado regime jurídico *sui generis* já existe, não está pronto e acabado, porque vai se aprimorando a cada dia, ininterruptamente, num dinamismo próprio à categoria do patrimônio que tutela.

Tal qual já ocorre no âmbito do Direito Econômico no Brasil, a tutela jurídica do patrimônio cultural imaterial objeto de Registro possui características peculiares, já observadas durante a aplicação do Registro e da Salvaguarda.

A primeira delas é a ausência de codificação, visto que seria impossível a regulação da proteção aos bens culturais intangíveis registrados por códigos e normas fechadas. Essas formatações buscam abarcar toda a disciplina através de uma racionalidade abstrata, o que vai de encontro ao dinamismo, subjetividade e complexidade que envolvem essa categoria do patrimônio, voltada para o caso concreto, para a racionalidade empírica, que exige a formulação de normas por meio de atos infra legais, estes sim mais aptos a acompanhar a dinâmica própria aos bens culturais imateriais.

A segunda característica refere-se à maleabilidade: os direitos relativos ao patrimônio cultural imaterial registrado não são rígidos, permanentes, mas voláteis, flexíveis, passíveis de revisão, dialogam com os mais diversos ramos do Direito. Suas normas se voltam aos casos concretos e são, portanto, adaptáveis, passíveis de construção a partir da realidade apresentada. É imprescindível que assim seja por conta das relações dinâmicas do patrimônio cultural intangível.

Estas características se explicitam em razão da transdisciplinaridade, da natureza jurídica do bem tutelado e pela utilização singular de cláusulas gerais, abertas, de normas em branco, ou seja, normas que necessitam de complementação por diversos diplomas- leis, decretos, regulamentos. Somente a partir da conjugação desses instrumentos é que se pode extrair uma resposta do Estado para as condutas consideradas lesivas aos bens registrados.

A maleabilidade, flexibilidade, revisibilidade e mobilidade são reforçadas pela transdisciplinaridade.

O Direito, enquanto instrumento de controle social formal da ordem jurídica constitucional, foi influenciado pelo novo paradigma metodológico e abrangido pela a transdisciplinaridade. Os efeitos jurídicos decorrentes do ato de patrimonialização, pelo Registro, são um exemplo deste novo caminho, com a construção de um regime diferenciado de proteção jurídica com respaldo tanto do direito público quanto privado, de forma que esse direito sui generis não pode ser caracterizado nem como público nem como privado.

Esse regime jurídico diferenciado é sedimentado num conjunto de normas, nascido a partir da CF/88 e reforçado por atos legais e infra legais, cujo objeto é estabelecer programas e projetos, bem como sancionar, com a forma que lhe é própria, as condutas de terceiros, seja ente público ou privado, pessoa física ou jurídica, que, na esfera das relações socioculturais, ameacem, ofendam ou ponham em risco bens ou interesses culturais juridicamente relevantes para o patrimônio cultural do Brasil.

As novas políticas e instrumentos jurídicos devem levar em consideração tais premissas, e ainda que se reclame, no plano teórico, a ausência de normas para efetivação dos efeitos do Registro, observa-se que, até o momento, não foi encaminhado nenhum projeto de lei neste sentido e nem há rumores de implementação dessa ideia. A realidade impõe ao Estado um novo olhar.

Os posicionamentos sobre a temática tendem a evoluir, sobremodo pelo Direito, que até então apresentou análises apenas teóricas sobre o Registro e as problemáticas vivenciadas no âmbito da sua Salvaguarda. O Advogado da União e professor da Universidade de Fortaleza, Francisco Humberto Cunha Filho (2011, p. 17), chega a afirmar que o Registro, “mesmo estando normativamente disciplinado desde 2000, é categoricamente desconhecido por boa parte da doutrina, isto quando não se detecta a desatualização grosseira de negar expressamente a existência de qualquer positivação jurídica sobre o tema”.

O Imperador romano Júlio César, há mais de dois mil anos, quando impedido de voltar a Roma, atravessou o Rubicão, antigo rio que separava a Gália Cisalpina da Itália. Essa “pequena” travessia feita por César significou a “maior” estratégia política do filho de Roma, que foi para a História. “Atravessar o Rubicão” significa, pois, superar o dilema, enfrentando as dificuldades, intempéries, os desafios, o novo. “Alea jacta est”, a sorte está lançada!

