

O REGISTRO COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DE DIREITOS: O DECRETO PRESIDENCIAL 3.551/2000 E OS DILEMAS E DESAFIOS DA SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL NO BRASIL

Hermano Fabrício Oliveira Guanais e Queiroz*

Resumo: Tomando como ponto de partida as diversas discussões sobre os efeitos jurídicos do Registro, como instrumento de defesa de direitos culturais, problemática vivenciada desde a constituição do Grupo de Trabalho do Patrimônio Imaterial, em 1998, até os dias correntes, é que este artigo discute a possibilidade que de o Decreto Presidencial 3551/2000, que regulamenta o Registro de bens culturais de natureza imaterial, ser utilizado como instrumento de defesa de direitos culturais associados a bens registrados, no marco dos 17 anos de política de preservação do patrimônio cultural imaterial do Brasil, bem como alguns dilemas e desafios já enfrentados e a enfrentar. Na prática, o Registro tem possibilitado o alcance de direitos culturais pelas comunidades detentoras, a partir da invocação de diversos referenciais normativos conexos, mediante a atuação administrativa dos órgãos de preservação em parceria com a comunidade prejudicada, indicando uma nova forma de proteção ao Patrimônio Imaterial registrado.

Palavras-chave: Patrimônio cultural imaterial. Decreto presidencial 3551/2000. Registro.

Abstract: Starting with various discussions about the legal effects of Registry – instrument for the defense of cultural rights and issue experienced since the beginning of the Intangible Cultural Heritage Working Group, in 1998, until the current days – this article discuss the possibility of the Presidential Decree 3551/2000, which regulates the Registry of the intangible cultural heritage, to be used as instrument of defense for the cultural rights related to the registered heritage in the mark of the 17 years of the preservation policy of the intangible cultural heritage in Brazil, as well as some dilemmas and challenges already faced and others to come. On practice, the Registry has made possible the reach of the cultural rights by the bearers, from several related normative references, through the administrative actions of the preservation entities, indicating a new way to protect the registered intangible heritage.

Keywords: Intangible cultural heritage. Presidential decree 3551/2000. Register.

* Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia –
Ipac/Faculdade de Artes, Ciências e Tecnologias -FACET,
Salvador, BA, Brasil.
Mestre em Preservação do Patrimônio Cultural do
Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN.
E-mail: hermanofqueiroz@yahoo.com.br

1. Introdução

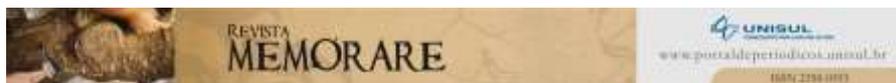
O novo Estado Sociocultural de Direito, inaugurado a partir da CF/88, tornou legítimos, juridicamente, os anseios de muitas comunidades e indivíduos que lutaram, empenhadamente, pela conquista da tutela legal do patrimônio cultural imaterial-, regionalista, modernista, folclorista, estudiosos do campo e seus defensores. 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, é uma realidade apesar de discursos e práticas contrárias.

De início, é necessário ressaltar que o Decreto-Lei (DL) 25/37 é o primeiro referencial normativo no campo do patrimônio cultural brasileiro e, por meio dele, outorga-se ao Poder Executivo o exercício do poder de polícia para proteção do interesse público na preservação de bens que detenham valor cultural. Como esse valor atribuído aos bens culturais não é intrínseco, foram criados órgãos especialmente destinados à tarefa, mediante critérios bem construídos e em constante construção.

O DL 25/37 estabeleceu a causa que determinará a proteção do bem, o órgão federal incumbido de tal missão, o IPHAN, os aspectos do processo administrativo e os efeitos que irá produzir a partir da determinação da tutela especial do Estado. Trata-se, deste modo, de ato administrativo do Executivo, decorrente do seu poder de polícia administrativa, uma vez que, por meio dele, o Poder Público restringirá direitos de particulares, com a finalidade de resguardar o interesse público que fundamenta as ações de preservação.

