

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

BEATRIZ AUXILIADORA REZENDE MACHADO

REGISTRO: ANÁLISE CRÍTICA DO
PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL DE TUTELA DO
PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL BRASILEIRO

UBERLÂNDIA / MG

2012

BEATRIZ AUXILIADORA REZENDE MACHADO

REGISTRO: ANÁLISE CRÍTICA DO
PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL DE TUTELA DO
PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL BRASILEIRO

Dissertação de mestrado apresentada à banca de defesa do Programa de Pós-Graduação Jurídica *stricto sensu*, da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Público, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo.

UBERLÂNDIA / MG

2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

M149r Machado, Beatriz Auxiliadora Rezende, 1986-
2012 Registro : processo administrativo federal de tutela do patrimônio cultural imaterial brasileiro. / Beatriz Auxiliadora Rezende Machado. - Uberlândia, 2012.
162 f.

Orientador: Luiz Carlos Figueira de Melo.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Processo administrativo - Teses. 3. Cultura - Teses. I. Melo, Luiz Carlos Figueira de. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

BEATRIZ AUXILIADORA REZENDE MACHADO

REGISTRO: ANÁLISE CRÍTICA DO
PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL DE TUTELA DO
PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL BRASILEIRO

Dissertação de mestrado apresentada à banca de defesa do Programa de Pós-Graduação Jurídica *stricto sensu*, da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Público, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo
Universidade Federal de Uberlândia - UFU

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges
Universidade Federal de Uberlândia - UFU

Prof. Dr. Júlio César de Oliveira
Universidade de Uberaba - UNIUBE

Uberlândia/MG, 21 de setembro de 2012.

A Deus, energia vital dos dias e noites e Pai de misericórdia, que os transforma em tempo útil no decorrer da existência, e ao personificado renovo de paz e cuidado, tão presente em cada passo da jornada: Mãezinha, mais uma vez, são seus e bem seus os sabores desta laboriosa colheita.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo, exemplo de persistência, sabedoria, amizade e generosidade, valoroso trabalhador do Direito, por um mundo mais justo e participativo na gestão do poder.

Aos docentes, discentes e corpo técnico do Curso de Mestrado em Direito Público – CMDIP/UFU, pelas preciosas horas de convivência e momentos de reflexão.

À Universidade Federal de Uberlândia - UFU, instituição acolhedora que uma vez mais abriu as portas a esta vizinha, e permitiu-lhe trilhar outros passos na evolução de seus estudos.

Aos bibliotecários da Universidade Federal de Uberlândia, do Supremo Tribunal Federal e da Câmara dos Deputados, que diligentemente auxiliaram no acesso a material imprescindível à execução desta pesquisa.

À Dra. Maria das Graças Nunes Ribeiro, esmero de justiça e amabilidade, fonte de entusiasmo e encorajamento ao enlace de Judicatura e Academia.

Ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG, palco de incentivo à concreção da vida, sob a luz de abstração pensada e debatida.

Aos pais, Maria Helena e Agostinho, demais familiares e amigos, pelo conforto afetivo e por representarem a suma do que vale a pena na vida.

A todos que, de alguma forma, desdobraram-se em seus dons e talentos para viabilizar o arranjo das ideias nestas linhas externadas.

Ao fecho, a Deus, dispensadas especificações ante a onipresença de Seu apoio.

MACHADO, Beatriz Auxiliadora Rezende. *Registro: análise crítica do processo administrativo federal de tutela do patrimônio cultural imaterial brasileiro*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Uberlândia.

RESUMO

Em resposta à proteção constitucionalmente assegurada ao acesso, produção e preservação de seu patrimônio cultural imaterial, e atendendo a ditames internacionais de efetivação do direito fundamental à cultura, a União estruturou processo administrativo de registro, cuja tramitação e atos decisórios reservou à esfera de atribuições do IPHAN. Apresenta-se a dissertação como resultado de pesquisa versada na confrontação da estrutura procedimental do processo de registro, disciplinado primordialmente pelo Decreto Federal n.º 3551/2000 e pela Resolução n.º 01/2006/IPHAN, com o arquétipo de devido processo legal administrativo inculcado pela CR/88 e, principalmente, pela Lei Federal n.º 9.784/99. Sua estruturação metodológica dá-se por incursão bibliográfica nacional dedutiva, paralela ao estudo comparativo, por análise de conteúdo e histórica, dos instrumentos normativos enunciados. Compulsados seus termos com o fito de compatibilizá-los com a abertura constitucional à participação nos atos decisórios, ao contraditório e à lógica de atribuições propícia à formação de pluralidade de instâncias, nota-se que a legislação ordinária, em especial a Lei n.º 9.784/99, ultrapassa a subsidiariedade para justificar a realização de múltiplos atos processuais estranhos ao procedimento originalmente proposto, a exemplo do alargamento de seu rol de legitimados, mitigação do rigorismo probatório pré-constituído, intimação prévia aos atos extintivos, vedação à prova ilícita, realização de audiência e consulta públicas e implementação de instância recursal. Neste norte, se compatibilizam os diplomas adjetivos, para se alcançar prática processual mais consentânea com a proposta constitucional de tratamento pluralista do bem tutelado transindividual.

Palavras-chave: 1) cultura 2) processo administrativo 3) registro

MACHADO, Beatriz Auxiliadora Rezende. *Registry: critical analysis of the administrative federal trusteeship of brazilian intangible cultural heritage*. 2012. Dissertation (Master in Public Law) – Universidade Federal de Uberlândia.

ABSTRACT

In response to protect the constitutionally guaranteed access, production and preservation of their intangible cultural heritage, and given the dictates of international realization of the fundamental right to culture, Union has structured administrative process of registry, which decision-making and actions set within the sphere of duties of IPHAN. The present research result is versed in the procedural framework of comparison of the registration process, governed primarily by the Federal Decree n.º 3551/2000 and Resolution n.º 01/2006/IPHAN, with the archetype of administrative due process imposed by Constitution and mainly by the Federal Law n.º 9.784/99. Its methodological structuring occurs by deductive research on national bibliographic, parallel to the comparative study for content analysis of the legal instruments listed. Just verified its terms with the aim of making them compatible with the opening acts for participation in decision-making, contradictory principle and the formation of multiple administrative appeal instances, it's noted that the ordinary law exceeds the subsidiarity, to justify multiple procedural acts distinct by the procedure originally proposed, such as the extension of its legitimating role, mitigation of the rigor of pre-formed evidence, prior intimation than extinctive acts, sealing the illegal evidence, conducting public hearings and consultations and implementation of appellate proceedings. Thereby, procedural practices are made conformable to achieve the proposed constitutional treatment aimed to protect transindividual heritage.

Key-words: 1) culture 2) administrative process 3) process of registry

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
01. PATRIMÔNIO CULTURAL E SUA VERTENTE DE INTANGIBILIDADE: PRESSUPOSTOS FÁTICO E JURÍDICO-AXIOLÓGICO DE JUSTIFICAÇÃO DO PROCESSO DE REGISTRO	13
1.1 Breve incursão sobre o Culturalismo Jurídico e sua Tridimensionalidade Realeana	15
1.2 O fenômeno cultural em suas expressões fáticas de interdisciplinaridade: conteúdo e continente das propostas de normatização.....	21
1.3 A proteção jurídica dos direitos culturais enquanto instrumento de efetivação da cidadania complexa e global.....	34
1.4 Construção histórica do arcabouço jurídico protetivo do patrimônio cultural imaterial.....	43
1.5 A normatização da cultura com o <i>status</i> de direito fundamental e seus desdobramentos principiológicos	54
02. VERTENTE PROCESSUAL DA CULTURA INTANGÍVEL: CONTEXTO SISTÊMICO DO PROCESSO DE REGISTRO	72
2.1 Imperativos de efetividade dos direitos difusos e o recurso à via processual	72
2.2 Notas sobre o devido processo legal administrativo: arcabouço de recepção do processo de registro	79
2.3 Decreto federal n.º 3.551/2000 e Resolução n.º 01/2006/IPHAN: complementos ou bases de aplicação subsidiária da Lei n.º 9.784/99?	89
2.4 Recurso ao microssistema processual coletivo para incremento do registro cultural	103

03. PROCEDIMENTO DE REGISTRO À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO	115
3.1 A condução procedimental do registro: segmentação do <i>iter</i> a partir dos diplomas infralegais nacionais.....	116
3.2 A reconstrução do procedimento de registro: conjugação dos elementos impositivos materiais, constitucionais e do microssistema de processo administrativo coletivo	118
3.2.1 Instauração.....	118
3.2.1.1 Sujeitos legitimados.....	120
3.2.1.2 Peça de ingresso	125
3.2.1.3 Juízo de admissibilidade, ordem de processamento e extinção prematura.....	130
3.2.2 Instrução.....	131
3.2.3 Abertura à participação popular.....	137
3.2.4 Medidas cautelares e de antecipação de tutela.....	139
3.2.5 Decisão.....	139
3.2.6 Recurso.....	140
3.3 Contribuição de <i>lege ferenda</i> : proposta de processo administrativo federal de registro..	141
CONCLUSÃO.....	152
REFERÊNCIAS.....	154

INTRODUÇÃO

A criação de instrumentos jurídicos vocacionados à efetividade de direitos fundamentais representa, para a comunidade científica, exigência de esforço redobrado para compreendê-los em seus fundamentos, conteúdos, formalidades e efeitos, porquanto deles decorram, diretamente, resultados de concretização dos compromissos constitucionais.

