V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO III

PAULO DE TARSO BRANDÃO

CLAUDIA TORRELLI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito ambiental e socioambientalismo III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/ URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Claudia Torrelli, Paulo de Tarso Brandão – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-224-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito ambiental.
3. Socioambientalismo I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO III

Apresentação

Temos a honra de apresentar a coletânea dos artigos debatidos no Grupo de Trabalho Direito Ambiental e Socioambientalismo III do V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado na Universidade da República do Uruguai, em Montevidéu, de 08 a 10 de setembro de 2016.

O fato de o evento contar com quatro Grupos de Trabalho destinados ao tema, demonstra claramente a importância do debate contido no material que o leitor encontrará nos trabalhos que compõem esta obra. A diversidade de assuntos e abordagens contidas nos trabalhos apresentados contribuem de forma ainda mais expressiva para a riqueza do debate.

No trabalho denominado RESPONSABILIDADE AMBIENTAL DO ESTADO POR OMISSÃO: O CASO DA MINERAÇÃO, Alexandre Ricardo Machado e Edson Ricardo Saleme, partem do questionamento sobre a responsabilidade do Estado nos casos de omissões que lesam o meio ambiente e sobre a possibilidade de responsabilidade direta dos entes estatais. Após aprofundar a noção de responsabilidade e estudar as particularidades da atividade mineraria, os autores afirmam que há, sim, responsabilidade direta e solidária do Estado nos casos de omissão quando ocorra dano decorrente da atividade minerária.

Joseliza Alessandra Vanzela Turine afirma a necessidade da formação de um ambiente jurídico que regule o uso da diversidade biológica e chama a atenção para o fato de que no curso dessa construção os direitos fundamentais devem ser observados de forma plena. No artigo BIODIVERSIDADE, DIREITOS HUMANOS E COMUNIDADES LOCAIS: POSSIBILIDADES DE CONCRETIZAÇÃO DE JUSTIÇA AMBIENTAL a autora propõe um debate sobre as concepções de sustentabilidade e indica o caminho da visão local de sustentabilidade como aquele que pode realizar “a justiça ambiental, a diminuição da desigualdade e a estabilização econômica”.

Um importante debate sobre a pluralidade de indivíduos e de grupos que compõem o Estado-Nação e a responsabilidade de respeitar e garantir juridicamente a convivência e os direitos individuais e coletivos decorrentes desse universo de “cidadanias múltiplas” encontra-se no trabalho denominado TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS E O MODELO DE DES-ENVOLVIMENTO BRASILEIRO: DESAFIOS JURÍDICOS PARA SUJEITOS COLETIVOS de Bárbara Luiza Ribeiro Rodrigues e João Vitor Martins Lemes. Os autores

apontam para a busca de um constitucionalismo democrático como a possibilidade o atingimento do ideal de respeito integral dos indivíduos e, por consequência, das diversas coletividades dentro do Estado-Nação.

Miguel Etinger de Araujo Junior e Camila Cardoso Lima provocam a reflexão sobre O CONCEITO ATUAL DE SOBERANIA E SUA IMPLICAÇÃO NO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL, partem da afirmação de que a situação fática da globalização alterou o conceito tradicional de soberania nacional e os institutos jurídicos ainda não conseguiram dar conta dessa nova realidade. Afirma que o direito ambiental e o direito internacional precisam de um novo ambiente para a realização de suas atividades. Mesmo que as legislações internas dos Estados-Nação sejam importantes na atividade de regular o meio ambiente, são insuficientes e ineficazes para a proteção do meio ambiente em escala global. A proposta apresentada é a da flexibilização do conceito de soberania com vistas a garantir o "direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, limpo e sadio para toda a comunidade planetária".

Em O REGIME JURÍDICO BRASILEIRO DAS ÁGUAS PLUVIAIS Giovanna Paola Primor Ribas e Vicente Paulo Hajaki Ribas fazem o estudo jurídico das águas no Brasil para depois fixarem o olhar nas águas pluviais. A publicização das águas feita pela Constituição da República não se coaduna com o regime de águas privado, dizem os autores. Por isso, também as águas pluviais estão abrangidas pelo regime jurídico público. Salientam a importância dessa opção do legislador constitucional para garantir que a água seja vista como um elemento ambiental e não como um objeto meramente econômico para privilegiar o uso racional desse recurso natural.

A intervenção humana no meio ambiente, como causa preponderante do aquecimento global e da mudança climática é apontada em O "DEVER" DE MITIGAR O PREJUÍZO E O DANO AMBIENTAL escrito por Silvano José Gomes Flumignan e Wévertton Gabriel Gomes Flumignan, para instigar a reflexão sobre a aplicabilidade do princípio da reparação integral, que, segundo afirmam, "exige uma reinterpretação quando o foco está no dano ambiental" e questionar se o "dever" de mitigar o prejuízo pode mesmo funcionar como uma exceção ao princípio. Concluem que não se trata de uma exceção, mas uma forma de garantir a própria implementação do princípio da reparação integral.

Reafirmando, com base na doutrina e especialmente na jurisprudência, a inexistência de causas que afastem o nexo de causalidade na responsabilidade nos casos dano ambiental decorrente de atividade minerária, Luís Eduardo Gomes Silva e Maraluce Maria Custódio, oferecem no ensaio APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL EM

INDENIZAÇÃO POR ROMPIMENTO DE BARRAGEM DE REJEITOS MINERÁRIOS, elementos para uma reflexão importante sobre o tema estabelecendo, inclusive, um contraponto com outros trabalhos desta mesma coletânea.

Tema atual e polêmico envolve a flexibilização e simplificação das licenças ambientais no Brasil. Pery Saraiva Neto traz a lume expressiva contribuição para o debate no trabalho denominado LICENCIAMENTO AMBIENTAL SIMPLIFICADO NO BRASIL: TENDÊNCIAS. Tratando dos vários níveis de risco ambiental, sustenta o autor a necessidade de repensar as formas de licenciamento admitindo que a simplificação será possível quando adequada ao nível de risco de determinadas atividades.

A proteção das manifestações culturais como aspecto da defesa da dignidade humana e da memória, com foco especial na proteção das manifestações da cultura religiosa de matrizes africanas, é o objeto do artigo A TUTELA DAS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS AFRO-BRASILEIRAS COMO DIREITO FUNDAMENTAL À MEMORIA NO COMBATE À INTOLERÂNCIA RELIGIOSA de Patricia Da Costa Santana. A autora afirma a necessidade de valorizar a diversidade de culturas como condição de possibilidade de uma cultura mundial que respeite as particularidades que a compõem.

A aprovação dos artigos em dupla avaliação sem identificação já havia consagrado o trabalho primoroso de cada um dos autores. O debate que todos propiciaram por ocasião da apresentação no Grupo de Trabalho reforçaram essa percepção. Compondo a obra coletiva que agora apresentamos, certamente contribuirão definitivamente para um consistente e imprescindível debate por toda a comunidade jurídica, no caminho de um futuro ambientalmente sadio e sustentável e uma Sociedade mais humana e igualitária.

Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão - UNIVALI

Profa. Claudia Torrelli - UDELAR

A TUTELA DAS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS AFRO-BRASILEIRAS COMO DIREITO FUNDAMENTAL À MEMORIA NO COMBATE À INTOLERÂNCIA RELIGIOSA.

LA TUTELA DE LAS MANIFESTACIONES CULTURALES AFRO-BRASILEÑAS COMO DERECHO FUNDAMENTAL A LA MEMORIA EN LA LUCHA CONTRA LA INTOLERANCIA RELIGIOSA.