Este era o panorama até o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Atendendo a anseios sociais, a Constituição previu, pela primeira vez na ordem jurídica pátria, a dimensão imaterial do patrimônio cultural e, ao mesmo tempo, o instrumento do Registro, inventários e outras formas de acautelamento e preservação. E mais, estabeleceu ao Poder Público a missão do promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, com a colaboração da comunidade.

Vale dizer, no Brasil, o tratamento oficial da dimensão imaterial do patrimônio cultural, bem como a sua bipartição na categoria material e imaterial, perfizeram-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 considerável reforço à efetiva proteção ao patrimônio cultural por meio da ampliação dos instrumentos protetivos dos direitos culturais, a exemplo dos inventários, registros, vigilância e outras formas de acautelamento e preservação. (art. 216, § 1º).

2. A origem do nome registro

O instrumento do Registro e de onde veio a ideia primeira desse novo instituto voltado para a dimensão imaterial do Patrimônio Cultural Imaterial (PCI) brasileiro tem sua origem em território baiano. A partir da inquietação e busca da gênese desse nome, fez-se uma recuperação que se considera importante dividir rapidamente neste ensaio. Trata-se da história recente de concepção desse instrumento voltado para a preservação de bens culturais imateriais, a partir das discussões e propostas ocorridas na Bahia, desde 1982, e mais intensamente no âmbito do Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia (IPAC) entre 1987 e 1988, ocasião em que o termo Registro Especial foi cunhado e surge pela primeira vez no projeto de atualização da legislação baiana (Projeto Legislação), bem como a importância que essa discussão teve para a elaboração da própria CF/88, e literatura quase não se reporta a essa importante e pioneira contribuição.

Os textos que dissertam sobre a incorporação dessa dimensão imaterial na CF/88 corretamente destacam o trabalho da Fundação Nacional Pró-Memória (FNPM) na construção dessa nova noção, sem, contudo, fazer menção aos relevantes estudos empreendidos no IPAC por um grupo composto pela Professora Márcia Sant'Anna, Paulo Ormino, Ordep Serra, Carlos Amorim, Paulo Damasceno, Luís Viana Queiroz, Mário Mendonça, Rosário de Carvalho e outros. Muitos desses estudiosos se detiveram nas experiências internacionais e alguns deles até viveram o trabalho da FNPM. Foi a partir e além desse importante trabalho, e inspirado em todo o ambiente de discussão da Constituição de 1988, que se pensou na construção de novos instrumentos legais de proteção, para além do tombamento, a exemplo do Espaço Preservado e do Registro Especial.

Tal movimento reverberou na Constituinte de 1988 com a participação do professor baiano Paulo Ormino, e mais tarde foi recuperado em 1997 no Seminário de Fortaleza pelo professor Ordep Serra, ex-Diretor Geral do IPAC, e pela então Superintendente do IPHAN no Ceará, a Arquiteta baiana Márcia Sant'Anna, que coordenou o Grupo da Bahia e organizou o célebre Seminário de Fortaleza. De certa forma, a partir daí deu-se um ponto de partida para o que depois foi transformado no DP 3551/2000. Houve, sem dúvida, um aprimoramento crescente da noção de preservação, com novos atores e novas perspectivas, que somente a aplicação do instrumento e da política de Salvaguarda demonstraram.

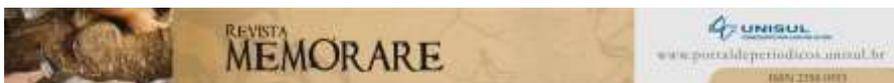
A única fonte indicadora do nascimento desses debates sobre o Registro está no Relatório Final das Atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho do Patrimônio Imaterial do IPHAN, em que a ex-Diretora do Departamento do Patrimônio Imaterial, professora Márcia Sant'Anna, refere-se à realização do Seminário 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, coordenadora e palestrante 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.