REFERÊNCIAS

ADINOLFI, Maria Paula Fernandes. **Informação técnica 287/2012**. 7ª Superintendência Regional do IPHAN, Bahia. Assunto: registro da denominação "acarajé" como instrumento de proteção do patrimônio cultural. Bahia: 2012**.**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Direito, Razão, Discurso**: estudos para a filosofia do direito. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AGÊNCIA BRASIL. **Indígenas recebem certidão de patrimônio cultural da cachoeira de Iauaretê**. 18/10/2006 Disponível em: http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2006-10-18/indigenas-recebem-certidao-de-patrimonio-cultural-da-cachoeira-de-iauarete. Acesso em 12 de maio de 2014.

ANDRADE, Mário de. **Anteprojeto para criação do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional**. In: Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil: uma trajetória. Brasília: MEC/SPPHAN/FNPM,1980

ANDRADE, Oswald de. **Manifesto antropofágico**. In: CHAGAS, Mário. (org.) Museus: antropofagia da memória e do patrimônio: antropofagia e do patrimônio – Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Nº 31/2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de**. Os Direitos Fundamentais** na Constituição Portuguesa de 1976. Almedina, 1987.

_____. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ANDRELLO, Geraldo. **Índios reivindicam e explosão de pedras sagradas é cancelada.** [11/10/2006 12:50] Disponível em http://site-antigo.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2335. Acesso em 19/03/2014

ARANTES, Antônio Augusto. **Patrimônio cultural e nação**. In: Araújo, Ângela M.C. Trabalho, cultura e cidadania. São Paulo: Scritta, 1997.

_____ **O patrimônio imaterial e a sustentabilidade de sua salvaguarda**. *Revista Da Cultura*, *4*(7), 9-14. Disponível em http://www.funceb.org.br/pdf.html. 2004.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Ata de comissões**. Congresso Nacional. Brasília, DF: 1987.

ATALIBA, Geraldo. **Lei Complementar.** Ed. Revista dos Tribunais: 1971.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2004.

BARBOSA DE OLIVEIRA, David. **A solidariedade intergeracional do patrimônio cultural imaterial.** Direitos Culturais, Santo Ângelo, v. 4, n.7, jul./dez. 2009

BARRETO, Daniel Pires Alexandrino. **O registro dos bens culturais imateriais à luz da hermenêutica pluralista e procedimental de Peter Häberle**. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte: 2004.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROZO, Jamisson Mendonça**. As fontes do direito e a sua aplicabilidade na ausência de norma.** Disponível em http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5763/As-fontes-do-direito-e-a-sua-aplicabilidade-na-ausencia-de-norma. Acesso em: 12 set. 2013

BENJAMIM, Walter. **Espaços que suscitam sonhos, museu, pavilhões de fontes hidrominerais**. In. CHAGAS, Mário. (org.) Museus: antropofagia da memória e do patrimônio: antropofagia e do patrimônio – Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Nº 31/2005.

BITAR, Nina Pinheiro. **Baianas de acarajé**: patrimônio, comida e dádiva. Revista Ciência Hoje. n.299, vol.50. dez, 2012.

BO, João Batista Lanari. **Proteção do Patrimônio na UNESCO**: ações e significados. 2003. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001297/129719por.pdf. Acesso em setembro de 2013.

BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da pesquisa**: monografia, dissertação, tese. São Paulo : Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRAYNER, Natália. **Direitos culturais, afirmação identitária e patrimonialização: a salvaguarda das expressões orais e gráficas dos Wajãpi no Amapá.** In: La Transmission de la Tradicion para la Salvaguardia y Conservación del Patrimonio Cultural. Colóquio Internacional. Setembro: México, 2012.

BRUNA, Sérgio Varella. Tese de doutorado: **O controle judicial da atividade normativa do Poder Executivo na Regulação dos Mercados**: o papel da procedimentalização e da participação dos interessados. São Paulo, 2002

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALABRE, Lia. **Política cultural no Brasil**: um breve histórico. In:_____. (org.) Políticas Culturais: diálogo indispensável. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2005.

CAMPOS, Yussef Daibert Salomão. **Percepção do Intangível:** entre genealogias e apropriações do patrimônio cultural imaterial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013

CANCLINI, Nestor Garcia. **O patrimônio cultural e a construção imaginária do nacional.** Revista do IPHAN. Brasília: IPHAN, n. 23, 1994, p. 94-115.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. **O Direito ao Ambiente como Direito Subjectivo**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, p. 177-189, 2004.

_____. **Provedor de Justiça e Efeito Horizontal de Direitos, Liberdades e Garantias**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais.Coimbra: Coimbra, p. 85-96, 2004.

CAPANEMA, Gustavo. **Rodrigo, espelho de critério** In: A Lição de Rodrigo. Recife: Amigos do DPHAN, 1969.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**: comentários por artigo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 137-138.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **A preservação do meio ambiente e da cultura na legislação brasileira**. Palestra proferida no 5º Seminário Nacional do Icomos em Blumenau, SC, em 03 de novembro de 1993.