Por meio desses mecanismos, as finalidades políticas e sociais juridicizadas a bem de uma existência digna e profícua no desenvolvimento das potencialidades humanas, encontram meios de ultrapassarem o marco de um abstrato programa de ações. Noutras palavras, perante os elementos normativos de exercício dos direitos fundamentais, ao empreender criteriosa análise elisiva de inconsistências formais e materiais, ademais de externar medidas de máxima efetividade em sua aplicação, a Ciência do Direito presta relevantes serviços à operacionalização de uma ordem jurídica acessível a todos quantos lhe exijam a tutela que se propõe a prestar.

O Estado brasileiro assumiu o dever de promoção e proteção do patrimônio cultural, bem jurídico atrelado à sorte de direitos fundamentais à produção, acesso e preservação da cultura, nos moldes dos artigos 215 e 216 da Constituição Federal.

Com o advento de sistemática processual administrativa que, enfim, lhe permita desincumbir-se de seu mister relativamente ao espécime dotado de intangibilidade, e marcada a última década por vinte e dois processos concluídos com registro, é chegada a hora de lançar vistas sobre a norma vigente e dela extrair conclusões orientadoras do uso eficiente e constitucional de seus comandos, na tutela do fenômeno cultural imaterial de evidente extensão e complexidade em terras brasileiras.

A eleição da espécie processual administrativa intitulada registro enquanto objeto de estudo acadêmico dobra-se a dupla exigência, a primeira fulcrada na necessidade de se reunirem esforços para efetivação de direitos fundamentais, e a segunda para que os instrumentos criados e aplicados com esse desiderato sejam não só eficientes, mas juridicamente hígidos em respeito ao devido processo legal, também considerado um direito fundamental.

Os direitos culturais consagrados pelos artigos 215 e 216 da Constituição Federal fazem parte do rol de direitos fundamentais, assim reconhecidos pela Assembléia Geral das Nações Unidas ao deliberar e aprovar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no ano de 1966 – Resolução n.º 2.200-A, ratificada pelo Brasil em 1992.

No Brasil, embora já previsto nominalmente em sua Constituição Federal desde a promulgação, em 1988, o processo de registro somente ganhou um procedimento que lhe viabilizasse o uso no ano 2000. Surgiu com um atraso de, no mínimo três décadas a contar da formação de consensos internacionais sobre a imprescindibilidade da existência de instrumentos normativos dessa natureza, nas ordens jurídicas internas, para efetivação do direito fundamental à cultura.

Considerando-se que na última década seu uso restringiu-se à proteção de duas dezenas de bens imateriais, universo sobremodo módico perante a riqueza e multiplicidade de manifestações culturais típicas do Brasil, já estaria justificada a necessidade de compreendê-lo em todas as suas estruturas e potencialidades, para viabilizar-lhe utilização mais efetiva no cumprimento das finalidades que por longa data reclamaram sua criação.

Não se limitam a esse campo, contudo, as justificativas. A tão aguardada criação do processo de registro não se desprende dos imperativos de observância do devido processo legal, princípio extensível a qualquer espécie de processo, e que consagra a concorrência de legalidade e legitimidade à segmentação finalisticamente ordenada de suas iniciativas decisórias. Neste ponto, são úteis estudos jurídicos cujos resultados facilitem ou incentivem o uso de mecanismos já consagrados para tutela de direitos fundamentais.

Enquanto estratégia metodológica adotada para condução dos trabalhos enunciados, far-se-á uso de pesquisas teóricas e documentais. A primeira delas ocupada com a análise dedutiva de fontes secundárias a partir de análise textual, temática e interpretativa. Já a segunda, lança mão de métodos comparativo e histórico para apreciar as fontes primárias, com uso das correspondentes técnicas da análise de conteúdo e histórica. Tudo isso, atrelado à busca de sentido dos fatos e valores implicados na formação da norma processual, à luz do entendimento normativo tridimensional, preceituado pelo culturalismo realiano.

Ao longo da exposição, pretende-se o desenvolvimento argumentativo das seguintes questões: (i) o processo administrativo de registro delineado pelos padrões procedimentais do Decreto federal n.º 3.551/2000 e da Resolução n.º 01/2006/Iphan é compatível com as características normativas e ontológicas de seu instrumento de tutela e com as exigências do devido processo legal administrativo, delineadas pela Constituição da

República e pelas normas processuais ordinárias?; (ii) em caso parcialmente negativo, em que medida (em quais pontos) seu procedimento deve ser ajustado (acréscimo/retirada/substituição de atos) por dispositivos próprios de outras leis ou da Constituição?; (iii) é possível estruturar um instrumento normativo único que contemple todas as exigências procedimentais indispensáveis a sua compatibilidade sistêmica?

As perguntas carregam expectativa de utilidade à ciência jurídica, pois tem por ponto de partida não uma evolução do debate teórico, e sim uma lacuna doutrinária. Tratando-se de compreensão dogmática de cultura, o enfoque da crítica especializada nacional ainda se projeta sobre o direito material¹, com grande destaque à juridicização de elementos culturais em seu viés antropológico², ao passo que abordagens de sua processualização seguem a proposta descritiva de recomposição sequencial das fases procedimentais³.

O intento de responder às questões invocadas ensejará o desenvolvimento da dissertação em três capítulos, o primeiro voltado à análise do direito material disciplinador do patrimônio cultural imaterial brasileiro enquanto instrumento de conformação do direito processual; o segundo destinado à análise dos parâmetros de compatibilidade do processo de registro com o arquétipo de processo administrativo coletivo; e o terceiro, entregue à análise dos institutos e fases procedimentais do registro, à luz das conclusões hauridas dos capítulos anteriores. Culminará com proposta de instrumento normativo único destinado ao regramento do processo federal de registro.

¹ V.g. SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultural*. São Paulo: Malheiros, 2001.

² LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 16.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

³ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.105-107

01 – PATRIMÔNIO CULTURAL E SUA VERTENTE DE INTANGIBILIDADE: PRESSUPOSTOS FÁTICO E JURÍDICO-AXIOLÓGICO DE JUSTIFICAÇÃO DO PROCESSO DE REGISTRO

Nos termos da redação original do artigo 14, inciso VI, alínea b, da Lei n.º 9.649/98, posteriormente alocada no inciso IV, alínea b, do mesmo dispositivo, pela Medida Provisória n.º 2.216-37/2001, e com arrimo no poder normativo conferido pelo artigo 84, inciso IV, da Constituição da República, foi editado no ano 2000 o Decreto Federal n.º 3.551, com o objetivo de instituir e disciplinar o espécime processual administrativo destinado à tutela do patrimônio cultural imaterial brasileiro.

Prima facie identificado como ato jurídico formalizador da inscrição dos bens intangíveis num dos livros especialmente destinados às suas categorias classificatórias – saberes, celebrações, formas de expressão e lugares – aos moldes do exposto no artigo 1º do Decreto, interessa a este estudo sua segunda acepção, consagrada pelo art. 2º do mesmo diploma, ao tratar por “registro” uma categoria de processo administrativo. Malgrado as históricas divergências doutrinárias acerca da existência de processo ou mero procedimento em tramitação perante autoridade administrativa, o Chefe do Executivo, regulamentando a matéria, assentiu ao uso linguístico da primeira expressão, em nossa concepção adequada ao fenômeno processual ínsito ao exercício de quaisquer funções públicas, não apenas da jurisdicional.⁴

No ano de sua edição, o regime jurídico administrativo brasileiro já se estruturava com a vigência da Lei de Processo Administrativo Federal – Lei n.º 9.784/99. Em linhas gerais, por ela são positivados princípios caros à processualidade no desempenho da função executiva, reconhecem-se direitos aos administrados e deveres aos agentes públicos, distribuem-se ônus aos interessados, e estipula-se sequência procedimental mínima aplicável

⁴ PORTA, Marcos. *Processo administrativo e o devido processo legal*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 43-51

aos processos administrativos federais não regulados por lei especial ou, subsidiariamente, no caso dos normatizados.