3. A intenção inicial sobre o registro

Os estudos até então formulados sobre o instrumento do Registro, 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 PCI. Diante disso, o Registro, desde o seu ingresso na ordem constitucional brasileira, e mesmo após a sua regulamentação tardia, 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, concebeu o Registro como um instrumento criado apenas 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, não somente de desinteresse, mas da especialidade, especificidade, ineditismo e atualidade das questões em exame, já que a sua previsão se deu oficialmente em 1988, com o advento da Constituição Cidadã, e, após, pelo Decreto regulamentador do Registro, datado do ano 2000.

4. A crença dos detentores no registro

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, pela ameaça do impedimento de extração da matéria-prima e o conseqüente risco de desaparecimento do saber fazer panelas e do complexo de saberes associados.

Desde a inauguração da política do PCI, tanto as comunidades quanto segmentos sociais e governamentais manifestaram 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).

No perpassar desses 16 anos, percebe-se que um número expressivo de processos de Registro abertos no IPHAN teve como motivação a forte crença e a necessidade das comunidades detentoras de bens registrados de “se protegerem” de dinâmicas de mercado – e até de leis e atos infra legais – que são criados constantemente frente a elas. É possível citar diversos casos como o “Modo Tradicional de Fazer Queijo de Minas”, que procurou se afirmar como patrimônio dentro de uma estratégia para rediscutir a legislação de vigilância sanitária que impossibilitava sua venda mais ampla, e até hoje há conflitos com normativas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Outro dilema refere-se à produção artesanal de cajuína, bem cultural registrado, onde houve uma proposta de padronização do modo tradicional de fazer a bebida por parte do SEBRAE, e que acarretaria no uso de uma variedade de caju clonada, elaborada pela Embrapa. Caso predominasse essa orientação, haveria,

consequentemente, a homogeneização dos sabores da cajuína, descaracterizando, portanto, os saberes tradicionais que envolvem a sua feitura.

Também o Registro do “Ofício de Baiana de Acarajé”, que tem como um dos seus focos valorizar a baiana de tradição de terreiro vinha perdendo espaço nas ruas para o “bolinho de Jesus”; o fato das baianas evangélicas que se recusarem a trajar as vestes tradicionais e que foram impedidas de comercializar o acarajé na Arena Fonte Nova nos eventos da Copa ou que são constantemente expulsas das praias, logradouros, etc., é também um dilema que constantemente recai sobre a Salvaguarda.

Outro caso foi o Samba de Roda do Recôncavo baiano: 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; no caso da Viola de Cocho, para feitura do instrumento há problemáticas com o IBAMA, pois a matéria-prima é protegida de modo especial; também no Fandango Caiçara há certas restrições de acesso à matéria-prima da natureza para confecção dos sapatos e das rabecas utilizadas para dançar e tocar.

A todo tempo, dada a condição de vulnerabilidade social e hipossuficiência jurídica de muitas comunidades, 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, formas de expressão, saberes e lugares são levados à diminuição e até extinção; objetos sagrados são migrados para espaços que não são de origem e de pertencimento; processos de gentrificação e ações do próprio Estado tentam expulsar grupos tradicionais de lugares sagrados.

De todo modo, existe grande recorrência da temática do mercado – colocada muitas vezes de forma problemática pelos grupos sociais envolvidos – e é perceptível a baixa capacidade responsiva nos órgãos de preservação. Em que pese a existência de conquistas, inclusive proporcionadas pela produção de efeitos do Registro, por meio de uma atuação mais concreta e até incisiva do IPHAN, há, ainda, sem dúvida, muitos dilemas e desafios a enfrentar.

Supõe-se que uma das causas que contribuiu, por certo, para propagação daquela ideia de eficácia mínima do Registro foram as discussões realizadas pelo Grupo de Trabalho do Patrimônio Imaterial (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 este desse conta da proteção efetiva aos bens de cultura registrados. Isso porque a ideia de proteção dominante à época mais ou menos equivalia a falar em um quase congelamento da coisa protegida, dentro de uma determinada forma. E, mesmo dentro do GTPI, isso era o que não se queria. “Nós não queríamos que, de jeito nenhum, ninguém pensasse que registrar um bem cultural imaterial significaria protegê-lo da mesma maneira como isso era entendido dentro da Instituição até aquele momento. Na realidade, consideramos que agora, quase 15 anos depois, já se tem uma outra noção de proteção, mas que não era aquela naquele momento”. (SANT’ANNA, 2014).