CÉSAR, Pedro de Alcântara Bittencourt; STIGLIANO, Beatriz Veroneze. **A viabilidade superestrutural do patrimônio**: estudo do museu da língua portuguesa. CULTUR, ano 04 - nº 01 -Janeiro/2010. Disponível em: www.uesc.br/revistas/culturaeturismo. Acesso em: 10 set. 2013.

CHAGAS, Mario. **A imaginação museal**: museu, memória e poder em Gustavo Barroso, Gilberto Freyre e Darcy Ribeiro. Rio de Janeiro: Minc/IBRAN, 2009 (coleção Museu, memória
e cidadania).

_____. **Memória e Patrimônio**: Ensaios Contemporâneos. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009.

CHOAY, Françoise. **Monumento e Monumento Histórico**. In: _____.*A alegoria do Patrimônio*. São Paulo: Estação Liberdade, 2006. p.11-29.

CHUVA, Márcia. **Fundando a nação: a representação de um Brasil barroco, moderno e civilizado**. *Topoi* .Rio de Janeiro; v. 4, n.7, jul.-dez.2003, p. 313-333. Disponível em: http://www.revistatopoi.org/numeros_anteriores/Topoi%2007/topoi7a4.pdf>Acesso em: 03 out.2012.

COSTA, Lúcio. **Documentação Necessária**. Revista do SPHAN, n. 1/1937.

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.

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

_____.**Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988**: A Representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

_____.**Construindo o Federalismo Cultural** – um guia para o gestor municipal de cultura. Ceará. SECULT, 2005.

DANTAS, Miguel Calmon. **O dirigismo constitucional sobre as políticas públicas**. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. [Recurso Eletrônico]- Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. 1. CD-ROM.

_____. **Ode ou réquiem pela constituição dirigente?.** Revista do Curso de Direito da Unifacs. 5 vol. Porto Alegre: Síntese, 2005.

DEFOURNY, Vincent. **A UNESCO e o Brasil**: alinhamento histórico nas proposições para o patrimônio imaterial. In: CAVALCANTI, Maria Laura Viveiros de C. e FONSECA, Maria Cecília Londres. Patrimônio Imaterial no Brasil. Brasília: UNESCO, Educarte, 2008.

DIANOVSKY, Diana. **A formulação da política federal de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial:** aproximações e tensões entre mercado e bens culturais imateriais. Monografia. Curso de Especialização em Gestão de Políticas Públicas de Proteção e Desenvolvimento Social à Escola Nacional de Adm. Pública. Brasília, 2013.

DIAS, Carla da Costa. **A tradição é essa, é fazer panela preta**: produção material, identidade e transformações sociais entre as artesãs de Goiabeiras- Vitória do Espírito Santo. Belo Horizonte,1999.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito**. 15. E. São Paulo: Saraiva. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo, Ed. Atlas, 2002.

DOSSIÊ IPHAN 2. **Arte Kusiwa**: pintura corporal e arte gráfica Wajãpi. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional- IPHAN. Ministério da Cultura. Pesquisa e Texto: Dominique Tilkin Galloius. 2. ed. Brasília, DF: Iphan, 2008

DOSSIÊ IPHAN 3. **Ofício das Paneleiras de Goiabeiras**. Brasília, DF: Iphan, 2006.

DOSSIÊ IPHAN 6. **Ofício das Baianas de Acarajé**. Brasília, DF: Iphan, 2007.

DOSSIÊ IPHAN 7. **Cachoeira de Iauaretê**: lugar sagrado dos povos indígenas dos Rios Uaupés e Papuri (AM). Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional- IPHAN. Ministério da Cultura. Pesquisa e Texto: Ana Gita de Oliveira (IPHAN) e Geraldo Andrello (ISA). Brasília, DF: Iphan, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUPRAT, Débora. **Direitos dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil**: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Joaquim Shiraischi Neto, org Manaus:UEA, 2007.

FALCÃO, Joaquim Arruda. **Política de preservação e democracia**. Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Brasília, n.20, p.45,1984.

_____. **Patrimônio Imaterial:** Um sistema sustentável de proteção. Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, n. 147, p. 163-180. 2001.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. 2ª Ed. São Paulo, Ed. Atlas, 1994

FERREIRA, Pinto. **Educação e Constituinte.** ***In:*** Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173, s/d.

FONSECA, Cecília Londres. **Dossiê Final das Atividades da Comissão do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial.** (Introdução). Brasília: Edições do Patrimônio, 2012.