Patricia Da Costa Santana

Resumo

A cultura pode ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais, materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade e um grupo social. A identidade e a diversidade cultural são indissociáveis, e é um dever velar pela preservação e defesa destas em cada povo, o que reclama o mais absoluto respeito e apreço pelas minorias culturais. Justifica-se a pesquisa na necessidade de redimensionamento do embasamento da proteção do patrimônio cultural como um direito fundamental à memória no combate à intolerância religiosa, uma vez que se refere a interesses coletivos e tem matriz no princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Comunidades religiosas de matriz africana, Práticas culturais, Direitos culturais, Intolerância religiosa

Abstract/Resumen/Résumé

La cultura puede considerarse como el conjunto de rasgos espirituales, materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan un grupo social. La identidad y la diversidad cultural están inextricablemente vinculados, y es un deber asegurar la preservación y defensa en cada nación, con el más absoluto respeto y aprecio por las minorías culturales. Justificación de la investigación es la necesidad de cambiar la fundamentación de la protección del patrimonio cultural como un derecho fundamental a la memoria en la lucha contra la intolerancia religiosa, una vez que se refiere a los intereses colectivos y tiene matriz en principio de la dignidad humana.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Comunidades religiosas de matriz africana, Prácticas culturales, Derechos culturale, Intolerancia religiosa

1 - INTRODUÇÃO

A percepção da cultura como bem indispensável a todos não se exprime com a mesma contundência que a luta pelos meios materiais de sobrevivência. Todavia, falar em direitos culturais significa ter em consideração os bens que garantem a integridade espiritual do indivíduo e da coletividade a que pertence[1]. Ou seja, se ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, se atribui a característica de ser essencial à qualidade de vida, não é menos importante para a vida digna que se garanta o direito ao exercício, à promoção, à difusão da cultura, em suas diversas formas de apresentação.

A cultura pode ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais, materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam um grupo social. As tradições e as formas de expressão de cada povo constituem sua maneira mais acabada de estar presente no mundo e a afirmação da identidade cultural contribui para a liberação dos povos. A ideia de herança cultural tem sido cada vez mais valorizada, como fonte de intercâmbios sociais e como memória cultural de uma comunidade. O próprio modo de ser e de interpretar a vida passam a importar na definição de bens culturais, na categoria de patrimônio imaterial, que não tem outra importância senão pela evocação ou representação que sugerem.

Mas é preciso destacar que as práticas culturais somente se mantêm, desaparecem ou se modificam à medida que os homens realizam ou deixam de realizar aquelas práticas. A natureza imaterial de um bem cultural exige que a sua conservação seja realizada pela vivência da manifestação. A identidade e a diversidade cultural são indissociáveis, e é um dever velar pela preservação e defesa destas em cada povo, o que reclama políticas de proteção, estímulo e enriquecimento, além de estabelecerem o mais absoluto respeito e apreço pelas minorias culturais.

Respeito que tem sido negado quando se tomam em consideração diversas ocorrências

verificadas no Brasil[1], e, por vezes, levadas ao Poder Judiciário[2], e que caracterizam a ameaça sempre presente à liberdade de expressão da crença e do culto.

Caracteriza-se a proteção do patrimônio cultural como um direito fundamental uma vez que se refere a interesses coletivos e tem matriz no princípio da dignidade da pessoa humana. A pergunta que se impõe e motiva o estudo é saber se ante os termos da Constituição Federal de 1988, bem como do Estatuto da Igualdade Racial, é sustentável dizer que existe a possibilidade de que bens culturais de natureza imaterial, consistentes em práticas de religiões de matriz africana, mereçam ter sua execução e difusão garantidas, por caracterizarem um direito fundamental à memória, em especial no combate à intolerância religiosa, sem ofensa ao status laico do Estado Brasileiro.

Considerando é forte a imposição constitucional para a promoção das ações que valorizem as referências, a identidade e a memória dos povos formadores na nação brasileira, são desenvolvidos os argumentos que expõem os fundamentos para definição de um direito fundamental à memória. Necessário adotar uma concepção ampliada de cultura, entendida

[1] O Disque 100, principal canal da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos para registro de denúncias, contabilizou no ano passado o total de 556 denúncias de intolerância religiosa, segundo dados da Secretaria de Direitos Humanos, vinculada ao Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. Há cinco anos, quando o serviço começou a registrar denúncias de discriminação por religião, foram contabilizados apenas 15 casos. Dessa forma, o canal teve aumento de 3.706% nos registros de denúncias por intolerância religiosa no Brasil. O ritmo de crescimento de denúncias deste tipo tem sido subido a cada ano. Somente em relação à 2014, foram registradas no ano passado 273% mais casos de violações em intolerância religiosa. O aumento, segundo a ouvidora Nacional de Direitos Humanos, Irina Karla Bacci, não representa o número de casos reais, que passam por investigação, mas de denúncias por parte da população. Ela também ressalta que aumentou muito o número de denúncias de intolerância religiosa na internet. "Muitas das violações que nós da Ouvidoria recebemos ocorrem no âmbito da internet, com divulgação de vídeos que associam por exemplo religiões de matrizes africanas a culto do diabo e as pessoas se sentem ofendidas e denunciam. Também há um crescente número de casos de terreiros que foram invadidos e queimados, com toda sua história apagada por esses atos de vandalismo", explica. O disque-denúncia junto com a Ouvidoria Online e o Clique 100 realizaram 324.892 atendimentos em 2015, dos quais 42% se referiu ao registro de denúncias de violações de direitos humanos. Mais de 270 mil atendimentos foram para encaminhar denúncias aos órgãos da rede de proteção integral de direitos humanos e ao sistema de justiça. Com isso, o serviço da Secretaria de Direitos Humanos recebeu a média de 376 denúncias por dia. Disponível em: <www.brasil.gov.br>. Acesso em: 07.06.2016.

[2] Notícias STF. "O ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, indeferiu pedido formulado em Ação Cautelar (AC 4158) ajuizada pela defesa do padre Jonas Abib, que responde a ação penal por suposta ofensa a grupo religioso em livro de sua autoria. A defesa pretendia sobrestar o processo, sustentando que "a manifestação de opinião em nome da fé católica não legitima a deflagração de ação penal". O sacerdote foi denunciado pelo Ministério Público do Estado da Bahia em 2008 com fundamento em trechos do livro "Sim, Sim, Não, Não – Reflexões de Cura e Libertação", publicado em 2007. Segundo a denúncia, o autor "faz afirmações discriminatórias à religião espírita e às religiões de matriz africana, como a umbanda e o candomblé". Os advogados pediam, na ação cautelar, que se atribuísse efeito suspensivo a recurso contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, ao rejeitar habeas corpus lá impetrado, negou o trancamento da ação penal. Segundo o acórdão do STJ, a denúncia preenchia os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo fatos que, em tese, configuram o crime previsto no artigo 20 da Lei 7.716/1989 (Lei Caó)– "praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318076&tip=UN>. Acesso em: 07.06.2016.

como fenômeno social e humano de múltiplos sentidos. Ela deve ser considerada em toda a sua extensão antropológica, social, produtiva, econômica, simbólica e estética.

O trabalho segue a metodologia de estudo documental e bibliográfico e o raciocínio dedutivo. A pesquisa, de natureza teórico-aplicada, tem característica jurídico-científica, prescritiva e assumirá o discurso dissertativo, através de operação argumentativa.

2 - A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DIFUSO

Em primeiro lugar é necessário referir, como faz Jairo Gilberto Schäfer que "a expressão direitos fundamentais deve ser reservada para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional estatal [...]"[2]

Para Alexy, embora seja mais conveniente que a fundamentação do conceito de direito fundamental sobre critérios materiais e/ou estruturais, sua vinculação com um critério formal, segundo o qual todos os enunciados do capítulo da Lei Fundamental intitulado Direitos Fundamentais são disposições de direitos fundamentais, torna o círculo de disposições abarcado desta maneira demasiado estreito[3].