Carregada de mandamentos de otimização e dicções de baixa concretude, lado outro desce a minúcias em incursões próprias de regramentos procedimentais – a exemplo da delimitação do local de prática dos atos processuais e de seus respectivos prazos. Para evitar antinomias no trato dos processos especiais, já deixou o legislador previamente consignado, em seu art. 69, a aplicabilidade subsidiária de seus preceitos, diante da lacuna normativa em lei especial, e havendo compatibilidade entre seus ditames e os da lei sob aplicação.

A prévia existência de lei geral em nada resente posterior disciplina própria a uma específica modalidade processual. Contudo, repensados dogmaticamente os desdobramentos do diploma genérico, no sentido de conformação infraconstitucional do devido processo legal administrativo, e considerando a exação de imperativos processuais impostergáveis já do texto constitucional, é de se investigar se o procedimento estatuído por proposição do Poder Executivo se sustém, de fato, consentâneo com os traços cardeais de processualidade administrativa insculpidos no ordenamento brasileiro.

Para desincumbir-se do mister de tutelar o patrimônio cultural intangível pátrio, o Instituto Nacional do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), autarquia federal a quem conferidas as atribuições de processamento e decisão, vale-se não só da estrutura procedimental do Decreto n.º 3.551/2000. Em larga medida, arrima seu agir também no disposto na Resolução Federal n.º 01/2006/IPHAN e, em questões pontuais, no Decreto Federal n.º 6.844/2009, que regulamenta a distribuição e exercício de competências dentre seus órgãos.

A problemática justificadora destas linhas argúi, especialmente, em que medida se compatibiliza o analisado processo de registro com a participação popular nos atos decisórios, com o contraditório como garantia de inserção na dialética processual previamente à tomada de decisões, e com a estruturação das atribuições de decisão e recurso de forma a propiciar pluralidade de instâncias. Indaga-se ainda se para a tutela de seu objeto, as disposições da Lei n.º 9.784/99 assumem caráter meramente subsidiário.

Visando aos devidos esclarecimentos, que por justiça se apresentam sem viés de definitividade, mais como um convite à reflexão dogmática e debates sobre o aperfeiçoamento dos instrumentos normativos de proteção administrativa dos bens incorpóreos transindividuais, a proposta é de confrontação da estrutura procedimental do processo de registro, tal como disciplinado primordialmente pelo Decreto Federal n.º

3.551/2000 e pela Resolução n.º 01/2006/IPHAN, com o paradigma de devido processo legal administrativo estatuído pela Constituição da República e pela Lei Federal n.º 9.784/99, sem prejuízo de conformações normativas outras aproveitáveis ao processo administrativo coletivo.

Delineado o propósito analítico da estrutura processual de registro, e visto ser este um objeto da ciência jurídica – alvo fixado no sistema normativo, é de rigor a delimitação de seus pressupostos formais e materiais, com vistas à ordenação das matérias de indispensável conhecimento. Se na sequência servirá o estudo à compreensão das normas processuais disponíveis à tutela da cultura intangível, que antes se explicitem os aspectos relevantes à conformação do produto normatizado e em que medida se impõem ao seu entendimento.

Recorrendo à produção jusfilosófica nacional, há especial interesse no destacamento da tridimensionalidade jurídica teorizada por Miguel Reale. Vislumbrando o direito como produto cultural, fornece elementos de metalinguagem para esclarecer como a cultura – parcela do direito: processo de registro – se presta à auto-proteção e em caráter dúplice – parcela do direito: normas materiais de cultura; fato social: produção fática da cultura imaterial.

1.1 Breve incursão sobre o Culturalismo Jurídico e sua Tridimensionalidade Realeana

A Teoria Tridimensional do Direito construída pelo jusfilósofo brasileiro Miguel Reale, em meados do século XX, representa marco epistemológico de repercussão internacional, porquanto se presta a enunciar a natureza e características do objeto científico do direito, a viabilidade da Jurisprudência sob enfoque valorativo e a dialética enquanto opção metodológica de tratamento do direito em sua complexidade ontológica.

Embora não seja o único dentre os que nesta categoria podem figurar, a exemplo da teoria de Emil Lask e do egologismo de Carlos Cossio, o tridimensionalismo realeano se classifica como vertente culturalista por admitir o fenômeno jurídico enquanto representação de origem humana dotada e orientada por valores, ou seja, uma criação cultural.⁵ Mais que isso, justamente por se tratar de elemento da cultura, o direito exige posicionamento científico especializado para atendê-lo, com postura crítica e consciente de seu estudioso para não perscrutá-lo em molde incompatível com sua constituição.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.131

O culturalismo, tal como o entendemos hoje, é uma concepção do Direito que se integra no historicismo contemporâneo e aplica, no estudo do Estado e do Direito, os princípios fundamentais da Axiologia ou seja, da teoria dos valores em função dos graus de evolução social⁶.

Primeiramente, esclarece que cultura se trata da construção material ou espiritual levada a efeito pelo homem a partir da natureza, seja com o intento de modificá-la ou a si mesmo. Logo, suas criações não são estanques; estão num movimento histórico de incessante modificação, e repercutem sobre seus próprios criadores, causando-lhes alterações em decorrência da interação ocorrida. Ademais, representa o esforço finalístico de criatividade humana, ou seja, denuncia o interesse de satisfação de interesses /fins por intermédio das novas criações.⁷

A própria ciência do direito, por ser uma criação intelectual versada na apreensão do objeto jurídico, é manifestação de cultura. Como se presta ao estudo de outra criação da inventividade humana, qualifica-se como ciência cultural e está referida a valores.⁸

Consciente de que “cada método deve adaptar-se a seu objeto”, mesmo para evitar que estratégias epistemológicas bem sucedidas no campo das ciências exatas sejam malfadadas⁹ num eventual emprego equivocado entre as ciências culturais¹⁰, Reale se dispõe a enunciar a natureza e características do objeto jurídico, para só então abordar seu tratamento metodológico.

Pois bem, e aí radica o nome tridimensionalismo: para o jurisconsulto, a regra jurídica tem estrutura tridimensional¹¹, congregando fato, valor e norma. Em síntese, as circunstâncias fáticas reunidas num determinado momento histórico, alcançadas por influências econômicas, sociais, políticas, ideológicas, são tratadas por indução para que delas se apure um padrão típico cuja facultatividade, obrigatoriedade ou proibição seja compatível com a realização de valores caros àquela mesma sociedade. Filtradas as variáveis fáticas e axiológicas, o campo político de produção normativa¹² dá origem à norma em seu viés lógico-formal, mas que nele não se exaure, pois as referências fática, axiológica e lógica da experiência jurídica funcionam com a absorção e integração dos dois primeiros elementos pelo último. É o que intitula por normativismo concreto, e conclui:

⁶ REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.08

⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.24

⁸ *Ibid.*, p.25; 29

⁹ *Ibid.*, p.76

¹⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.148

¹¹ *Ibid.*, p.571

¹² *Ibid.*, p.151

[...] verifica-se que o momento lógico expresso pela proposição hipotética, ou a forma da regra jurídica, é inseparável de sua base fática e de seus objetivos axiológicos: fato, valor e lógica compõem-se, em suma, de maneira complementar, dando-nos, em sua plenitude, a estrutura lógico-fático-axiológica da norma de direito. Isto não impede, é claro, que, por abstração, sejam postos entre parênteses os aspectos fático e valorativo. Quando se quer, porém, ter um conceito integral da norma é necessário estudar os três fatores em sua correlação dinâmica.¹³

Identificado e explicado o objeto do conhecimento jurídico, o avanço da incursão epistemológica se ocupa do método aplicável à Jurisprudência.

De início, o afastamento de uma unilateralidade metodológica. Indução e dedução seriam complementares na tarefa científica, sabendo-se que cada extrato da realidade exige um instrumento específico de pesquisa, máxime no caso do direito por ser multifacetário em sua estrutura.¹⁴

Noutras linhas, foi dito que a ciência jurídica é referida a valores. Quem a produz sabe, de antemão, que está diante de um objeto variável no tempo, orientado à satisfação de finalidades mutáveis ao sabor da evolução social, e que carrega valores nem sempre explícitos ou incontroversos, não raro inteligíveis e coordenáveis em sua extensão apenas no contexto aplicativo.