_____. **Patrimônio Imaterial no Brasil**. Brasília: UNESCO, Educarte, 2008.

_____. **O Patrimônio em Processo:** trajetória da política federal de preservação no Brasil. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; MinC – Iphan, 2005. 2. ed. rev. ampl.

_____. **Referências Culturais**: base para novas políticas de patrimônio. In: O Registro do Patrimônio Imaterial: Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília: Ministério da Cultura / Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 4 ed, 2006.

_____. **Para além da Pedra e Cal**: por uma concepção ampla de patrimônio. Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, n. 147, p. 185-204, 2001.

FRANCISCO, José Carlos. **Limites Constitucionais à função regulamentar e aos regulamentos**. São Paulo, 2003, p.23

FREYRE, Gilberto. **Manifesto Regionalista de 1926**. Recife: Região, 1952. Disponível em: http://www.ufrgs.br/cdrom/freyre/freyre.pdf. Acesso em 10 de jul de 2013.

FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra C. A. **Patrimônio histórico e cultural.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

GALLOIS, Dominique TilKin. **Wajãpi: representando o mundo sobrenatural. In: Arte e Corpo.** Pintura sobre a pele e adornos de povos indígenas brasileiros.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed. 2002.

GONÇALVES, José Reginaldo Santos. **O patrimônio como categoria de pensamento**. In: ABREU, Regina e CHAGAS, Mário. Memória e Patrimônio: Ensaios Contemporâneos. Rio de Janeiro: Lamparina, 209. p.25 a 33.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional.** A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jünger. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade.** Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Direito e democracia**: Entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. (t.I) Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HALBWACHS, Maurice. **Memória Individual e Memória Coletiva** In: _____.*A memória coletiva*. São Paulo: Centauro, 2006. p. 29-70.

HALL, Stuart**. Identidade Cultural.** São Paulo: Fundação Memorial da América Latina, 1997.

HERDER, Johann. **Ensaio dobre a origem da linguagem.** Lisboa: Antígona. 1º ed. 1995. Traduzido do alemão por José M. Justo.

_____. **Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit**. (Versión Castellana de J. Rovira Armengol Ideas para una Filosofía de la Historia de la Humanidad. Buenos Aires. Losada.1959.)

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**. Nova Iorque/Londres: Norton, 2000.

IPHAN. **Carta ao Cidadão**. Org. Haley Maria de Souza Almeida. – Brasília, DF: Iphan, 2014.

_____. **Ata da 37ª Reunião do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural**. Sessão realizada no dia vinte e um de novembro de dois mil e dois, no Auditório Moniz de Aragão, do Palácio Gustavo Capanema, no Rio de Janeiro. 2002, p.4.

_____. **Modo de fazer viola-de-cocho**. Brasília: Iphan, 2009. (Dossiê Iphan, 8)

_____. **Ata da 49ª Reunião do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural**. Sessão realizada no dia três de agosto de dois mil e seis, no Salão Portinari, do Palácio Gustavo Capanema, no Rio de Janeiro. 2006.

_____. **I Reunião de Avaliação de Planos e Ações de Salvaguarda de Bens Culturais Registrados** – 18 a 21 de maio de 2010, Coordenação Geral de Salvaguarda/Departamento do Patrimônio Imaterial – IPHAN, 2010.

_____. **Os Sambas, as rodas, os bumbas, os meus e os bois**: a trajetória da salvaguarda do patrimônio cultural imaterial no Brasil – 1936-2006. Ministério da Cultura. IPHAN, 2006
_____. **O registro do patrimônio imaterial**: dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho do Patrimônio Imaterial. 4. ed. Brasília: Iphan/MinC, 2006a.

_____. **Resolução nº. 001**, de 03 de agosto de 2006c. Disponível em: < >. Acesso em: 02 ago. 2013.

_____. **Seminário Patrimônio Imaterial**: estratégias e formas de proteção: de 10 a 14 de novembro de 1997. Ceará, 1997. 1 folder.

_____. **Orientações para implementação da política, sistematização de informações, monitoramento da gestão e avaliação de resultados da salvaguarda de bens registrados**. Brasília, 2011.

_____ **Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**: **Especial Mário de Andrade**, Brasília: Departamento do Patrimônio Imaterial, n° 30, p. 129 a 136. 2002

ISA, Geraldo Andrello. **Índios reivindicam e explosão de pedras sagradas é cancelada.** [11/10/2006 12:50] Disponível em http://site-antigo.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2335. Acesso em 19/03/2014.