As normas de direito fundamental podem dividir-se em dois grupos: as normas de direito fundamental diretamente estatuídas pela Constituição e pelas normas de direito fundamental a elas adstritas. A inclusão destas depende da argumentação jus fundamental correta que para ela seja possível[4].

Os direitos fundamentais são considerados como direitos subjetivos, ou posições jurídicas ocupadas pelo indivíduo de fazer valer sua pretensão frente ao Estado. Isto rompe com a concepção clássica liberal de que os direitos fundamentais confundiam-se com direito à defesa do cidadão frente ao Estado[5].

A noção de Jairo Schäfer de direitos fundamentais, embora faça menção à existência de duas óticas de abordagem, uma formal e outra material, é concordante com a de Robert Alexy, pois entende que são aquelas posições jurídicas da pessoa humana que, por decisão expressa do legislador constituinte, foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais, ou podem, por sua importância, ser equiparados a eles[6].

É nesse meio que se inserem os bens e direitos culturais, haja vista o interesse de que se revestem, que não se referem a interesses particulares ou individuais, mas a interesses coletivos, e impõem ao ordenamento jurídico sua proteção.

Segundo Daniel Sarmento, na metade do século XX, as Constituições começam a se ocupar de uma nova tipologia de direitos, de natureza transindividual, relacionados à qualidade

de vida do homem. São direitos ditos de 3ª geração, que não possuem titular certo, mas pertencem a uma série indeterminada de sujeitos. Entre eles avultam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à preservação de valores culturais e espirituais, tais como os relacionados à proteção do patrimônio cultural e artístico[7].

Acompanhando o movimento internacional e, segundo Flávia Piovesan, acolhendo a concepção contemporânea de cidadania[8], o ordenamento jurídico brasileiro reconhece expressamente a existência de direitos culturais[9]. Neste passo dispõe a Constituição Federal que "o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais*"* (art. 215).

Outra importante observação faz Flávia Piovesan chamando a atenção para inovação do texto de 1988, que não mais se limita a assegurar direitos individuais, passando a incorporar a tutela dos direitos coletivos e difusos, "aqueles pertinentes a determinada classe ou categoria social e estes pertinentes a todos e a cada um, caracterizados que são pela indefinição objetiva e indivisibilidade de seu objeto"[10].

Direitos individuais, coletivos e difusos são encontrados não só no Capítulo I do Título II, da Constituição de 1988, como também no Capítulo III, Título VIII, que trata da educação, cultura e do desporto[11].

Para José Afonso da Silva, a "introdução do princípio democrático no Estado de Direito implica que os direitos culturais próprios dos seguimentos sociais e étnicos que compõem a população brasileira passam a fazer parte dos direitos fundamentais, a que o Estado se obriga a resguardar e proteger"[12].

Como afirma Marcos Paulo de Souza Miranda,

> A proteção ao patrimônio cultural insere-se, sem dúvida, no conceito de direito fundamental de terceira geração, sendo inconteste que a tutela desse direito satisfaz a humanidade como um todo (direito difuso), na medida em que preserva a sua memória e seus valores, assegurando a sua transmissão às gerações futuras[13].

O autor invoca a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, que cita como exemplos de direitos fundamentais deslocados do rol do Título II da Constituição Federal Brasileira o direito à proteção do meio ambiente e a garantia do exercício dos direitos culturais. E arremata dizendo que se trata de um direito transindividual difuso, uma vez que pertence a todos, ao mesmo tempo em que não pertence, de forma individualizada, a qualquer pessoa[14].

Também Belize Câmara Correia concebe o direito à cultura como um direito fundamental e difuso, todavia que permeia todas as gerações de direitos, visto que pode demandar a necessária liberdade de criação artística, o exercício de um direito que exige prestação por parte do Estado, como o de educação, ou exercício de um direito solidário. Mas

é como direito de terceira geração que ele se afigura mais bem classificado, porque preserva valores e a memória da comunidade[15].

3 - EXIGÊNCIAS ESPECÍFICAS NA TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

Refere Carlos Frederico Marés de Souza Filho que é difícil a caracterização dos bens culturais imateriais, e ainda mais complexa sua ambientação jurídica, porque o sistema tutelar foi elaborado, primordialmente, sobre os bens materiais. Por bens culturais o direito sempre entendeu coisas concretas, palpáveis, apropriáveis, cuja proteção tem o condão de contrariar o direito de propriedade individual, sendo difícil, por outro lado, determinar o limite em que os ditos imateriais passam a ser juridicamente relevantes e tutelados, ou em que uma manifestação passa a ser bem jurídico[16].

Todavia, é possível dizer que hábitos ou costumes passam a ter relevância jurídica quando a comunidade reconhece a necessidade de protegê-los, o que os eleva à categoria de bem jurídico intangível, cuja titularidade é coletiva ou difusa.

No Brasil, antes do advento do Registro como instrumento de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, e mesmo após a sua instituição pelo Decreto nº 3.551/2000, o tombamento foi usado para tutela de espaços destinados a liturgias de religiões de matrizes africanas[17]. Considera-se, como fundamento para a utilização do instrumento, que o tombamento reafirma a política de reconhecimento do Candomblé como um sistema religioso fundamental na constituição da identidade de parcela da sociedade brasileira e da resistência cultural negra no Brasil.

Igual utilização se dá com relação aos bens culturais representativos dos remanescentes das comunidades quilombolas, que aparecem tombados em muito menor quantidade, quando comparados com os terreiros, a despeito de uma garantia expressa na Constituição que declara tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos[18].

O Decreto-Lei nº 25/1937, texto que encarnava a maior referência de proteção ao patrimônio cultural, embora o qualificasse, como ainda o faz, de artístico e histórico, admitia como bem a ser protegido apenas aqueles bens inscritos num dos quatro livros do Tombo, o que tornava o ato de tombar constitutivo do bem cultural.

A Constituição Federal de 1988 não exige o ato de tombamento para reconhecer um bem integrante do patrimônio cultural brasileiro. O sistema instituído na Constituição Federal permite afirmar que é declaratória a atuação que tutela seus elementos. É o fato de estar ligado

à ação dos grupos formadores da sociedade brasileira que recomenda a preocupação com o apoio, o incentivo, a difusão e a valorização das manifestações culturais, sem a necessária vinculação ao conhecido tombamento.

Instituído como apropriado para salvaguarda dos bens culturais de natureza imaterial, na instância federal, foi criado o instrumento do Registro[19]. Mas na prática reproduz o sistema da Lei de Tombamento, ao criar quatro livros de registro: dos saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; 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; das formas de expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; dos lugares, onde serão registrados mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

O Decreto em comento determina que para a inscrição do bem no livro do registro correspondente, o que parece reafirmar a natureza constitutiva da forma de tutela, seja organizada uma instrução do processo, que contenha a caracterização da manifestação cultural, sua descrição pormenorizada, acompanhada da documentação correspondente, devendo mencionar todos os elementos culturalmente relevantes.

Esta descrição, ou a fixação do bem intangível em suporte material, todavia, demonstra o que é, ou era, naquele momento e local, a manifestação cultural registrada. Não autoriza dizer que a continuidade da prática cultural está assegurada, senão pela possibilidade de conhecimento que concede a quantos com ela travem contato.

Uma forma de tutelar os bens imateriais é garantir a abertura e a manutenção de espaços destinados à realização das práticas. A criação de espaços, todavia, apenas permite a continuidade da manifestação, que se não desenvolvida, difundida e incentivada corre risco de desaparecimento. Buscando evitar tal ocorrência, é que a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial[20] propõe como medidas de salvaguarda as que visem garantir a viabilidade do patrimônio cultural imaterial, tais como a identificação, a documentação, a investigação, a preservação, a proteção, a promoção, a valorização, a transmissão – essencialmente por meio da educação formal e não-formal - e revitalização deste patrimônio em seus diversos aspectos[21].