Sendo assim, impossível se pautar por neutralidade axiológica. “[...] ordena normativamente fatos segundo valores, ou correlaciona valores a fatos segundo normas, o que significa que não pode dispensar o prisma do valor, na apreciação dos fatos sociais abrangidos por normas jurídicas”.¹⁵ Se o objeto é intrinsecamente valorado, a alternativa é compreendê-lo, e “compreender é ordenar os fatos sociais ou históricos segundo suas conexões de sentido, o que quer dizer, finalisticamente, segundo uma ordem de valores”.¹⁶

Referida por terceiro, a concepção epistemológica de ciência jurídica para Miguel Reale, portanto, é de “uma ciência histórico-cultural e compreensivo-normativa, por ter por objeto a experiência social na medida, enquanto esta normativamente se desenvolve em função de fatos e valores para a realização ordenada da convivência humana.”¹⁷

¹³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p.95-96

¹⁴ *Ibid.*, p.76

¹⁵ *Ibid.*, p.79

¹⁶ *Ibid.*, p.80

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p.163-164

A opção por realce de valores e mutabilidade progressiva historicamente¹⁸ aproxima a tese epistemológica realeana da tendência pós-moderna de flexibilidade dos acessos entre sujeito cognoscente e objeto conhecido¹⁹. Ambos marcam-se pela complexidade e progressão; se adotados meios rígidos para intercâmbio, logo os resultados não espelharão nem o estado do ser estudado, nem o de quem para ele se voltou. Tanto é assim, que o conhecimento agora se compreende como processo, progressivo em sua marcha e ilustrativo das condições de seu tempo.²⁰

Para viabilizar a sistematização das mais diversas opções axiológicas, regulações finalísticas, e superar suas contradições com vistas à construção de um sistema internamente coerente e unitário, elege a dialética como instrumento de tratamento científico da norma. A chamada dialética da complementaridade ou de implicação-polaridade correlaciona o fato e o valor no âmbito da experiência jurídica, para que a estrutura normativa os contemple em seu entendimento e aplicação. O movimento dialético de síntese apresenta como resultado um comando heterônomo vocacionado à realização dos valores que justificam sua existência, e espelhando as circunstâncias fáticas de sua formação. A síntese, portanto, não os consome, e sim os transforma em elementos de uma realidade maior conhecida pela tridimensionalidade.

Ao lado dessa dialética de contradição, merece ser lembrada a *dialética de implicação-complementaridade*, ou, mais simplesmente, *dialética de complementaridade*, que exclui possa haver conciliação de elementos contraditórios. Essa dialética compreende o processo histórico, não como uma sucessão de sínteses que se imbricam através de novas teses e antíteses, mas sim como um processo sempre aberto, no qual os fatores opostos se implicam e se complementam, sem jamais se reduzirem um ao outro, ao contrário do que ocorre na dialética hegeliano-marxista.²¹

Retomando a exposição, Miguel Reale concebeu um sistema epistemológico, referido a uma ciência cultural de apreensão de objeto jurídico tridimensional, composto por conjugação de fato, valor e norma, mediante esforço compreensivo dialético. Aplicadas suas proposições ao presente esforço monográfico, já se evidenciam duas premissas indutoras dos passos iniciais de estudo do registro: (i) o processo

¹⁸ REALE, Miguel. *Experiência e cultura*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000. p.106

¹⁹ BOMBASSARO, Luiz Carlos. *As fronteiras da epistemologia: como se produz o conhecimento*. 3.ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 1997. p.76

²⁰ JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao pensamento epistemológico*. 2.ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1977. p.27

²¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p.84-85

sob análise, enquanto apanhado de normas, reflete os fatos e valores afins à tutela do patrimônio cultural imaterial; (ii) dada a construção histórica do objeto, compreender a versão normativa vigente pressupõe vistas à cadeia evolutiva que resultou em sua edição.

Da primeira delas, se indaga como viabilizar a cognição dos elementos fático e axiológico de implicação justificadora da norma processual, sem que o trabalho se desdobre em incursões puristas da sociologia e da filosofia, campos do saber humano vocacionados à intelecção dos fatos sociais e da essência e funcionalidade dos valores. A arguição é relevante, pois inobstante sejam úteis à construção da ciência jurídica tomados sob o enfoque da zetética, a pretensão e metodologia próprios deste trabalho mais se coadunam com premissas normativas consideradas delimitações ao seu próprio objeto de estudo. Afinam-se, portanto, em maior medida com a dogmática, sem desprezar as importantes contribuições das ciências sociais correlatas, na medida em que possam esclarecer a realidade juridicizada.

Uma disciplina pode ser definida como dogmática à medida que considera certas premissas, em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, renunciando-se, assim, ao postulado da pesquisa independente. Ao contrário das disciplinas zetéticas, cujas questões são infinitas, as dogmáticas tratam de questões finitas. [...]. Ela [essa característica] explica que os juristas, em termos de um estudo estrito do direito, procurem sempre compreendê-lo e torná-lo aplicável dentro dos marcos da ordem vigente. Essa ordem que lhes aparece como um dado, que eles aceitam e não negam, é o ponto de partida inelutável de qualquer investigação. Ela constitui uma espécie de limitação, dentro da qual eles podem explorar as diferentes combinações para a determinação operacional de comportamentos juridicamente possíveis.²²

Como então, dentro dos parâmetros já refinados pelo direito, colher o que se refira a fatos e valores? Tratando dos primeiros, por ilação da feitura de norma processual, sobrevem para viabilizar o exercício de função pública aplicadora (funções executiva e jurisdicional) ou tendente à formação (função legislativa) de “um efeito jurídico final”.²³ Classicamente, o direito processual serve à satisfação do material, destacada sua apresentação instrumental²⁴, e conforma-se às suas características.

Enquanto processo administrativo federal de tutela do patrimônio cultural intangível, o registro encontra no direito vigente suporte regulamentador, quanto ao que seja

²² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.48

²³ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.35

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2.ed.rev. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990. *passim*

cultura e em que medida é atribuição do direito protegê-la. Numa imensidão de nuances fáticas, tratou o legislador de delimitá-las no que reputou relevante para regramento das condutas humanas. Sendo assim, advirá do recorte legislativo de proteção da cultura a feição fática do que conformou a produção da norma processual.

Por lógico, há fatos atinentes à movimentação da tutela estatal em prol da procedimentalização de suas práticas, distintos dos típicos reclamos já compreendidos pelo direito material. Atendem-se, por sua vez, no encadeamento histórico de eventos que redundaram na edição do diploma normativo ora sob análise, satisfazendo a segunda premissa extraída da proposta metodológica realeana.

Quanto aos valores, tampouco serão estudados em sua essência, mas na forma já processada pelo direito. Fala-se aqui no enfrentamento dos princípios, espécimes normativos de alta condensação axiológica e baixa concretude regulamentar, venham estes aplicados ao direito material ou diretamente ao processo.

Espelhando o viés de normatividade que o jus-positivismo e pós-positivismo lhes conferiram em termos de integração e depois imediata exaço de comandos²⁵, mesmo porque são de estrutura deontológica, com eles não se confundem, mas bem espelham os valores que os inspiram. Isso porque determinam a concretização, na maior medida fática e jurídica possível²⁶, do que se aspirou como ideal pela escala de valores (v.g bom, agradável, justo, equilibrado) orientadora das máximas de facultatividade, dever ou vedação veiculadas pelo direito cogente.

[...] os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Eles são, ao mesmo tempo, mais do que isso e algo diferente disso. [...] Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento.²⁷

²⁵ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.58-59

²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.86

²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.80

Na lição de Robert Alexy²⁸, essa distinção entre o que é devido – veiculação da norma, princípio – e o que se recomenda ou aspira como o melhor – o valor em si mesmo, estatui o sistema de princípios como mais adequado à ciência do direito, em comparação com o puro sistema de valores. Esclarece afirmando que ao traduzir o que deve ser, o princípio dá margem a menos dissensos interpretativos que o resultado de alta subjetividade conferida a quem, simplesmente, pondera entre vetores axiológicos não vinculativos.

Por todo o exposto, e novamente recorrendo às premissas da dogmática, com recurso à principiologia o jurisprudente defronta-se com a valoração atinente ao ordenamento, porém de forma objetivada: a uma por sua prévia transmutação em comandos, a partir da dialética da complementaridade; a duas pelos resultados político-sociais de ponderação, que logram galgar a categorias jurídicas, em qualidade e extensão, seus consensos ou imposições sobre a imensidão de valores conducentes às condutas sociais. E ao aquilatar as mais diversas diretrizes de significação e vetor volitivo das condutas, “[...] o ordenamento jurídico torna possíveis os nexos de *cooperação*, e disciplina a *competição*, estabelecendo as limitações necessárias ao equilíbrio e à justiça nas relações”.²⁹

Em síntese, com vistas a melhor compreender a estrutura e dinâmica das normas processuais de registro, exige-se a prévia inteligência da matéria à luz da delimitação fática de cultura admitida pelo ordenamento jurídico como objeto de direito, ademais dos vetores axiológicos que orientam não só os mesmos direitos materiais, como também e em harmonia as incursões processuais. No que tange à processualidade, será explorada a partir do segundo capítulo, reservado este inaugural ao subsequente entendimento do direito material à cultura e eventos correlatos.