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 à 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 detentora, produtora e usuária, embora em situações específicas estes também tenham que cumprir certos deveres decorrentes do Registro.

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 nos mesmos moldes como ocorre no tombamento. O que muitas comunidades almejam, em verdade, é que o Registro proteja os bens culturais, de forma mais plena, considerando os complexos de saberes associados, lugares, expressões, dentre outros, da investida de terceiros que, eventualmente, queiram se apropriar, ou, de fato, se apropriem, indevidamente, de conhecimentos, saberes, objetos, artefatos, imagens, espaços etc., reconhecidos oficialmente como PCI 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.

Partindo disso, evidencia-se que sendo o direito à promoção e à proteção do PCI 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 sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais 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 e, promovendo ações judiciais e medidas extrajudiciais, tudo no sentido de conferir a máxima eficácia ao direito fundamental de proteção ao patrimônio cultural imaterial registrado.

5. Discursos demolidores do patrimônio cultural imaterial e a necessidade de repensar o papel do poder legislativo no campo

A atual conjuntura vem apontando uma série de ações destrutivas, ataques e retrocessos, tanto por parte de particulares quanto, espantosamente, do próprio Estado, que viola direitos culturais fundamentais, especialmente com relação a comunidades tradicionais. Como exemplo, a recente aprovação do Código Florestal, a nova Lei de Acesso ao Patrimônio Genético e diversos projetos de lei, inclusive aqueles que afrontam a autonomia/legitimidade institucional do IPHAN para conduzir o processo de patrimonialização, como a Lei que recentemente consagrou a Caminhada com Maria em Fortaleza como PCI do Brasil, (Lei 13.130/15), propostas de emenda constitucionais, como a que transfere ao Congresso Nacional a aprovação e demarcação de terras indígenas e quilombolas, dentre outras, são demonstrações desses ataques. A equivocada interpretação constitucional, que vem usurpando essas competências originárias, indelegáveis e irrenunciáveis do IPHAN, reforça a necessidade de

fortalecimento institucional e de maior divulgação não apenas do que é o instrumento constitucional do Registro, mas o que está por trás de um processo dessa natureza e sobre o que é a Salvaguarda dos bens registrados, efeito que a lei não é capaz de produzir.

Há preocupações com relação à produção de efeitos das Leis que reconhecem e outorgam títulos de patrimônio cultural, o que tem a sua razão de ser já que os entes públicos criados para a execução da política de preservação têm sua atividade vinculada aos bens por si reconhecidos como patrimônio mediante a abertura de processo administrativo próprio, segundo regras, princípios e diretrizes construídas, metodologias especiais, testadas e em aprimoramento constante, o devido processo de patrimonialização. Esse processo tem como fim a seleção dos bens mais representativos da cultura do Estado brasileiro, mediante pesquisa aprofundada sobre o bem cultural, com sujeitos (detentores e produtores) e comunidades identificados, tipologias de ações de salvaguarda e variáveis para o monitoramento, etc.

O que se questiona, nos casos de intervenção do Legislativo e Judiciário na promoção de tombamentos e registros, é “quem” e “o que” será feito a partir da concessão desses títulos, já que compete ao IPHAN cuidar dos bens que ele próprio consagra como Patrimônio Cultural. Qual seria a exequibilidade/eficácia/efetividade dessas leis sem que seja feita uma pesquisa qualificada para identificação daquilo que se pretende reconhecer como patrimônio?