As práticas culturais somente se mantêm, desaparecem ou se modificam à medida que os homens realizam ou deixam de realizar aquelas práticas[22]. A natureza imaterial do bem exige que a sua conservação efetiva seja realizada pela vivência da manifestação[23], sob pena de constituir-se uma ação danosa à preservação do patrimônio cultural.

Como expõe Joaquim Falcão, "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"[24].

4 - IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO ÀS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS RELIGIOSAS DE MATRIZES AFRICANAS

A cultura, como assevera Danilo Fontenele Sampaio Cunha, "influencia não apenas na nossa maneira de ser e comportar de modo superficial, mas penetra o nosso jeito de compreender tais manifestações do ser e condiciona mesmo a nossa forma de percepção do justo"[25].

A importância da proteção à cultura e suas manifestações apresenta-se de fundamental importância para a preservação dos traços identitários das comunidades a que se vinculam. Neste sentido são esclarecedoras as palavras de Francisco Cunha Filho

> A cultura popular compreende o conjunto de manifestações particularizadoras das diversas comunidades humanas; [...] Os estudiosos entendem-na como a base sólida da qual derivam as demais adjetivações da cultura. [...] A cultura popular propicia, por conseguinte, a singularização e unidade dos povos, possibilitando conhecer-se, de cada um, a identidade cultural, expressão que deve ser apreendida com a cautela de não ensejar a exclusão da diversidade enquanto elemento possível de compor a mesma. O processo de produção dos bens da cultura popular é, ao mesmo tempo, pessoalizado e comunitário, ou seja, singulariza os indivíduos envolvidos e os produtos resultantes, mas tudo em função dos valores que afirmam a origem, a sobrevivência e o porvir do grupo a que pertencem[26].

Não pode existir cultura sem o homem e, uma vez que o homem não é sozinho, sua existência em sociedade significa muito; seu modo de viver é a sua cultura: a totalidade de suas crenças, seus códigos de conduta, suas técnicas, todos os elementos que são necessários para a existência e a sobrevivência no sistema social[27].

A vinculação entre cultura e laços sociais é, ainda, apontada por Carlos Frederico Marés de Souza Filho, quando diz que:

> Enquanto o patrimônio natural é a garantia de sobrevivência física da humanidade, que necessita do ecossistema – ar, água e alimentos – para viver, o patrimônio cultural é garantia de sobrevivência social dos povos, porque é produto e testemunho de sua vida[28].

Afirma Maria Celeste de Almeida Wanner que "O conceito de arte para as populações africanas tradicionais, assim como para os grupos étnicos em geral, estava ligado diretamente ao trabalho e ao sagrado. Essas duas funções, indissociáveis permeavam todas as ações – cerimônias, cultos, ritos"[29].

Confirmam a intensa ligação entre a vida comunitária e a cultura as palavras de Juana Elbein,

> Por diversas razões, a cultura que se conhece no Brasil com o nome genérico de Nagô ou complexo Jeje-Nagô se expandiu e influenciou as diversas manifestações dos afro-brasileiros. Tal como na África Ocidental, a religião impregnou todas as atividades regulando e influenciando seu viver cotidiano, conservando um sentido profundo de comunidade, preservando e recriando o mais específico de suas raízes culturais. Particularmente na Bahia o espaço geográfico da África genitora e seus conteúdos materiais e espirituais foram restituídos em bem organizadas associações, os **ègbé**, as comunidades-terreiro[30]. Neles se continua e renova o culto às entidades sagradas, a tradição dos **orisha** e a dos ancestrais ilustres, os **egun**.
> [...]
> Os "terreiros" ou **ègbé** foram, e continuam sendo, centros organizadores da fixação, elaboração e transmissão cultural, núcleos e pólos de irradiação de todo um **complexo sistema simbólico** estabelecendo modos específicos de comunicação. (grifos originais)[31]

Roberto Cardoso de Oliveira diz que a "identidade étnica agrupa, agrega, unifica, malgrado a diferença dos ecossistemas e, com eles, a presença de alguma variação cultural interna à etnia. Esse ajuntamento, assim, revela uma dinâmica nas relações sociais que aponta para o fortalecimento de elos étnicos, identitários [...]"[32].

José Afonso da Silva estabelece um rol de direitos culturais abarcados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ele inclui: 1) o direito à criação cultural, compreendidas as criações científicas, artísticas e tecnológicas; 2) direito de acesso às fontes da cultura nacional; 3) direito de difusão da cultura; 4) liberdade de formas de expressão cultural; 5) liberdade de manifestações culturais; 6) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura.[33]

Fundado neste rol e tendo em conta a importância atribuída à proteção dos direitos culturais, que se revela tributária do fortalecimento das identidades dos povos que formaram a nação brasileira, é que se vislumbra forte imposição do comando constitucional que recomenda na liberdade das manifestações culturais, e na difusão da cultura, a concretização dos valores constitucionais. A tradução que se pode fazer do texto constitucional é a preocupação com o resguardo e o respeito da memória coletiva, que Francisco Cunha Filho identifica como princípio decorrente da ordenação da cultura.

Pode-se acrescentar aos fundamentos, e na específica e especial conjugação em favor das comunidades de matrizes africanas, as prescrições constitucionais que determinam a proteção às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras (art. 215, § 1º), assim como atribuem valor aos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216, § 5º), numa ação de enaltecimento da diversidade cultural[34]. Há também prescrição legal, trazida pelos art. 2°, 23, 24 e 26 da Lei n° 12.288/2010, embora seja consideravelmente tímida a forma de proteção trazida pelo chamado Estatuto da Igualdade Racial, que se diz destinado a garantir à população negra a

efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica e também religiosa.

É preciso destacar que a redação do art. 215 da Constituição revela a garantia estatal a todos do pleno exercício dos direitos culturais, bem como de apoio e incentivo à valorização e à difusão das manifestações culturais.

Não se pode olvidar que o Brasil deve adotar uma postura neutra no campo religioso, de forma que não apoie ou discrimine nenhuma religião. Com efeito, de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil e a legislação que asseguram a liberdade de crença religiosa às pessoas, além de proteção e respeito às manifestações religiosas, a laicidade do Estado deve ser buscada, afastando a possibilidade de interferência de correntes religiosas em matérias sociais, políticas, culturais, etc.

Todavia, a laicidade do Estado tem interface com diversos direitos humanos fundamentais, como a liberdade de expressão, a liberdade de crença e de não crença.

De não menos importância lembrar que a Constituição Federal declara inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida a proteção aos locais de culto e suas liturgias (art. 5º, VI). Com isso consagra o texto constitucional o pluralismo cultural resultante da interação dos diversos segmentos sociais dando ênfase aos bens que são reflexos de nossa identidade, ação e memória que guardem referência com a cultura brasileira.

Cumpre destacar que

> Quanto a índios e negros, como compensação às violências sofridas em decorrência do desterro e da submissão, deu-se intensa prática de rituais atinentes às respectivas origens, externados de forma dissimulada, em virtude da imposição de novos valores, o que fez originar o sincretismo cultural, de múltiplas facetas[35].

Exatamente para resgatar as formas originais de representações culturais é que se deve garantir a realização dos cultos, liturgias e das festas como "sinais dos diversos momentos vivenciados pelas coletividades (que) ficam encravados em bens culturais que simbolizam as relações, os pensamentos, os modos de criar, fazer e viver, encetadores ou degradadores dos ideais humanitários que se deseja implementar"[36].