ITAIPAVA, Arena Fonte Nova. **ACORDO COM BAIANAS TERMINA EM LAVAGEM DAS ESCADARIAS DA ITAIPAVA ARENA FONTE NOVA**. Disponível em : http://www.itaipavaarenafontenova.com.br/noticias/acordo-com-baianas-termina-em-lavagem-das-escadarias-da-itaipava-arena-fonte-nova/. Acesso em 12 de maio de 2014.

_____, Arena Fonte Nova. **Baianas Iniciam Venda na Itaipava Arena Fonte Nova**. Disponível em: http://www.itaipavaarenafontenova.com.br/noticias/baianas-iniciam-venda-de-acaraje-na-itaipava-arena-fonte-nova/. Acesso em 12 de maio de 2014.

JAENISCH, Damiana Bregalda. **Cachoeira do Iauaretê:** lugar sagrado dos povos indígenas dos rios Uapés e Papuri. Etnografia da salvaguarda de um bem registrado como patrimônio cultural do Brasil. Terceiro Produto de Consultoria Unesco. IPHAN: dez de 2010.

_____. **O movimento na cosmologia Wajãpi: criação, transformação e expansão do universo.** Tese de doctorat, Departamento de Antropologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo/USP, 1988.

KOSHIBA, Luiz. **História:** origens, estruturas e processos. São Paulo.

KRELL, Andreas Joachim**. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha.** Ed. SAFE, 2002

KRELL, Andreas (Organizador). **A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

LARAIA, Roque de Barros. **Patrimônio Imaterial**: conceito e implicações. In: Patrimônio imaterial, performance cultural e (re) tradicionalização. Brasília: ICS-UnB, 2004.

_____. **Cultura**: um conceito antropológico. 17. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

LE GOFF, Jaques. **Memória; Documento/Monumento**. In: _____.*História e Memória*. Campinas: Editora da Unicamp, 2003. p. 419-476; p.525-541.

LIMA, Alessandra Rodrigues. **Patrimônio cultural afro-brasileiro**: as narrativas produzidas pelo Iphan a partir da ação patrimonial. Trabalho de Conclusão de Curso de Mestrado em Preservação do Patrimônio Cultural. IPHAN: Rio de Janeiro, 2012.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. **Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sócias, econômicos e culturais.** Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/textos_dh/protjurisd_desc.htm . Acesso em 17 de set. 2013.

LOWENTHAL, David. **El pasado es un país estraño**. Madrid: Ediciones Akal, 1998.

LOTUFO, Renan. **Da oportunidade da codificacão civil**, in Novo *Código Civil Aspectos Relevantes.* Revista do Advogado n. 68, dez/02.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAGALHÃES, Aloísio. E Triunfo? A questão dos bens culturais no Brasil. Rio de Janeiro/Brasília: Nova Fronteira/Fundação Nacional Pró-Memória, 1985.

MANCUSO, Rodolfo de Carmargo. **Interesses difusos**: conceito e colocação no quadro geral dos “interesses”. Revista Processo, n. 55, julho-setembro 1989.

_____. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
MARCON, Adelino. **O princípio do juiz natural no processo penal.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

MARINO, Mônica Cristina. **Apreciação do STF acerca do poder regulamentar do executivo na implementação de elementos de políticas públicas sob a égide da Constituição Federal de 1988.** In: Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=19. Acesso em 18 de julho de 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 73-74 e 78.

MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um 'sistema em construção'**. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado, 1998, n. 139.

_____. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS, Patrícia. **Ofício de baianas de acarajé**: trajetória e desdobramento de um plano de salvaguarda. Segundo produto do contrato 2296/2010 vinculado à Consultoria Unesco/IPHAN. IPHAN: Brasília, dez. 2010.

MAUÉS, Antônio Gomes Moreira. **Poder e Democracia**: o pluralismo político na Constituição de 1988. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEC. **Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil**: uma trajetória. Brasília: MEC/SPHAN/FNPM,1980.

MEIRA, Deolinda Aparício. **Jurisprudência Cooperativa Comentada**: obra coletiva de comentários a acórdãos da jurisprudência portuguesa, brasileira e espanhola. Imprensa Nacional, Casa da Moeda, Lisboa: 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENESES, Ulpiano Toledo B. de. **O campo do Patrimônio Cultural**: uma revisão de premissas. In: *IPHAN*. I Fórum Nacional do Patrimônio Cultural: Sistema Nacional de Patrimônio Cultural: desafios, estratégias e experiências para uma nova gestão, Ouro Preto/MG, 2009. *Anais, vol.2, tomo 1. Brasília: IPHAN, 2012.*

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. **Recomendação 02/2012**. Núcleo de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural do Estado da Bahia. Procedimento Administrativo 003.0.222967/2012/MP/BA. 2012

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

_____. **Patrimônio Cultural**: Um Aspecto Negligenciado nos Estudos de Impacto Ambiental. Ministério Público de Minas Gerais, Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais. Disponível em: www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/3453, acesso em 02/03/201

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Vol I. 21ª ed., Editora: Saraiva.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Atos Administrativos**. Disponível em http://www.lfg.com.br. 14 de maio de 2010. Acesso em: 10 de março de 2013.