A prática demonstra que, no âmbito do patrimônio material, utilizam-se efeitos emprestados do Tombamento, contudo sem um órgão que esteja legitimado ao cumprimento das ações pós-reconhecimento múnus. A problemática, no campo do imaterial, é muito maior dada a complexidade que envolve os bens culturais dessa natureza. Questiona-se, a todo momento, que tipo de bem cultural se reconheceu? Como esses detentores concebem esse patrimônio? “Como” seria e “de quem” seria a missão de construir planos/ações/medidas de salvaguarda se esses planos são construídos cuidadosamente com as comunidades que deveriam ser previamente identificadas e não foram pelo processo legislativo? “Quais” e “quem” são os detentores e produtores desse bem cultural reconhecido pela lei? Qual a categoria dos bens declarados? Etc. Dado o caráter de generalidade e abstração, hipoteticidade e imperatividade das normas jurídicas, o instrumento “lei” não se apresenta como o ideal à salvaguarda de um

patrimônio dinâmico, vivo, mutável, e que requer a prévia e constante participação dos produtores e detentores, inclusive com a necessidade de reavaliação e revalidação do título em certo período temporal.

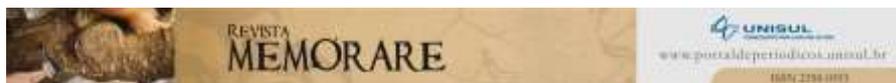
A outorga desse título, sem dúvida, não implicará ao IPHAN quaisquer obrigações, a não ser eventual abertura de processo de Registro, o que, em realidade, deveria ter sido feito antes mesmo de enviar ao Executivo, ao Congresso, a Assembleias e Câmaras municipais leis e decretos com esse objeto. Poder-se-ia dizer que ao Ministério da Cultura e demais entidades especializadas coubessem algumas ações mais concretas, mas nem isso as leis preveem.

A eficácia dessas Leis, como já se observa na prática, é mínima, sobretudo porque o que confere eficácia ao Registro é o plano de salvaguarda, que não pode ser apenas um atendimento a uma formalidade após o Registro, mas pode e deve ser uma possibilidade concreta e efetiva se, e somente se, houver uma mobilização e compromisso entre os detentores e outros parceiros, o que a lei, por si só, não é capaz de atender. O plano deve ser idealmente elaborado a partir das recomendações apontadas no processo administrativo 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, de cada bem, não de forma genérica.

Em arremate, percebe-se que a elaboração e sanção das Leis e Decretos que patrimonializam bens culturais, pelo Legislativo e Executivo engendrarão, por certo, um esvaziamento da política de preservação do patrimônio cultural imaterial já consolidada no âmbito do IPHAN e que, mais uma vez, repita-se, é modelo para diversos países, como um dos sistemas mais avançados e exitosos do mundo.

6. Os novos rumos e desafios da salvaguarda

Como se observou, após a CF/88, foram 10 anos de silêncio eloquente do Poder Público até que o GPTI fosse constituído, e eis que o DP é o mecanismo infra legal não só ideal, mas também possível para que o IPHAN pudesse inaugurar a nova política de identificação, reconhecimento e valorização do PCI do Brasil.



De lá para cá uma rica história: 16 anos de trabalho árduo e de reconhecimento dessa nova política como referência internacional. Conquistas ousadas e até inimagináveis quando da formulação do DP, tanto jurídicas e legais quanto institucionais, e a existência também de lacunas, problemáticas diversas, contradições mesmo que esse trabalho todo de salvaguarda dos bens registrados pelo IPHAN tem enfrentado e suscitado – e com o qual todos aqueles, que, de algum modo, estão envolvidos com ele, desde o começo, e já nessa fase atual, não param de aprender e de se surpreender. Acredita-se que todo o dia se esteja aprendendo alguma coisa com esse trabalho e isso não tem data para terminar, até mesmo por conta da própria natureza processual e dinâmica desses bens e também do seu suporte de memória, que é o homem, inventivo, criativo e imprevisível. Há, sem dúvida, desafios e dilemas já enfrentados e a se enfrentar.

Nas ações de defesa de direitos decorrentes do Registro deve estar presente que as consequências normativas ante o dano, ameaças ou ofensas aos bens culturais registrados não precisam estar tipificadas, ou seja, definidas em rol *numerusclausus* da lei. 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 quando da construção de entendimentos que visem à reparação.