Cumpre ter presente a advertência, feita por Danilo Fontenele Sampaio Cunha, ao falar da apatia que abate, em uma determinada situação de crise, os membros de uma cultura ao abandonarem a crença em seus valores e perderem os vínculos que os mantinham unidos e até mesmo vivos[37].

Se do princípio da igualdade se pode extrair que nenhuma manifestação cultural pode ser oficializada ou privilegiada, não importando a origem, também se pode inferir que nenhuma pode ser negligenciada, abandonada ou proscrita, "[...] considerando que cultura, valores e concepções ligados à história e à herança cultural africana são tão estruturantes quanto a história de vida pessoal de cada um"[38].

É no mesmo sentido a advertência de Maria Cecília Londres Fonseca, quando afirma que

> Os patrimônios históricos e artísticos nacionais devem ser entendidos não como universos fechados, representações de uma nação uma e coesa, identificada a um Estado centralizador, e sim em sua relação com práticas sociais de construção e de objetificação de identidades coletivas[39].

Se a leitura de bens, enquanto bens patrimoniais, pressupõe as condições de acesso a significações e valores que justifiquem sua preservação[40], tem-se que a eleição, a tema constitucional, de valores como o da liberdade de culto e crença, impulsiona a que as manifestações culturais de populações representativas dos grupos formadores da nação brasileira sejam defendidos, difundidos e incentivados.

Em nada resulta o registro de bens imateriais se não seguem iniciativas de apoio, estímulo, amparo e incentivo às manifestações culturais. As políticas nacionais devem visar o reconhecimento e o respeito pelas diferenças culturais. Deve-se "afirmar e garantir a possibilidade de redutos de tradições que fundam autenticidades culturais, visões de mundo e identidades sócio-culturais autônomas, não obstante as instâncias da vida em que há maior ou menor integração coletiva ao 'modo de vida moderno"[41].

Enquanto direito fundamental, o direito à cultura impele o Estado a não impedir que o indivíduo viva de acordo com os signos e com os valores de sua cultura, ao tempo em exige determinadas prestações positivas do Estado para tornar o acesso à cultura eficaz.

O ordenamento jurídico brasileiro afirma o pluralismo cultural como valor a ser reconhecido e garantido constitucionalmente. A importância do pluralismo é garantir a liberdade individual de escolha dos valores culturais a serem seguidos e assegurar a permanência da diversidade cultural[42].

Daniel Sarmento faz enfática exortação à promoção dos direitos culturais de comunidades afro-descendentes, ao afirmar que:

> É preciso corrigir a desigualdade econômica entre as raças no Brasil, ampliando o acesso dos negros ao mercado de trabalho, ao ensino superior e a outros bens socialmente valorizados, mas é essencial também promover os seus direitos culturais, valorizando seus símbolos e heróis e combatendo as ações que reforcem estigmas e preconceitos enraizados na sociedade[43].

Quanto aos direitos das minorias, Sarmento afirma que no *Welfare State*, a promoção da igualdade era confundida com a imposição de homogeneidade, desprezando-se a necessidade de afirmação da diferença cultural, como condição de sobrevivência de determinados grupos étnicos ou sociais mais vulneráveis. Somente na fase final do século XX, a preocupação com o direito à diferença incorporou-se ao discurso da igualdade.

> O respeito, a preservação e a promoção das culturas dos grupos minoritários convertem-se assim numa das dimensões fundamentais do princípio da igualdade.
> [...]
> Na filosofia política contemporânea, é possível falar em uma "reconciliação" entre as idéias de igualdade e liberdade[44].

Arremata o autor dizendo que a inclusão dos afro-descendentes na sociedade não pode ignorar o seu direito à diferença, o que envolve a necessidade de respeito e valorização da sua identidade étnico-cultural[45].

As religiões de matrizes africanas são, assim, lugar de reconhecimento e construção de cidadania ao menos para homens e mulheres negras. [...] Este espaço cumpre a função de manter uma identidade negada cotidianamente pelo racismo que acompanhou desde cedo a formação da cultura nacional[46]. Os ensinamentos do "Candomblé" são transmitidos nas práticas dos processos religiosos[47]. Tolher tais práticas importa restrição violenta a direito fundamental constitucionalmente assegurado.

A descontinuidade de uma manifestação cultural pode levá-la ao desaparecimento, extinguindo o direito de exercício de gerações futuras, contrariando assim o mandamento que recomenda a sua difusão. E a situação de risco impele o Poder Público e a sociedade a agir e intervir para protegê-la.

Aurélio Virgílio Rios aponta que a construção do Estado Democrático de Direito no Brasil deu validade ou positividade jurídica às minorias étnicas no longo caminho das conquistas das garantias e direitos fundamentais da pessoa humana. Arremata dizendo que as garantias constitucionais que asseguram o respeito às minorias e a igualdade de todos, sem preconceito de origem e raça, estão fortemente ligadas à proteção da cultura brasileira, prevista nos art. 215 e 216 da Constituição Federal, que deve ser interpretada segundo os objetivos fundamentais da República e sob a garantia do Estado Democrático de Direito[48].

Necessita-se de medidas de combate e repressão à discriminação, aliadas a medidas compensatórias que estimulem, por meio da tolerância à diversidade, a inclusão de indivíduos e grupos nos diversos processos sociais.

5 - A PROTEÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS COMO TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA E DA MEMÓRIA

Defende Danilo Fontenele Sampaio Cunha que "a proteção legal e constitucional do patrimônio cultural é, na verdade, forma de proteção à própria dignidade da pessoa humana, partindo do pressuposto de que o homem só é respeitado integralmente quando sua cultura e formação também são respeitadas"[49].

Fundamenta sua posição afirmando que a pessoa humana revela traços de sua personalidade e caráter através de seu modo de agir na sociedade e o faz através do reflexo dos fatores intrínsecos, através da reprodução da carga cultural que recebeu e processou, pelo que o respeito à cultura de um povo se refere à formação deste próprio povo e à manutenção de suas características. Para tanto justificado está o reconhecimento, a atenção, a consideração, a tolerância, e o acatamento das diversas formas de manifestações culturais, com a preservação e incorporação da diversidade que lhe são próprias. A preservação do patrimônio cultural não constitui um fim em si mesmo, senão uma garantia do direito à memória individual e coletiva, elemento fundamental do reconhecimento da dignidade da pessoa humana[50].

A dignidade forma parte essencial da pessoa e é prévia ao Direito, pelo que não necessita reconhecimento jurídico para existir. Por ser um atributo da pessoa, e por trazer indissoluvelmente unida a ideia de liberdade, a dignidade adquire um significado jurídico-político e ambas se erigem a valores jurídicos fundamentais. A positivação jurídico-constitucional da dignidade[51] traduz-se em um dever genérico de respeito à liberdade e aos direitos do indivíduo, incluindo nestes o respeito à formação de sua personalidade e à manifestação de seus padrões culturais.

Esta vinculação com o indivíduo não quer dizer que a dignidade pode ser considerada somente do ponto de vista individual, pois o seu conceito transcende o que cada pessoa pode considerar digno ou indigno. A dignidade humana não admite nem tolera discriminações, condicionamentos ou restrições.

É Danilo Fontenele Cunha que, ao estabelecer a mais estreita ligação entre dignidade e cultura, afirma que "a dignidade está relacionada com a ideia de personalidade e sua livre manifestação que se faz, dentre outras formas, por meio das manifestações culturais"[52].

O autor entende existente a conexão entre o reconhecimento da dignidade nos art. 1º e 5º da Constituição Federal e os valores superiores da liberdade, justiça e igualdade, uma vez que não pode existir dignidade humana sem aqueles, sendo destes derivada a imposição constitucional de respeito às manifestações culturais e proteção ao patrimônio cultural.