MUKAI, Toshio. **Temas atuais de Direito Urbanístico e Ambiental**. Belo Horizonte: Fórum,2007. p. 155.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** – a questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 6ª ed., São Paulo: RT.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: 2010.

OLIVEIRA, Thiago Pires. **Raízes Históricas da Proteção Jurídica ao Patrimônio Cultural no Brasil**. *In* Fórum de Direito Urbano e Ambiental- FDUA, ano 1, n. 1, jan./fev. 2002. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OLIVEIRA, Ana Gita de. (1995). **O mundo transformado**: um estudo da cultura de fronteira no alto rio Negro. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Direito Administrativo Sancionador na Constituição de 1988**. Cadernos Adenauer IX (2008), nº 1. 20 anos da Constituição Cidadã. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, setembro 2008.

PEREIRA, Deborah Duprat Macedo de Britto. **O direito sob o marco da plurietnicidade/multicuturalidade.** Ministério Público Federal, 2006. Disponível em http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/educacao-e-cultura-o-direito-sob-o-marco-da-plurietnicidade-multiculturalidade. Acesso em 25 de julho de 2014.

PEREZ, Jesus Guanche. **Importância da cultura popular tradicional**, em Revolução e Cultura, n. 85, Havana, 1979: 26-29 e boletim *Atlas*, n. 1, Havana, 1980: 14-20.

PIERANGELLI, José Henrique. **Escritos jurídicos-penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973

PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. **Crimes econômicos**: as limitações do direito penal. Campinas: Edicamp, 2003

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de.; ARMELIN, Priscila Kutne. **Crimes contra o patrimônio cultural**. Ciências Penais. vol. 4. p. 165. Jan. Revista dos Tribunais: 2006.

WITTGNESTEIN, L. **Investigationes filosóficas**. México: UNAM, 1988

WOLKMER, Antônio Carlos. **Os movimentos sociais e a questão do pluralismo no Direito. Revista Brasileira de Estudos Políticos.** n. 76, p. 95-115.Belo Horizonte: 1993.

_____. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

_____. **Pressupostos de Legitimação para se Pensar a Justiça e o Pluralismo no Direito**. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (org) Direito e Legitimidade. Trad. Claudio Molz; Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy Editora, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2005.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RIBEIRO, Adalberto Mário. **Instituições Brasileiras de Cultura Revista do Serviço Público**. Ano VI, v. 1, n. 3 Departamento Administrativo do Serviço Público (DAS), 1945.

RIZZATO Nunes, Luiz Antônio. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. **Meio Ambiente Cultural**: Tombamento- Ação Civil Pública e aspectos criminais. In: Ação Civil Pública- Lei 7.347/1985- 15 anos. Coordenador Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROQUE, Lucas dos Santos. **Convenção 2003 da UNESCO**. In: Patrimônio Imaterial: fortalecendo o sistema nacional. Aula 4. IPHAN/UNESCO. 2013

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Cultura e Constituição**: promoção e proteção jurídica. In: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica. Instituição Toledo de Ensino de Bauru. - n. 1 (1966) -. Bauru (SP): a Instituição, 2004.

RUBIM, Antônio Albino Canelas. **Dos sentidos do marketing cultural**. Disponível em: http://www.duoarte.com/aaesc/wp-content/uploads/2012/01/DOS-SENTIDOS-DO-MARKETING-CULTURAL.pdf. Acesso em: 10 set. 2013

RUBINO, Silvana. **O mapa do Brasil passado a limpo**. Revista do Patrimônio, Rio de Janeiro, n. 24, 1996.

SANT'ANNA. Márcia G. **Da cidade-monumento à cidade-documento**: a trajetória da norma de preservação de áreas urbanas no Brasil (1937-1990). Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Federal da Bahia (UFBA), 1995.

_____. **Dossiê Final das Atividades da Comissão do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial.** (Introdução). Brasília: Edições do Patrimônio, 2012.

_____. **A cidade-atração**: patrimônio e valorização de áreas centrais no Brasil dos anos 90. In: SANTOS, Afonso Carlos Marques; KESSEL, Carlos; GUIMARAENS, Ceça. (Org.). *Livro do Seminário Internacional Museus e Cidades*. Rio de Janeiro: Museu Histórico Nacional, 2004, v. 1, p. 153-172.