Porém, antes de se avançar, propriamente, no campo da regulação jurídica da cultura intangível, é tempo de recorrer à preciosa contribuição de outras ciências sociais, com vistas a elucidar de quais bases materiais tratou o legislador ao pinçar o que demandaria providências jurídicas de tutela.

1.2 O fenômeno cultural em suas expressões fáticas de interdisciplinaridade: conteúdo e continente das propostas de normatização

Que o mundo do dever-ser, exemplificado pelas exações jurídicas, guarde referibilidade ao universo do ser, é medida que se impõe, sob pena de se perder a própria

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p.147

²⁹ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 22.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.25

utilidade do que o homem regulamenta. O objeto normativo incide para convalidação de condutas e atribuição de efeitos a fenômenos caros à vida social e sua ordenação. Nessa medida é vislumbrado o interesse prático na submissão a uma ordem heterônoma de imposições, ademais de suportarem-se todos os custos e dificuldades do processo de produção e aplicação do direito.

Ocupar-se de normas afetas a fenômenos inexistentes e inadmissíveis nas raias de probabilidade ou iminência, redundaria em proposições inúteis, pois fadadas à inaplicabilidade. Lado outro, regulamentar uma matéria em descompasso com sua natureza e dinâmica naturais, tenderia ao mesmo resultado de ineficácia ou, em caso de maior gravidade em seu preceito secundário, representaria até mesmo ato de arbitrariedade, submetendo o cidadão a medida coercitiva desproporcional, por descumprimento de ordem incompatível com o senso ordinário de razão, expectativas e funcionalidade do que de real se apreende e vivencia.

Está justificada, como em linhas anteriores acerca do viés fático da tridimensionalidade normativa, a busca por melhor entendimento sobre o que houve por bem tutelar-se pelo direito, quando ele próprio ultrapassou os parâmetros de espécie cultural, para proteger o gênero do qual participa.

Embora sejam múltiplos os enfoques científicos conferidos ao entendimento e sistematização do fenômeno cultural, partem da capacidade humana de interagir uns com os outros e com o ambiente natural, e a partir disso produzir elementos idealizados e outros materiais díspares do que se encontra na natureza. O homem mantém as raízes biológicas existenciais, mas ultrapassa-as na condução de seus atos e preferências, tanto que a despeito da coincidência na necessidade de alimentar-se, por exemplo, dentro de um mesmo país é possível encontrar grande diversidade gastronômica regionalizada, e nem sempre baseada em elementos nutricionais distintos.

Adotando padrões característicos para vestimentas, alimentação, rituais religiosos, e expressões artísticas dentre outras produções, homens de diferentes épocas representam o quão diversas podem ser suas práticas e valores, a ponto de surpreender e mesmo escandalizar quem se destaca de outro contexto valorativo. Pensadores de prestígio na filosofia, ciências sociais e literatura ocuparam-se de registrar o impacto provocado pelo choque entre culturas, sendo célebre a observação de Confúcio, cerca de quinhentos anos antes de Cristo, ao afirmar que ‘a natureza do homem é a mesma, são os seus hábitos que os

mantem separados’.³⁰ Não raro, o parâmetro ordinário de apreciação dos usos e costumes alheios parte de um padrão de superioridade do seu próprio universo cultural³¹, negligenciando a realidade de que “[...] todas as culturas estão intimamente relacionadas e que se constroem e se modificam através das influências que exercem e sofrem umas das outras”.³²

Esse processo de contínua assimilação de elementos importados de outros sistemas culturais é denominado integração, e uma vez descortinado como próprio da lógica de sobrevivência e evolução dos parâmetros culturais, põe em xeque a perspectiva de isolamento adotada para refutar elementos *prima facie* exógenos. Paralelamente, chama-se difusão o processo de transmissão de elementos culturais de uma sociedade para outra.

Segundo Raph Linton, a integração não é estática, possuindo aspectos dinâmicos e graus, esclarecendo que processo de integração representa o desenvolvimento progressivo de ajustamentos cada vez mais complexos entre os vários elementos que compõem a cultura total, e entende-se por grau de integração a extensão que esses ajustamentos podem ter atingido no desenvolvimento cultural.

Assim, os fatores culturais exteriores a uma sociedade são normalmente aceitos e adaptados quando demonstram trazer vantagens para os membros da sociedade receptora, alcançando-se, com maior ou menor extensão e rapidez, uma acomodação cultural dependendo da importância que os traços culturais anteriores representavam.³³

Segundo Alícia Ferreira Gonçalves³⁴, o termo “cultura” já era empregado na Grécia Antiga tanto para designar o conjunto de saberes políticos, filosóficos e morais compartilhados apenas pela aristocracia por processos educativos, como o ato de cultivar a terra. A divergência denota tanto a coexistência de elementos imateriais – ideias, valores – e materiais – a prática e resultados do trabalho agrário – sob o manto de produção cultural, como a distinção das categorias desses elementos, a depender do grupo social do qual eram provenientes – esboços das culturas erudita e popular. Quanto aos indivíduos desprovidos da mesma formação clássica grega, reservava-se a depreciação com o termo “bárbaro”, um reforço histórico à tendência ao menoscabo de outros sistemas culturais, situação agravada por fatores externos ditados pelas tensões sociais de poder, luta de classes e ideologias.

³⁰ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*, p.10

³¹ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p.32

³² MELO, Verônica Vaz de. *Direitos humanos: a proteção do direito à diversidade cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.31

³³ *Apud* CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Op.cit.*, p.36

³⁴ GONÇALVES, Alícia Ferreira. Sobre o conceito de cultura na antropologia. *Cadernos de Estudos Sociais*, Recife, v.25, n.º 01, p.61-74, jan./jun.2010. p.62

Visando ao “[...] estudo científico das origens, evolução, desenvolvimento físico, material e cultural do ser humano”³⁵, a Antropologia ocupou-se da conceituação de cultura, não sem antes arrimar-se em referenciais teóricos que se propusessem a justificar o que são, quais os elementos e como funcionam os sistemas culturais. Roque de Barros Laraia refere-se aos estudos de Edward Tylor, antropólogo inglês do século XIX, como precursor de seu conceito.³⁶ Em 1871, tratou de defini-la como sendo o complexo de conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes, enfim, capacidades e hábitos que o homem adquire na vida em sociedade. Assim, representaria a expressiva dimensão da realidade humana desvinculada do que sói transmitir como herança genética.³⁷

A aceção afinava-se com o pensamento político imperialista europeu de atrelar a produção cultural a processos civilizatórios, de tal sorte que a humanidade ostentaria uma unidade psíquica universal graduada em estágios de desenvolvimento, que partiriam da selvageria para a barbárie, e desta para a civilização. Esta última etapa seria o retrato da Inglaterra Vitoriana nos idos do século XIX³⁸, e com base nesse discurso seria justificável o tratamento dos povos neo-colonizados nas Américas, Ásia e África como atrasados na escala evolutiva, e necessitados da intervenção para abandonar suas práticas ultrapassadas, substituindo-as por padrões eurocêntricos de etnocentrismo.³⁹

Lado outro, a tradição germânica com o termo “*kultur*” traduziria os usos e ideais identitários dos grupamentos. Referia-se a particularismos culturais de possível coexistência, divergindo substancialmente da pretensão universalista encampada pelos etnocêntricos em busca de um estágio final civilizatório, não coincidentemente vislumbrado em suas próprias vivências. Portanto, em “*kultur*” recebem destaque a imaterialidade, a tradição e o relativismo.

[...] espírito – *Geist* que remete à tradição e aos valores nacionais (idiossincráticos) que se contrapõem às forças do progresso. A noção de *Geist* realça os valores espirituais em oposição ao materialismo, as artes e os trabalhos manuais em oposição à ciência e à tecnologia.⁴⁰

No século seguinte, em 1917, foi publicado um artigo intitulado “O Superorgânico”, composição do livro “*El concepto de cultura*”. Seu autor, Alfred Kroeber,

³⁵ Verbete “antropologia” do Dicionário eletrônico *Houaiss*. Disponível em <<http://houaiss.uol.com.br/busca.htm?verbete=antropologia&stipe=k>> Consulta em 28 jun.2012

³⁶ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*, p.25

³⁷ *Ibid.*, p.28.