A íntima conexão entre a garantia de praticar a cultura e o direito à vida, segundo sua moderna concepção, intimamente ligada à dignidade, é destacada por Marcos Paulo de Souza Miranda, ao dizer que

> O direito à vida diz respeito ao seu aspecto qualitativo ou, sinteticamente, de um direito à qualidade de vida expresso no sacrifício de vantagens econômicas imediatistas em nome da preservação de determinados valores dentre os quais está o meio ambiente cultural, integrado por bens de valor histórico, estético, artístico, etc., disponíveis para essas e as futuras gerações.[53]

Resumem bem a relevância do tema as palavras de Carlos Frederico Marés Souza Filho, quando afirma que "O valor dos bens culturais, assim, tem a magnitude da consciência dos povos a respeito de sua própria vida"[54].

Expressão da ideia de vinculação entre a religião e a coesão social[55] é encontrada nas palavras de Marco Aurélio Luz, quando diz que "a força imaginal de característica imaterial tem na forma religiosa a essência da necessidade ou da razão da vida ou dos vínculos sociais. Convém sempre lembrar a raiz da palavra religião que vem de *re-ligare*"[56].

Angela Ales Bello, embora não estudando especificamente as religiões de origem africana, acentua "a centralidade do momento religioso para qualquer expressão cultural"[57], destacando na cultura africana o momento de extraordinária centralidade, visto que "[...] cada setor da vida de cada indivíduo, da sociedade e da natureza está inserido numa visão sacral, que dá sentido à realidade"[58], reconhecendo o valor fundamental do fenômeno religioso para o ser humano[59].

Já sinalizava Donald Pierson para esta significação do Candomblé ao dizer:

> A função social primária que o candomblé parece ter é a de reforçar, por meio de experiências coletivas de rituais e cerimônias aquelas atitudes e sentimentos que distinguem os africanos e seus descendentes da população européia e da maior parte dos mestiços. Promovendo um (sic) certa solidariedade e conciência (sic) de grupo, tende a tornar mais lento o processo de aculturação. Ao mesmo tempo as experiências do culto tendem a satisfazer as necessidades humanas básicas de "correspondência" e de "consideração"[60].

O legado dos princípios e valores africanos que permitiu uma continuidade transatlântica, como declara Marco Aurélio Luz, está consubstanciado nas instituições religiosas. Dessas instituições se irradiam os processos culturais múltiplos que destacam uma identidade nacional[61].

Vilson Caetano de Sousa expressa que a memória é um patrimônio das comunidades, e nestas, o maior patrimônio são as pessoas, homens e mulheres marcados por estigmas e preconceitos que designam aqueles que trazem no corpo características que a partir do século XIX lhes permitiram ser identificados como incapazes, conduzindo-os a vários tipos de imobilidade, dentre elas a econômica e social. São, pois, estes indivíduos que à frente de

comunidades, "vêm cada vez mais se organizando, seja para combater a intolerância, seja para pensar políticas de sobrevivência, ou ainda para captar recursos, este último um dos maiores problemas que aflige as religiões de matrizes africanas"[62].

Daniel Pires A. Barreto esclarece que a cultura se acha profundamente radicada no que há de mais íntimo no ser humano e tem por isso a mais alta significação para a compreensão desse ser, sua formação e desenvolvimento. Dizer que um bem tem valor cultural significa que um sujeito coletivo ou transindividual reconhece essa qualidade no objeto a partir da relação que mantém com o mesmo na continuidade de sua existência histórica. A redação dos art. 215 e 216 da Constituição Federal é o resultado de um processo anterior e representa um esforço histórico de compreensão da cultura em seu sentido antropológico ou como resultado de éticas, estéticas e técnicas, como portadora de referência a visões de mundo e modos de viver que identificam e singularizam coletividades humanas[63].

> Da mesma forma que a biodiversidade é indispensável à sobrevivência dos ecossistemas, os sistemas culturais compostos do mosaico complexo das culturas do mundo precisam da diversidade para preservar o patrimônio humano para as gerações futuras. Hoje em dia, qualquer desenvolvimento só é eticamente justificável se for sustentável tanto do ponto de vista ambiental quanto cultural. A cultura e a diversidade cultural são vistas hoje não só como um fim, mas também como um objetivo do desenvolvimento, entendido assim como a realização da existência humana em toda a sua plenitude, em todos os quadrantes do planeta[64].

A UNESCO considera que uma das formas mais eficazes de preservar o patrimônio intangível é garantir que os portadores desse patrimônio possam continuar produzindo-o e transmitindo-o. Não por outro motivo a UNESCO, em outubro de 2001, adota uma Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural. Nela a diversidade cultural é elevada à posição de patrimônio comum da humanidade, e considerada tão vital para o gênero humano, quanto a biodiversidade para os seres vivos. Em 2005, a UNESCO aprova uma Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais, buscando garantir a especificidade das diferentes criações culturais, reafirmando que a diversidade cultural é uma característica essencial da humanidade, constituindo um seu patrimônio comum, a ser valorizado e cultivado em benefício de todos, além de destacar a importância da diversidade cultural para a plena realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais proclamados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e outros instrumentos universalmente reconhecidos e de acentuar que esta diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade das identidades, assim como nas expressões culturais dos povos e das sociedades que formam a humanidade, reconhecendo a necessidade de adoção de medidas para proteção da diversidade das expressões culturais.

Uma realidade que conduz à extinção do bem cultural de natureza imaterial afeta toda uma rede de relações intersubjetivas da comunidade em questão, produzindo efeitos sobre suas tradições, convivência, relações pessoais, expectativas e valores[65]. Como assevera Daniel Barreto "A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana [...]" e implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones[66].

Desde Clifford Geertz a cultura confunde-se simplesmente com a existência humana e ao invés de funcionar para suplementar, desenvolver e ampliar capacidades, ela parece ser o ingrediente dessas capacidades, ou seja, os recursos culturais são ingredientes, e não acessórios do pensamento humano.

E segundo as últimas teorias sobre cultura, ainda existe a pressuposição de que as pessoas vivem num mundo de símbolos, sendo de notar que o relativismo apregoa que toda cultura é fundamentada em premissas singulares. É exatamente a diversidade das culturas que deve ser valorizada, com o que se deve aspirar, sim, a uma cultura mundial comum, mas que não diminua a particularidade das partes que a compõem. Cultura e identidades estão em fluxo constante e não podem mais ser desprezadas. O reconhecimento e a ênfase na diversidade humana conduzem à acentuação da importância da identidade e da referência e por consequência, na tutela da memória, da dignidade humana e no combate ao preconceito e à intolerância religiosa.

6 - CONCLUSÃO

A cultura confunde-se simplesmente com a existência humana e ao invés de funcionar para suplementar, desenvolver e ampliar capacidades, ela parece ser o ingrediente dessas capacidades, ou seja, os recursos culturais são ingredientes, e não acessórios do pensamento humano. E segundo as últimas teorias sobre cultura, ainda existe a pressuposição de que as pessoas vivem num mundo de símbolos, sendo de notar que o relativismo apregoa que toda cultura é fundamentada em premissas singulares.

É exatamente a diversidade das culturas que deve ser valorizada, com o que se deve aspirar, sim, a uma cultura mundial comum, mas que não diminua a particularidade das partes que a compõem. Cultura e identidades estão em fluxo constante e não podem mais ser desprezadas. O reconhecimento e a ênfase na diversidade humana conduzem à acentuação da importância da identidade e da referência.

A cultura deve ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais, materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade e um grupo social. As tradições e as formas de expressão de cada povo constituem sua maneira mais acabada de estar presente no mundo. Identidade cultural e diversidade cultural são indissociáveis, constituindo um dever velar pela preservação e defesa da identidade cultural de cada povo, como um conjunto de valores que dão sentido à vida.