_____. **A face imaterial do patrimônio cultural**: os novos instrumentos de reconhecimento e valorização. In: Abreu, Regina e Chagas, Mário (orgs). Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos. R J: DP&A, 2003, p 46-55.

_____. **Palestra proferida na Reunião sobre Terreiros de Candomblé promovida pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional-** IPHAN. Bahia: Salvador, dezembro de 2012.

_____. **Políticas Públicas e Salvaguarda do patrimônio cultural imaterial**. In: Registro e políticas de salvaguarda para as culturas populares. Org. Andréa Falcão. Rio de Janeiro: IPHAN, CNFCP, 2005.

_____. **Patrimônio material e imaterial**: dimensões de uma mesma ideia. In: Reconceituações Contemporâneas do Patrimônio. Marco Aurélio A. de Filgueiras Gomes, Elyane Lins Corrêa, organizadores. – Salvador: EDUFBA, 2011.

SANTILLI, Juliana. **Patrimônio imaterial**: proteção jurídica da cultura brasileira. In: III Seminário Internacional de Direito Ambiental. Cadernos do CEJ, Brasília, v. 21, 2002.

_____.(2013) **Patrimônio Imaterial**: Fortalecendo o Sistema Nacional. Disponível em: http://inspirebr.com.br/uploads/aulas/201e7bd240f2e5ea7c7c8d93c81470ce.pdf. Acesso em 02 de abril de 2014.

SANTOS, Luzia do Socorro Silva. **Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico ambiental.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed. 2005

SANTOS, José Luiz dos. **O que é Cultura?** São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 75.

SANTOS, Cecília Helena Godoy Rodrigues dos. **Mapeando lugares do esquecimento: ideias e práticas na origem da preservação do patrimônio no Brasil**. Tese de doutorado. Orientador Carlos Alberto Cerqueira Lemos. São Paulo, FAU USP, 2007.

SANTOS, Ângelo Osvaldo de Araújo. **A Desmaterialização do Patrimônio**. Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, n. 147, p.11-22.2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 148.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SHIRAISCHI NETO, Joaquim. **Direitos dos povos e comunidades tradicionais no Brasil**: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Manaus: UEA, 2007.

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

_____. **Direito urbanístico brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. 6º ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2007. p. 83.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Daisy Rafaela da. **Patrimônio cultural imaterial**: antecedentes e proteção jurídico ambiental. In:**Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 63, abr 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5931>. Acesso em jul 2014.

SILVA, Viviane Mandato T. Ribeiro da. **Desdobramentos pragmáticos dos princípios da eticidade e da socialidade na teoria dos contratos regidos pelo novel código civil.** Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1622. Acesso em 14 de abril de 2014.

SIQUEIRA, Carlos Henrique R. de. **Avaliação das reuniões do GTPI**. (Até a sexta reunião). Brasília, 1998.

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

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Proteção Jurídica dos bens culturais**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 1, n. 2, 1993.

STRAUS-LEVI, Laurent. **Dossiê Final das Atividades da Comissão do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial.** (Introdução). Brasília: Edições do Patrimônio, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. **Da proteção do patrimônio cultural**. Textos- Ambiente e Consumo, Lisboa, 1996.

TOZI, Desirée. **Nota Técnica 15/2012**. Departamento de Patrimônio Imaterial do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Brasília, DF: 2012.

TRAVASSOS, Elisabeth. **Mário e o folclore**. Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Rio de Janeiro, IPHAN, n. 30, p. 90-109, 2002.

VENTURA, Rita. Reunião de gestores para capacitação em planos de salvaguarda. IPHAN. Maranhão: 2010.

VIANNA, Hermano. **Tradição da mudança**: a rede das festas populares brasileiras. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, v. 32, p.302-315, 2005.

VIANNA, Letícia C. R. **Legislação e Preservação do Patrimônio Imaterial**: perspectivas, experiências e desafios para a salvaguarda da cultura popular. Textos Escolhidos de Cultura e Artes Populares, vol. 1, n.1, 2004.

_____ et al. **Avaliação Preliminar da Política de Salvaguarda de Bens Registrados**: 2002-2010. Ministério da Cultura. Brasília: abril, 2011.