A infração ao conjunto de normativas que rege o PCI pode gerar invalidade do ato administrativo de onde emanou o dano, quando derivado do próprio Poder Público e de terceiros; dever de indenizar e reparar, quando presente um dano, nexos 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 e que estão postas e pouco são conhecidas e acessadas.

Deixa-se claro, desde já, que não se pretende tornar o sistema de proteção ao PCI num sistema punitivo, como basicamente se deu 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 indispensável 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, em muitas situações, 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 instituto seja inserido num contexto de recursos que são utilizados para se alcançar uma proteção mais integral ao patrimônio cultural tutelado, as outras formas de acautelamento e preservação.

Sem dúvida, a necessidade de aprofundamento no estudo dos efeitos jurídicos do Registro é cada vez mais crescente, considerando a forte onda de ataques que os direitos culturais, sobretudo das minorias étnicas, populações tradicionais e comunidades, vêm sofrendo no âmbito do Poder Público e da esfera privada. Daí exsurge a relevância em os órgãos de cultura, com destaque os departamentos que aplicam a legislação e promovem o Direito, absorverem os avanços e a nova concepção constitucional de aplicabilidade dos direitos culturais decorrentes do Registro. É o que se pretende, de modo bastante cauteloso, ante a forte onda de ataques a direitos culturais.

Há muitos dilemas e desafios enfrentados e novos e imprevisíveis a se enfrentar.

No campo do Direito, o primeiro deles é fazer sepultar completamente a ideia, até agora ainda muito defendida no âmbito das Ciências Sociais e do próprio meio jurídico, de que o DP 3551/2000 e o próprio Registro não têm efeitos garantistas de salvaguarda. E essa noção garantista sinaliza para algo muito mais amplo do que aquela noção ainda restrita de proteção a qual o funcionamento do DL 25/37 remete ainda, infelizmente. Daí, importante aproveitar o momento para denunciar esse discurso ainda muito reducionista sobre o Registro como um instrumento de 2ª classe, um mecanismo inferior ao Tombamento, como se dele fosse um mero apêndice, sempre dele dependente, quando, na realidade, possui o mesmo status de garantidor de direitos culturais de natureza fundamental. Considera-se imprescindível disseminar mais amplamente essa ideia dentro e fora das próprias Instituições de preservação e, sobretudo, nas Procuradorias e nas academias, trabalho que exige muita atenção, cuidado e cautela.

A fundamentação criada pela Comissão do MinC à época do GTPI, bem como as orientações jurídicas de ocasião, de que o Registro não cria direitos e obrigações, porque não fora regulamentado por uma lei, e também porque não foi inicialmente pensado para esse fim, merecem aprimoramento urgente. As Ciências Sociais reproduziram esse discurso porque o Direito não cuidou de problematizá-lo à luz do fenômeno da “constitucionalização dos direitos culturais”, do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo. Houve sempre um clamor pela necessidade de criação de novas leis, novos instrumentos, porque o Registro não dava conta de garantir direitos culturais a comunidades detentoras e produtoras de bens registrados, sem a devida utilização do potencial que as normas existentes têm. Na verdade, apesar de ser um Decreto Presidencial, de ser muito sucinto e até mesmo muito breve, ele pode sim, a partir do que a doutrina jurídica chama de “diálogo das fontes”, ter a força de atuar de uma maneira mais plena em todas essas situações.

O trabalho do Poder Constituinte, que determinou ao Poder Público o dever de promover e proteger o PC pelo Registro e outras formas de acautelamento e preservação, 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 outros instrumentos, mas é a atuação concreta e destemida dos órgãos exercentes das competências políticas já existentes. A eficácia jurídica do Registro depende, em muito, desse esforço das competências político-administrativas e, indubitavelmente, de maior integração de políticas, não só do imaterial com o material, mas com parceria entre os diversos órgãos que compõem a estrutura administrativa e que têm como missão também a proteção do PC, segundo dispõe a CF/88 quando atribuiu ao Poder Público, de forma ampla, essa tarefa de proteção.