³⁸ GONÇALVES, Alcía Ferreira. *Sobre o conceito de cultura na antropologia*, p.63

³⁹ LARAIA, Roque de Barros. *Op.cit.*, p.34

⁴⁰ GONÇALVES, Alcía Ferreira. *Op.cit.*, p.63

enfatizava a distinção entre os planos orgânicos, psicológicos e culturais do ser humano, e por consequência bem distinguia os campos de estudo da psicologia e da antropologia. Rechaçava o modelo de evolução marcado por parâmetros de continuidade civilizatória, e sustentava que o progresso cultural não estaria atrelado às bases naturais do ser humano. Cada uma dessas dimensões teria sua própria lógica.⁴¹

Nas considerações de Verônica Vaz de Mello, “segundo o antropólogo, a herança genética não possui correlação com o pensamento e com a forma de agir dos indivíduos, pois todos os atos humanos dependeriam, essencialmente, do processo de aprendizagem.”⁴² A partir de seus esforços criativos, o homem ganhou maior capacidade de adaptação às adversidades naturais, de auto-controle de suas inclinações instintivas e de superação dos desafios que antes o impediam de habitar, subsistir e desenvolver suas atividades laborais nos mais diversos e longínquos lugares do planeta. Resultado disso é que, pautados pelos conhecimentos que compartilham com a comunidade, e valendo-se dos frutos desse processo educacional entre gerações, os indivíduos conseguem superar as limitações impostas pelo meio-ambiente às demais espécies. Surge um universo criativo e funcional de práticas repletas de significação, de inegável condicionamento de suas condutas, e que espelham sua contribuição ao mundo, para além do que dele receberam.

Ante a contribuição da obra de Alfred Kroeber para a concepção moderna do conceito de cultura, convém registrar a síntese do antropólogo Roque de Barros Laraia, quanto a seus marcos contributivos. *In verbis*:

- 1.A cultura, mais do que a herança genética, determina o comportamento do homem e justifica as suas realizações.
- 2.O homem age de acordo com seus padrões culturais. Os seus instintos foram parcialmente anulados pelo longo processo evolutivo por que passou [...].
3. A cultura é o meio de adaptação aos diferentes ambientes ecológicos. Em vez de modificar para isso o seu aparato biológico, o homem modifica o seu equipamento superorgânico.
4. Em decorrência da afirmação anterior, o homem foi capaz de romper as barreiras das diferenças ambientais e transformar toda a terra em seu habitat.
- 5.Adquirindo cultura, o homem passou a depender muito mais do aprendizado do que a agir através de atitudes geneticamente determinadas.
- 6.Como já era do conhecimento da humanidade, desde o Iluminismo, é este processo de aprendizagem (socialização ou endoculturação, não importa o termo) que determina o seu comportamento e a sua capacidade artística ou profissional.

⁴¹ GONÇALVES, Alícia Ferreira. *Sobre o conceito de cultura na antropologia*, p.65

⁴² MELO, Verônica Vaz de. *Direitos humanos: a proteção do direito à diversidade cultural*, p.25

7.A cultura é um processo acumulativo, resultante de toda a experiência histórica das gerações anteriores. Esse processo limita ou estimula a ação criativa do indivíduo.

8.Os gênios são indivíduos altamente inteligentes que tem a oportunidade de utilizar o conhecimento existente a seu dispor, construído pelos participantes vivos e mortos de seu sistema cultural, e criar um novo objeto ou uma nova técnica.[...] ⁴³

Com a progressão teórica de Clifford James Geertz, na segunda metade do século XX, ganhou reforço a refutação antropológica à busca de padrões culturais tendentes à universalização. Visto como um conjugado de suas expressões orgânicas, psicológicas, sociais e culturais, o homem desenvolveria em seus grupamentos particularidades em suas formas de pensar, sentir e expressar-se. O que reproduz como elemento inventivo se agrega às condições naturais de sua existência, como complemento indispensável à sua concepção de integralidade.

Submetendo-se ao governo de programas simbolicamente mediados para a produção de artefatos, organizando a vida social ou expressando emoções, o homem determinou, embora inconscientemente, os estágios culminantes do seu próprio destino biológico. Literalmente, embora inadvertidamente, ele próprio se criou. ⁴⁴

Não há homem sem cultura ⁴⁵, e vice-versa, e justamente porque a criação e reprodução dos elementos culturais está cercada de sentidos e valorações pelo grupo de indivíduos que os compartilha, quem se dispõe a entendê-la lança mão de técnicas e conhecimentos pretéritos de cunho interpretativo.

A partir dessa constatação, o autor [Cliford Geertz] formula um conceito *semiótico de cultura*, cuja utilidade procura mostrar, crendo, com Max Weber, que o homem é um animal inserido em tramas de significações que ele mesmo teceu; considera que a cultura é essa urdidura e que a análise de cultura há de ser, portanto, não uma ciência experimental em busca de leis, mas uma ciência interpretativa em busca de significações. Entendida assim como sistemas em interações de signos interpretáveis (afirma o autor mais adiante), a cultura não é uma entidade, algo a que se podem atribuir de maneira causal acontecimentos sociais, modos de conduta, instituições ou processos sociais; a cultura é um contexto dentro do qual se podem descobrir todos esses fenômenos de maneira tangível, isto é, densa. ⁴⁶

⁴³ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*, p.48-49

⁴⁴ GEERTZ, Clifford James. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1989. p.60

⁴⁵ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional*, p.29

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*, p.33

O sentido interpretativo da formação cultural tem destaque na maciça utilização de símbolos, a ponto de seu uso ter sido apontado por Leslie White como ponto de partida para humanização dos ancestrais. Expõe que o comportamento humano depende dos símbolos, e que sem eles nenhuma manifestação cultural se sustém. Praticam-se condutas, produzem-se e utilizam-se instrumentos que, por si só, tem natureza e uso ordinário díspares do que se pode a partir deles expressar, com o acréscimo de novos significados. Ademais, são formadas marcas e outros sinais com o fito exclusivo de representar ou aludir a outro ente; de *per se* estão desprovidos de sentido.⁴⁷

Mostras dessa correlação indissociável entre homem, cultura e simbolismo acham-se em profusão. Quando a busca em sítios arqueológicos resulta em achados de objetos – produções técnicas ou artesanais do ser humano, é de se ver que o interesse científico não repousa, unicamente, em apresentar à comunidade algo que, num dado momento da história, foi peça de uso pessoal ou socializado. Sua relevância está na tentativa de, a partir dele, reconstruir o sentido de seu emprego e, deste ponto de partida, explicar o modo de ser, pensar e sentir da coletividade humana que o utilizou. Nem mesmo elementos naturais escapam a dimensões de sentido arquitetadas e compartilhadas pelo intelecto humano, servindo com suas peculiares significações para amplas digressões sobre usos e costumes. Segue um exemplo dado por Fustel de Coulanges:

Se relacionarmos agora esse culto do fogo sagrado com o culto dos mortos, há pouco aqui falado, perceberemos entre ambos uma estreita correspondência. Notemos, em primeiro lugar, que esse fogo sagrado no pensamento dos homens não é o mesmo fogo da natureza material. O que nele vemos não é o elemento puramente físico que aquece e ilumina, que transforma os corpos, funde os metais e se torna poderoso instrumento da indústria humana. É um fogo puro, que só pode ser produzido quando auxiliado por certos ritos e só alimentado com determinadas espécies de madeira. É um fogo casto; a união dos sexos deve manter-se longe de sua presença. Não se lhe pede somente a riqueza e a saúde, mas também que conceda ao homem a pureza de coração, a temperança, a sabedoria.⁴⁸

Um simples recipiente cerâmico pode representar artefato de guerra, peça útil ao serviço culinário, elemento de rituais funerários e/ou religiosos, e compreendida sua funcionalidade, mais se sabe sobre quem um dia dele se valeu. A busca de respostas sobre seu uso não se limita a necessidades advindas de imperativos orgânicos de subsistência, mas avança rumo a mais elaboradas formas de ordenação social. Por exemplo, uma mesma peça

⁴⁷ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional*, p.27

⁴⁸ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003. p.33

de roupa, tingida de cores diversas, serve igualmente à proteção do corpo, mas pode sinalizar o pertencimento a distintas castas ou exercício de profissões determinadas, e por isso mesmo advertir ao restante da população a exigência de um tratamento particular dirigido a quem está trajado.