A ideia de herança cultural tem sido cada vez mais valorizada, como fonte de intercâmbios sociais, e culturais e como memória cultural de uma comunidade e neste sentido o patrimônio cultural ampliou o campo de visão até outras manifestações. Há assim, uma imposição para que o patrimônio cultural, como fonte de identidade e de memória coletiva, seja visto, pensado, incentivado e protegido como direito fundamental individual e coletivo.

A memória é um patrimônio das comunidades e uma das formas mais eficazes de preservar o patrimônio intangível é garantir que os portadores desse patrimônio possam continuar produzindo-o e transmitindo-o, seja para combater a intolerância, seja para pensar políticas de sobrevivência.

7 - REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ÁLVAREZ, Vera Cíntia. Diversidade cultural: algumas considerações. Leonardo (Org.) Diversidade Cultural: globalização e cultural locais: dimensões, efeitos e perspectivas. São Paulo: Escrituras Editora; Instituto Pensarte, 2005.

AYALA, Marcos; AYALA, Maria Ignez Novais. Cultura popular no Brasil: perspectiva de análise. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2006.

BAHIA, Carolina Medeiros. Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna. Curitiba: Juruá, 2006.

BARRETO, Daniel Pires Alexandrino. O registro dos bens culturais imateriais à luz da hermenêutica pluralista e procedimental de Peter Häberle. 2004. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

BELLO, Angela Ales. Culturas e religiões: uma leitura fenomenológica. Tradução de Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 1998.

BRASIL. Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000. IPHAN. Coletânea de Leis sobre preservação do patrimônio. Rio de Janeiro: IPHAN, 2006.

CORREIA, Belize Câmara. A tutela judicial do meio ambiente cultural. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, ano 9, nº 34, abr./jun. 2004.

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

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. 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.

CURY, Isabelle (Org.). Cartas patrimoniais. 3ª ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004.

ELBEIN, Juana. Tradição e contemporaneidade: o universo mítico de Mestre Didi. Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes. Salvador, v.1, nº 8, 2º semestre de 2006.

FALCÃO, Joaquim. Patrimônio imaterial: um sistema sustentável de proteção. Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez. 2001.

FONSECA, Maria Cecília Londres. *O Patrimônio em processo*: trajetória da política federal de preservação no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; MinC – Iphan, 2005.

GÓES, Fred. Bens imateriais em desfile: a caminhada axé. Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez. 2001.

HASENBALG, Carlos. Discriminação e desigualdades raciais no Brasil. Traduzido por Patrick Burglin. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005.

IPHAN. Portaria nº 188, de 18 de maio de 2016, da Presidência do IPHAN. DOU, Seção I, 20.05.2016. Disponível em: http://www.portal.imprensanacional.gov.br. Acesso em: 20.05.2016.

LUZ, Marco Aurélio. Agadá: dinâmica da civilização africano-brasileira. 2ª ed. Salvador: EDUFBA, 2000.

_____. Cultura negra em tempos pós-modernos. 2ª ed. Salvador: EDUFBA, 2002.

MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. Sobre o sacrifício. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Tutela do patrimônio cultural brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OJO-ADE, Femi. Negro: raça e cultura. Coordenação e tradução Ieda Machado Ribeiro dos Santos. Salvador: EDUFBA, 2006.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Caminhos da identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: Paralelo 15, 2006.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). Coletânea de direito internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003,.

PIERSON, Donald. O Candomblé da Baía. Curitiba, São Paulo, Rio de Janeiro: Guairá, 1942.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

ROCHA, Jussara. A palavra do tecido: o vestuário como afirmação da identidade o corpo como suporte da obra. Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes. Salvador, v.1, nº 8, 2º semestre de 2006.

RIOS, Aurélio Virgílio. Quilombos e igualdade étnico-racial. BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República - SEPPIR. Ordem jurídica e igualdade étnico-racial. Coordenado por Flávia Piovesan e Douglas de Souza. Brasília: SEPPIR, 2006.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro, 2002.

_____. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República - SEPPIR. Ordem jurídica e igualdade étnico-racial. Coordenado por Flávia Piovesan e Douglas de Souza. Brasília: SEPPIR, 2006.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. Direitos fundamentais: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SODRÉ, Jaime. As esculturas do Mestre Didi o arco-íris do olhar. Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes. Salvador, v.1, nº 8, 2º semestre de 2006.

SOUSA JUNIOR, Vilson Caetano de. Na palma da minha mão: temas afro-brasileiros e questões contemporâneas. Salvador: EDUFBA, 2011.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens culturais e sua proteção jurídica. 3ª ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

VIANNA, Letícia Costa Rodrigues. Dinâmica e preservação das culturas populares: experiências de políticas no Brasil. Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez. 2001.

WANNER, Maria Celeste de Almeida. Cultura Visual: uma homenagem a Henry John Drewall. Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes. Salvador, v.1, nº 8, 2º semestre de 2006.

---

[1] Antonio Candido citado por FONSECA, Maria Cecília Londres. *O Patrimônio em processo*: trajetória da política federal de preservação no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; MinC – Iphan, 2005, p. 78.
[2] SCHÄFER, Jairo Gilberto. Direitos fundamentais: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 26.
[3] ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 65.
[4] Alexy considera que a jus fundamentação das normas fundamentais abarca inclusive, as normas de direitos fundamentais diretamente estatuídas.
[5] SCHÄFER, Jairo Gilberto. Op. Cit., p. 26.
[6] Ibid., p. 33-34.
[7] SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro, 2002, p. 65.
[8] Que abrange uma gama diversificada de direitos: direitos políticos (de primeira geração), direitos econômicos, sociais e culturais (de segunda geração), e direitos de solidariedade (de terceira geração).
[9] PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 340.
[10] Ibid., p. 330.
[11] É o mesmo o pensamento de Francisco Humberto Cunha Filho, ao dizer que mesmo as constituições, como a brasileira, que explicitam princípios, abrigam outros que precisam ser evidenciados pelos hermeneutas e doutrinadores e exemplifica com princípios ligados à cultura. 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, p. 61.
[12] SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
[13] MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Tutela do patrimônio cultural brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 16.
[14] Ibid., p. 16-17.