_____. **Patrimônio Imaterial: legislação e inventários culturais**. A experiência do projeto celebrações e saberes da cultura popular. In: Celebrações e Saberes da Cultura Popular: pesquisa, inventário, crítica, perspectivas. Cecília Londres [et al]. 2. ed. Rio de Janeiro: Iphan, CNFCP, 2006

_____. **Participação social e gestão do patrimônio imaterial**. In: Patrimônio Imaterial: fortalecendo o sistema nacional. Aula 3. IPHAN/UNESCO. 2013

_____. **Sexto Produto**: Documento técnico contendo a avaliação da política de salvaguarda para bens registrados (biênio 2010-2012) e as perspectivas e diretrizes para os próximos quatro anos. Brasília, DF: DPI/IPHAN, 2014

VIEIRA, Jamerson. **Patrimônio Cultural**: um estudo sobre a tutela administrativa das paisagens culturais no contexto dos instrumentos de proteção previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: 2010

VILHENA, Luís Rodolfo. 1997. **Projeto e Missão**. *O Movimento Folclórico Brasileiro, 1947-1964*. Rio de Janeiro: Funarte/Fundação Getúlio Vargas. 332 pp.

_____. Conselho Consultivo. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarPaginaSecao.do?id=15026&retorno=paginaIphan>. Acesso em: 06 out. 2013.

DOCUMENTOS E LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 set. 2013.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 set. 2013.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 set. 2013.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 jan. 2014.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. **Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 nov. 2013.

_____. **Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 mar. 2006.

_____. **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. **Decreto-Lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941**. Dispõe sobre o cancelamento do tombamento de bens do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 mai. 2014.

_____. **Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937**. Dá nova organização ao Ministério da Educação e Saúde Publica. Disponível em: <http://www.iphan.gov.br>. Acesso em: 08 fev. 2014.

_____. **Lei nº 3.924, de 16 de julho de 1961**. Dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21 jan. 2014.

_____. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.** Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 nov. 2013.

_____. **Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975**. Dispõe sobre o tombamento de bens no âmbito do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 set. 2013.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Dispo nível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 jan.2014.

_____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: jul. 2014.

_____. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 abr. 2014.

_____. **Decreto Legislativo 22, de 08 de março de 2006**. Ratifica a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada em Paris, em 17 de outubro de 2003, e assinada em 3 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 21 jul. 2014.

_____. **Decreto Legislativo 485, de 20 de dezembro de 2006**. Ratifica a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. **Decreto nº 22.928, de 12 de julho de 1933**. Eleva a Cidade de Ouro Preto à categoria de monumento nacional. Disponível em: <http://www.iphan.gov.br>. Acesso em: 25 jul. 2014.

_____. **Decreto nº 80.978, de 12 de dezembro de 1977**. Promulga a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 09 jun. 2014.

_____. **Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000.** Institui o registro de Bens Culturais de natureza Imaterial que constituem o patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 jul. 2014.

_____. **Decreto nº 5.753, de 12 de abril de 2006**. Promulga a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada em Paris, em 17 de outubro de 2003, e assinada em 3 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 jul. 2014.

_____. **Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil**: uma trajetória. Brasília: MEC/SPHAN/Pró-Memória, 1980.

_____. **O registro do patrimônio imaterial**: dossiê das atividades da comissão e Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial.Brasília: MINC/IPHAN/FUNARTE, 2000.

CARTA de Fortaleza. In: CURY, Isabelle (Org.). Cartas patrimoniais. 2. ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2000.

CONVENÇÃO para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial de 2003. Disponível em: < http://portal.UNESCO.org >. Acesso em: 28 jul. 2014.

CONVENÇÃO sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais de 2005. Disponível em: < http://portal.unesco.org >. Acesso em: 27 jul. 2014.

FALCÃO, Joaquim; FARKAS, Thomas; PORTELA, Eduardo; VILLAÇA, Marcos. **Carta da Comissão do Patrimônio Cultural ao Ministro da Cultura**. In: O Registro do Patrimônio Imaterial. Brasília: MINC/IPHAN/FUNARTE, 2003.

RECOMENDAÇÃO sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular de 1989. Disponível em: < http://portal.unesco. org >. Acesso em: 23 jul. 2014.

SANT'ANNA, Márcia. **Relatório final das atividades da comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial**. In: O registro do patrimônio imaterial: dossiê das atividades da comissão e Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília: MINC/IPHAN/FUNARTE, 2000.

WEFFORT, Francisco. **Apresentação**. In: O registro do patrimônio imaterial: dossiê das atividades da comissão e Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília: MINC/IPHAN/FUNARTE, 2000.

_____. **Carta de Exposição de Motivos do Decreto Presidencial que institui o Registro de bens culturais de natureza imaterial**. In: O registro do patrimônio imaterial: dossiê das atividades da comissão e Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília: MINC/IPHAN/FUNARTE, 2000.