Visto como a cultura não se explica sem o homem, a idealização deste também pressupõe elementos culturais. Perguntado sobre como seria um brasileiro, a descrição por certo não se restringiria a características anátomo-fisiológicas da média da população. Estariam contemplados traços de sua expressão psíquica, sentimental, comportamentos sociais, organização dos núcleos familiares, forma de gestão da política, interação econômica, religiosidade, enfim, um apanhado de informações estranhas a sua herança meramente genética, sem o que não se consegue cogitar de uma identidade nacional diferenciada dos outros povos. Adiante, emergirá a implicação jurídica desse conjunto de características nacionais, enunciadas na conformação de patrimônio, como discorre Danilo Fontenele Sampaio Cunha:

Pois bem, um Estado tem seu corpo, representado por seus prédios, monumentos, praças e espaços, mas também tem sua alma, que é o seu povo, e esta suas matizes: esse é o patrimônio imaterial; assim, cada povo possui uma alma repleta de cores que variam conforme se vá às serras, ao sertão, vales e litoral e é esta própria diversidade de gestos, vozes, movimentos, cores e ações, que faz parte de nosso patrimônio, o nosso próprio jeito de rir e fazer rir, escrever, falar, cozinhar, dançar, rezar, vestir, cantar, criar, artesanizar, contar histórias, estudar, produzir, pensar sobre si mesmo e lidar com a própria vida.⁴⁹

Essa visão científica relativista do fenômeno cultural, afinou-se com as tendências políticas e sociais do pós- 2ª Guerra Mundial, orientadas à pacificação dos povos com respeito a suas peculiaridades de crença e vida. Foi notória a teorização de Claude Lévi-Strauss, no sentido de que a coexistência das diferentes culturas consistiria em atual mecanismo de promoção do ideal de igualdade entre os homens. E nisso seriam considerados não só o acesso a construções materiais da humanidade – prédios, objetos, artefatos, etc. – mas especialmente expressões intangíveis da vida em sociedade, tais como costumes e tradições.

Segundo Regina Abreu, levando-se em conta as defesas teóricas deste antropólogo, e o volume de produções acadêmicas na segunda metade do século XX, assim se podia sintetizar o entendimento de pluralidade e iniciativas preservacionistas, adiante

⁴⁹ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional*, p.121

culminadas na edição de instrumentos normativos voltados à tutela dos variados elementos culturais:

Duas concepções afirmaram-se: em primeiro lugar, a de que no interior mesmo do contexto nacional existiam culturas diversas e plurais, ou seja, a de que cada nação comportaria uma infinidade de culturas e subculturas; em segundo, a noção de que a cultura congregava bens materiais e imateriais ou intangíveis. É nessa época que se fomentou o trabalho de folcloristas e antropólogos, capazes de inventariar as tradições, as narrativas orais, as diversas formas de musicalidade e de inventiva poética popular. Se até então na trajetória do patrimônio predominara a ação envolvendo bens relativos à cultura material, em que a ênfase girou em torno de bens com atribuição de valor artístico e histórico, a apropriação do conceito antropológico de cultura no campo do patrimônio revelou uma passagem importante.⁵⁰

Ademais da antropologia, a sociologia também se curvou à explicação da cultura enquanto fenômeno da organização social. Criada, absorvida das gerações precedentes, vivida e transmitida entre indivíduos, por certo pressupõe a socialização dos sujeitos que a expressam, e mais do que isso, a coesão dos grupos em torno de propósitos, valores e instrumentos comunicativos de interação. Sem eles, não se arregimentam os consensos em redor de suas significações e usos, balizas imprescindíveis ao compartilhamento de seu produto.

A dinâmica social da cultura, portanto, se habilita à compreensão da vida gregária, e traça diálogos com a filosofia e a política refletindo, por exemplo, sobre a natureza política do ser humano e sua natural necessidade de associar-se a outros para, de sua convivência e interação, suprir suas necessidades⁵¹, pois “[...] cada indivíduo por si a si mesmo não é suficiente[...]”⁵². Ou, ainda, sobre a imprescindibilidade dos espaços coletivos e de seus respectivos critérios organizativos, influenciando a endoculturação e a formação de tradições, a exemplo da remota aglutinação familiar romana e seus rituais domésticos de culto às divindades.⁵³

Eventos culturais associados a crenças, tradições e estímulos à reprodução de valores foram matéria de discussão sociológica com desdobramentos econômicos. Na ótica de Karl Marx, “[...] o modo de produção na vida material determina o caráter geral dos

⁵⁰ ABREU, Regina. A emergência do patrimônio genético e a nova configuração do campo do patrimônio. In: ABREU, Regina (org.) *Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p.33

⁵¹ Santo Tomás de AQUINO, *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.10

⁵² ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004. p.15

⁵³ COULANGES, Fustel de *A cidade antiga*, p.128

processos de vida social, política e espiritual.”⁵⁴ Defendia que os mecanismos de produção e distribuição da riqueza tinham repercussão imediata na formação do ideário e práticas populares, ou seja, para ele a economia – infraestrutura - era um forte fator condicionante dos moldes de se criar e reproduzir cultura - superestrutura.

Noutra vertente, encontra-se na obra de Max Weber densa defesa quanto à repercussão de certos padrões retirados de uma cultura afeta à religiosidade, como arcabouço ao fomento econômico. Em sua dicção sobre “a Ética Protestante e o Espírito Capitalista”, explica que a correção moral, o ascetismo e a assunção do trabalho vocacionado como compromisso de vida, legitimaram a perseguição de interesses pecuniários e o surgimento de uma “ética econômica especificamente burguesa”. A forma capitalista de organizar e explorar os meios de produção espelhou a cultura de inspiração protestante⁵⁵, invertendo a proposição teórica anterior, para explicar as bases materiais da sociedade a partir de suas convicções religiosas, ou seja, a economia fundada em elementos culturais intangíveis.

Abrindo um parêntese, a par das discussões sobre a medida de interferência entre economia e cultura, hoje é pacífico que uma é capaz de repercutir favoravelmente à outra, como medida de fomento ao desenvolvimento social do país. Veja-se que no ano de 2001, o mercado de trabalho no setor cultural já absorvia 5,8% da população economicamente ativa no Brasil, com rendimento médio 56% superior ao previsto por hora trabalhada no restante do mercado de trabalho (cultura pró-fator econômico), ao passo que mecanismos governamentais de resultado financeiro, tais como recursos orçamentários, incentivos fiscais e fundos de investimento, justificam-se para proteção e fomento da produção cultural (iniciativa econômica pró-cultura).⁵⁶

Voltando ao campo sociológico, Boaventura de Souza Santos, para quem cultura é um “[...] processo social construído sobre a interceptação entre o universal e o particular [...]”⁵⁷, analisa a multiplicidade de manifestações culturais no tempo e no espaço, para concluir que nenhum de seus sistemas alcança a completude. Todos são complexos em sua estrutura e dinâmica, mas insuficientes para abarcar a significação de toda a realidade humana. Aliás, caso algum sistema cultural fosse completo, seria desnecessária no plexo de relações sociais a coexistência de tantos outros. Sendo assim, propõe o diálogo entre culturas

⁵⁴ Apud HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Trad. Waltensir Dutra. 21.ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1986. p.204

⁵⁵ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004. *passim*

⁵⁶ SILVA, Frederico A. Barbosa da. *Economia e política cultural: acesso, emprego e financiamento*. Brasília: Ministério da Cultura, 2007. p.86; 105; 173

⁵⁷ Apud MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.24

através do que chamou de “hermenêutica diatópica”, um processo dialógico em que se parte do pressuposto de que o sistema cultural do participante “[...] não fornece respostas satisfatórias para todas as nossas questões, perplexidades ou aspirações [...]”, enquanto de outras culturas podem ser extraídos fundamentos válidos e relevantes para satisfazer essa sorte de indagações.⁵⁸

Para viabilizar esse diálogo intercultural, elenca dois imperativos de necessária adesão entre os envolvidos:

O primeiro diz que ‘das diferentes versões de uma dada cultura, deve ser escolhida aquela que representa o círculo mais amplo de reciprocidade dentro dessa cultura, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro’; o segundo afirma que ‘as pessoas e os grupos sociais tem o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza’.⁵⁹

Dentro desse contexto teórico, o entendimento da incompletude cultural não se presta à mera descrição de fatos sociais. Propõe estratégia útil à emancipação humana com respeito à sua inerente dignidade, vez que conhecida e respeitada a realidade do outro. Mais que isso, promovida a amistosa troca de informações culturais, torna-se possível avançar rumo a decisões e iniciativas servientes a interesses legítimos de ambas as partes.