O compromisso assumido pelo Estado, ao reconhecer um bem como integrante do PCI, implica, até mesmo se concebido o Registro como um “Pacto Sociocultural” entre Comunidades e Estado, tem 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 adotar medidas institucionais de cunho administrativo e judicial, em sua defesa efetiva, como previsto no DL 22/2006, a conhecida e pouco utilizada Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial.

Considera-se imprescindível, diante disso, não só o aperfeiçoamento de instrumentos, como também uma utilização mais efetiva e até ousada daqueles já existentes. E esse papel importante é de atribuição primeira da Administração. Ela Castilho (1993), Subprocuradora-Geral da República, afirma que: “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 PC brasileiro. No mesmo texto, que foi escrito em período anterior ao DP 3551/2000, a aludida integrante do Parquet Federal enfatiza 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”.

7 Considerações Finais

As primeiras ações administrativas do IPHAN em torno da potencialização dos efeitos jurídicos do Registro foram exitosas, e esses novos desafios são eixos de ação para a salvaguarda de bens registrados, os quais serão combinados e articulados durante o Plano de Salvaguarda. Estes eixos tornaram-se “Tipologias de ações de salvaguarda e variáveis para o monitoramento” do DPI/IPHAN. 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 na seara dos direitos culturais. (VIANA, 2014).

Por se ter a exata noção de que a capacidade de estruturação de discursos demolidores e contrários aos efeitos garantistas do Registro é uma realidade, é preciso que as Instituições de Cultura considerem 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 conferir, pela função administrativa, mais poder aos instrumentos existentes e que eventualmente sejam criados, de rápida eficácia e adaptá-los às especificidades desses direitos, que são de naturezas diversas, que contemplam sujeitos distintos, universos e contextos que exigem tratamento cuidadoso e respostas que não estão postas numa lei específica, mas que devem ser construídas com as comunidades. Deixar grupos detentores e produtores à margem do direito, à espera de elaboração de leis que os contemplem específica e plenamente, 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, o que faz ruir a vetusta justificativa de que a ausência de lei é óbice à atribuição de eficácia jurídica ao Registro. (DUPRAT, 2007).

Ainda que o Estado continue a investir recursos mínimos na preservação do PCI, 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 integralmente com a participação das comunidades. As Ciências Sociais desenvolveram muito bem as teorias e práticas de promoção aos bens culturais registrados. 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.

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.

Não se pode olvidar que o reconhecido sucesso dessa política criada pelo DP 3551/2000, um ato infra legal formulado, como se viu, muito cuidadosamente dentro do IPHAN, aponta que, independente de sua formatação legal, se é ou não regulamentado por uma lei, não é o processo legislativo que confere grau de legitimidade e legitimação à política de preservação do PCI e ao Registro. Embora se esteja a somente 17 anos da sua edição, por ter sido muito bem desenhada a Política no âmbito do GTPI e bem conduzida até o momento pelo IPHAN, o Brasil apresenta um panorama de muitas conquistas e novos e desafiadores rumos à salvaguarda dos bens registrados. Não há dúvida de que a riqueza das políticas referentes ao PCI situa-se na possibilidade de conceber respostas diferentes a antigas perguntas, assim como de compreender outras possibilidades de ser.

Referências

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.

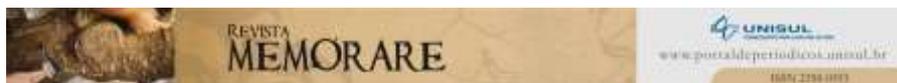
DUPRAT, Débora. **Direitos dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional**. Joaquim Shiraischi Neto (org.). Manaus: UEA, 2007.

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.

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: 2 abr. 2014.

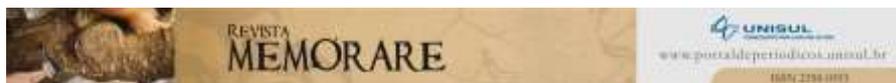
SANTOS, Luzia do Socorro Silva. **Tutela das diversidades culturais regionais à luz do sistema jurídico ambiental**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005.

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.

Submetido em: 24/10/2017. Aprovado em: 10/05/2017.