[15] CORREIA, Belize Câmara. A tutela judicial do meio ambiente cultural. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, ano 9, nº 34, abr./jun. 2004, p. 45-49.
[16] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens culturais e sua proteção jurídica. 3ª ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 50.
[17] É o caso dos terreiros maranhense da Casa das Minas Jeje, tombado em agosto de 2002, e baianos do Ilê Iyá Omim Axé Iyamassé (Gantois), tombado em novembro de 2002, do Bate-Folha, tombado em agosto de 2003, e do Alaketu Ilê Maroiá Láji, em dezembro de 2004. Dados extraídos do sítio do IPHAN.
[18] Como ocorreu com os Remanescentes do Quilombo do Ambrósio, situados em fazenda no Município de Ibiá/MG. Dados extraídos do sítio do IPHAN.
[19] Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000. IPHAN. Coletânea de Leis sobre preservação do patrimônio. Rio de Janeiro: IPHAN, 2006, p. 129.
[20] Aprovada pela UNESCO na 32ª sessão da Conferência Geral, em Paris, 17 de outubro de 2003. CURY, Isabelle (Org.). Cartas patrimoniais. 3ª ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004, p. 371-377.
[21] É preciso referir que a partir de 1993 a UNESCO elaborou proposta de dispositivo, com base em experiências de países orientais, para o reconhecimento e apoio financeiro a detentores de saberes tradicionais, recomendando que indivíduos ou grupos sejam declarados "Tesouros Humanos Vivos" e passem a receber ajuda financeira para a transmissão de seus conhecimentos às novas gerações. GÓES, Fred. Bens imateriais em desfile: a caminhada axé. Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez. 2001, p. 67.
[22] AYALA, Marcos; AYALA, Maria Ignez Novais. Cultura popular no Brasil: perspectiva de análise. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 33.
[23] VIANNA, Letícia Costa Rodrigues. Dinâmica e preservação das culturas populares: experiências de políticas no Brasil. Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez. 2001, p. 97.
[24] FALCÃO, Joaquim. Patrimônio imaterial: um sistema sustentável de proteção. Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez. 2001, p. 168.
[25] CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 53.
[26] CUNHA FILHO, Francisco Humberto. 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, p. 39.
[27] OJO-ADE, Femi. Negro: raça e cultura. Coordenação e tradução Ieda Machado Ribeiro dos Santos. Salvador: EDUFBA, 2006, p. 24.
[28] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Op. Cit., p. 16.
[29] WANNER, Maria Celeste de Almeida. Cultura Visual: uma homenagem a Henry John Drewall. Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes. Salvador, v.1, nº 8, 2º semestre de 2006, p. 8.
[30] Em outros autores aparece como egbé. Constituem-se em bem organizadas instituições compostas de um espaço sócio-religioso e arquitetônico próprio, caracterizado por uma população flutuante de membros que ali comparecem conforme determinada temporalidade litúrgica. LUZ, Marco Aurélio. Agadá: dinâmica da civilização africano-brasileira. 2ª ed. Salvador: EDUFBA, 2000, p. 445.
[31] ELBEIN, Juana. Tradição e contemporaneidade: o universo mítico de Mestre Didi. Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes. Salvador, v.1, nº 8, 2º semestre de 2006, p. 25-26.
[32] OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Caminhos da identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: Paralelo 15, 2006, p. 38.
[33] SILVA, José Afonso da. Op. Cit. p. 312.
[34] Não somente a etnia, strictu sensu, mas a diversidade de identidades, a questão da alteridade, está sendo cada vez mais colocada na ordem do dia. LUZ, Marco Aurélio. Cultura negra em tempos pós-modernos. 2ª ed. Salvador: EDUFBA, 2002, p. 106.
[35] CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Op. Cit., p. 22.
[36] Ibid., p. 46.
[37] CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. Op. Cit., p. 32.
[38] ROCHA, Jussara. A palavra do tecido: o vestuário como afirmação da identidade o corpo como suporte da obra. Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes. Salvador, v.1, nº 8, 2º semestre de 2006, p. 39.
[39] FONSECA, Maria Cecília Londres. Op. Cit., p. 29.
[40] Ibid., p. 43.
[41] VIANNA, Letícia Costa Rodrigues. Op. Cit., p. 95.
[42] BAHIA, Carolina Medeiros. Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna. Curitiba: Juruá, 2006, p. 160.
[43] SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República - SEPPIR. Ordem jurídica e igualdade étnico-racial. Coordenado por Flávia Piovesan e Douglas de Souza. Brasília: SEPPIR, 2006, p. 62. Exemplo deste tipo de preconceito encontra-se no tombamento do Acervo do Museu de Magia Negra (Processo nº 35-T-1938). Portaria

nº 188, de 18 de maio de 2016, da Presidência do IPHAN. DOU, Seção I, 20.05.2016. Disponível em: http://www.portal.imprensanacional.gov.br. Acesso em: 20.05.2016.

[44] SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 68-69.

[45] Ibid., p. 69.

[46] SOUSA JUNIOR, Vilson Caetano de. Na palma da minha mão: temas afro-brasileiros e questões contemporâneas. Salvador: EDUFBA, 2011, p. 25.

[47] SODRÉ, Jaime. As esculturas do Mestre Didi o arco-íris do olhar. Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes. Salvador, v.1, nº 8, 2º semestre de 2006, p. 63.

[48] RIOS, Aurélio Virgílio. Quilombos e igualdade étnico-racial. BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República - SEPPIR. Ordem jurídica e igualdade étnico-racial. Coordenado por Flávia Piovesan e Douglas de Souza. Brasília: SEPPIR, 2006, p. 188 -189.

[49] Que entende ser um processo de integração da experiência individual às suas qualidades constitucionais, formando um todo funcional ajustado, sendo a experiência individual resultado da atuação do indivíduo sobre o ambiente, tomando em consideração que o ambiente natural só é decodificado pelo indivíduo após ser submetido a uma espécie de filtro cultural preexistente nele mesmo. CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. Op. Cit., p. 15 e 40.

[50] CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. Op. Cit., p. 15 e 124.

[51] O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, proclama a liberdade, a justiça e paz no mundo tendo por base o reconhecimento da dignidade intrínseca e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana. ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). Coletânea de direito internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 401.

[52] CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. Op. Cit., p. 63.

[53] MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Op. Cit., p. 17.

[54] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Op. Cit, p. 45.

[55] "O ato de abnegação implicado em todo sacrifício, ao freqüentemente lembrar às consciências particulares a presença das forças coletivas, alimenta precisamente a existência ideal destas. [...] Por outro lado, os indivíduos encontram nesse mesmo ato uma vantagem. Eles conferem a si mesmos e às coisas que mais lhes interessam a força social inteira. Revestem de uma autoridade social seus votos, seus juramentos, seus casamentos." MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. Sobre o sacrifício. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005, p. 108.

[56] LUZ, Marco Aurélio. Op. Cit., p. 49. Ver também na mesma obra p. 75. Ideia similar encontra-se, do mesmo autor em Agadá: dinâmica da civilização africano-brasileira. 2ª ed. Salvador: EDUFBA, 2000, p. 32. Interessante notar o que diz Carlos Hasenbalg, a respeito dos escravos negros americanos: "...pode ser dito que os escravos americanos se apropriaram da chance de desenvolver uma cultura e uma religião próprias que, por sua vez, foram usadas como armas de sobrevivência e resistência à opressão. Embora o paternalismo inibisse a identidade coletiva e a solidariedade política dos escravos, o escravismo foi um período de construção de cultura." Discriminação e desigualdades raciais no Brasil. Traduzido por Patrick Burglin. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005, p. 56-57.

[57] BELLO, Angela Ales. Culturas e religiões: uma leitura fenomenológica. Tradução de Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 1998, p. 147.

[58] Ibid., p. 163.

[59] Ibid., p. 148 e 161.

[60] PIERSON, Donald. O Candomblé da Baía. Curitiba, São Paulo, Rio de Janeiro: Guairá, 1942, p. 45.

[61] LUZ, Marco Aurélio. Agadá: dinâmica da civilização africano-brasileira. 2ª ed. Salvador: EDUFBA, 2000, p. 32.

[62] SOUSA JUNIOR, Op. Cit., p. 24.

[63] BARRETO, Daniel Pires Alexandrino. O registro dos bens culturais imateriais à luz da hermenêutica pluralista e procedimental de Peter Häberle. 2004. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, p. 62 e 92.

[64] ÁLVAREZ, Vera Cíntia. Diversidade cultural: algumas considerações. Leonardo (Org.) Diversidade Cultural: globalização e cultural locais: dimensões, efeitos e perspectivas. São Paulo: Escrituras Editora; Instituto Pensarte, 2005, p. 172.

[65] Há quem refira que uma etnia pode manter sua identidade étnica mesmo quando o processo de aculturação em que está inserida tenha alcançado altos graus de mudança cultural. Porém o fato de a mudança cultural não levar à mudança identitária não quer dizer que a dimensão da cultura deixe de desempenhar um papel na dimensão dos valores e das concepções do nós frente aos outros expressas como fatos culturais. OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Caminhos da identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: Paralelo 15, 2006, p. 36-37.

[66] BARRETO, Daniel Pires Alexandrino. Op. Cit., p. 133 e 141.