Frise-se que a formação de padrões culturais envolve a eleição de tipos ideais de condutas reputados úteis, agradáveis ou de qualquer sorte benéficos às necessidades, anseios, receios e esperanças daquela coletividade. Há nisso uma ponderação axiológica: “[...] criar cultura, no fundo, consiste em transformar realidades naturais ou sociais, mediante a impregnação de valores [...]”⁶⁰. E ainda:

Ora, a cultura não é algo de intercalado entre a natureza e o valor, ocupando um vazio deixado por ambos, mas é antes a projeção que resulta da interação de ‘fatos naturais’ e ‘sentidos de valor’. É a razão pela qual afirmamos que a ‘cultura é enquanto deve ser’, na medida em que ela implica sempre algo referido a valores com a concomitante exigência da ação que lhes corresponde.⁶¹

⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel *et alli*. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.33

⁵⁹ *Apud* MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*, p.25

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*, p.32

⁶¹ REALE, Miguel. *Experiência e cultura*, p.279

Por todo o exposto, e reiterado o interesse de ilustração da matéria, foi possível verificar que, quando o direito se propõe a tutelar a cultura, volta-se à produção e emprego de normas sobre objeto de criação humana; que não se confunde com sua natureza biológica, mas dela não prescinde e conserva recíproca influência; desdobrado em elementos materiais e outros intangíveis; mutável no tempo e no espaço; multifacetário em sua estrutura; alvo de interdisciplinaridade; útil à identidade de sujeitos e coletividades que se completam em humanidade, pelo somatório de suas dimensões culturais, psicológicas, sociais e biológicas; comum ao grupo que dele participa em maior medida criativa e de reprodução, mas parcialmente coincidente e colidente com outros sistemas culturais contemporâneos; assimilado e transmitido entre gerações; orientado a valores.

Na tentativa de abarcar essas características, muitos foram os conceitos formulados sobre o que seria cultura, dentre os quais, dada sua base científica e relevância política e jurídica perante a comunidade internacional, é transcrito o proposto pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), no preâmbulo da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (2002), em consonância com as conclusões da Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais (México, 1982), da Comissão Mundial de Cultura e Desenvolvimento (1995) e da Conferência Intergovernamental sobre Políticas Culturais para o Desenvolvimento (Estocolmo, 1998), *litteris*:

[...] a cultura deve ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças.⁶²

Nota-se que carrega evidente orientação da Antropologia, mesmo porque, na doutrina de Sandra Pelegrini e Pedro Paulo Funari, enquanto construção científica, o conceito de cultura se inscreve em seus limites, para só então afinar-se com a produção de outras áreas do conhecimento, tais como a História, a Filosofia e a Linguística.⁶³ No mesmo sentido, a orientação do constitucionalista Peter Häberle, sobre o emprego do tratamento cultural na área do direito.

⁶² Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>> Acesso em 19 jun.2012

⁶³ PELEGRINI, Sandra C.A.; FUNARI, Pedro Paulo. *O que é patrimônio cultural imaterial*. São Paulo: Brasiliense, 2008. p.15

Geralmente, a ciência juspublicista parte de um sentido restrito de cultura. Isso significa que se relacionam o Estado e a cultura em três níveis: educação ou formação, ciência e criação artística. Porém, não se pode inferir um conceito central de cultura, jurídico ou estatal, mas, ao contrário, a ideia de cultura deve ser adequada a partir de dados e definições sociológicas e antropológicas.⁶⁴

Foi justamente este o viés de constitucionalização do objeto cultural, dando ensejo ao aproveitamento das considerações anteriores para melhor compreender tanto o direito material empregado à sua tutela, quanto as normas processuais que, em último caso, servem ao mesmo propósito de incentivo e proteção das práticas e elementos culturais caros à identidade nacional.

Que compreensão da cultura tem a Constituição? Que concepção adota entre as diversas concepções de cultura? A mais difundida é a concepção antropológica, que a tem como um ‘conjunto integral constituído pelos utensílios e bens dos consumidores, pelo corpo de normas que rege os diversos grupos sociais, pelas ideias e artesanato, crenças e costumes’, ou como ‘conjunto complexo que inclui conhecimento, crença, arte, moral, lei, costumes e várias outras aptidões e hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade’, ou como um sistema de hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade’, ou como um sistema de hábitos que são compartilhados por membros de uma sociedade, seja ela uma tribo ou uma nação civilizada. Melhor assim, porque retira do conceito aquela impressão de que cultura seria um conglomerado de objetos, utensílios, artefatos, crenças etc., pois o que a caracteriza é a idéia de conexão e complementaridade dos traços que a integram.⁶⁵

Antes de se avançar para o específico regramento do patrimônio cultural imaterial e sua linha evolutiva, abordando-se os traços principiológicos que bem assinalam as opções axiológicas da tutela cultural assumidas pelo legislador pátrio, melhor lançar luzes à macro-realidade em que inserido o objeto material considerado nessas linhas.

Transformar a cultura, e sua espécie imaterial, em objeto de direito configura também uma resposta a outro fenômeno do mundo dos fatos – o acirramento da globalização. Conforme será tratado, viabilizar a produção, acesso, convivência e sobrevivência do multiculturalismo, satisfaz condicionamento ao equânime acesso à ordem jurídica, razão por que destacada sua implicação com os hodiernos contornos da cidadania.

⁶⁴ *Apud* NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita*. São Paulo: LTr, 2011. p.190

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*, p.29

1.3 A proteção jurídica dos direitos culturais enquanto instrumento de efetivação da cidadania complexa e global

Dalmo de Abreu Dallari atesta que o termo cidadania, hoje empregado para incluir, serviu, por séculos, para segregar, legitimar privilégios e manter apartados do exercício de direitos amplos setores da sociedade, ora discriminados por sexo, etnia, nacionalidade ou condições sócio-econômicas, em decorrência de não pertencerem ao restrito círculo de indivíduos a quem era reconhecida sua titularidade.⁶⁶

Arno Dal Ri Júnior remonta os primórdios da cidadania à *virtude cívica* contemplada pelo direito grego antigo⁶⁷, somente avistada em homens livres que pudessem pegar em armas e defender sua cidade-Estado. Coube ao direito romano juridicizar o conceito de cidadania⁶⁸, vinculando-o à noção de *status civitatis*. Nos primórdios da civilização romana, o pertencimento à *gens* (clã de origem rural) garantia aos seus homens a liberdade e o *status* de cidadãos. Diferentes graus de qualidade e extensão de direitos vieram com a expansão da República e incorporação de territórios.

Após, estruturado o Império Romano e uma vez em declínio, instaurou-se o feudalismo. Num contexto fragmentário dos núcleos campestres de produção e circulação das riquezas, atrelados à unidade religiosa e política da Igreja Católica Romana e à submissão militarista de um soberano sobre seus vassallos, a noção de cidadania cedeu lugar à uniformização da qualidade jurídica de súditos e, religiosamente, de membros da universalidade dos filhos de Deus.

Mais tarde, sob a égide do Estado Moderno, adveio da obra do filósofo francês Jean Bodin a reconstrução política da cidadania⁶⁹, desta feita vinculada às concepções de nacionalidade e soberania, para justificar a existência e características dos vínculos diretos e ilimitados que uniam cada indivíduo – cidadão - ao soberano, independentemente dos círculos desconcentrados de poder típicos do sistema feudal. Estava aí implicada a tradicional correlação entre cidadania e nacionalidade⁷⁰.

⁶⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2.ed. São Paulo: Moderna, 2004. p.17

⁶⁷ DAL RI JÚNIOR, Arno. Evolução histórica e fundamentos políticos-jurídicos da cidadania. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de. (org.) *Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas: nacionais – regionais – globais*. 2.ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003. p.26-29

⁶⁸ OLIVEIRA, Odete Maria de. A era da globalização e a emergente cidadania global. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de. (Org.) *Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas: nacionais – regionais – globais*. 2.ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003. p.486

⁶⁹ CAMPOS, Eduardo Nunes. *O lugar do cidadão nos processos de integração: o déficit social na Comunidade Européia e no Mercosul*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.38

⁷⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p.49-50

Sobreveio a Revolução Francesa, e para o Estado Liberal que se anunciava, a cidadania constituía uma abstração útil à constituição, fundamento e legitimidade do poder político⁷¹, pois partia do pressuposto de igualdade formal dos indivíduos perante o ordenamento jurídico. Interessante notar que o vínculo jurídico abstrato não era suficiente à consolidação do Estado Nacional. À parte do arcabouço jurídico, o fomento à identidade cultural tornou-se providência indispensável à coesão do povo sob a soberania da nova conformação estatal.

O século XIX foi o grande propulsor do nacionalismo e não se pode separar a cultura da construção dos Estados nacionais. A partir da Revolução Francesa, no final do século XVIII, os antigos ordenamentos de origem feudal entram em crise. Os Estados, baseados na fidelidade ao rei de direito divino, são superados por um novo tipo de formação estatal: a nação. Sem rei para unificar os súditos, partia-se do compartilhamento de um território, língua e origem étnica. Nada disso havia. Era necessário criar tais unidades territoriais, linguísticas e étnicas. Houve casos extremos. A Itália fora criada como nação sem que seus habitantes soubessem a língua italiana (conhecida por 5% da população). Como se disse à época: criada a Itália, é necessário criar os italianos. (Massimo D'Azeglio: *fatta l'italia, facciano gli italiani*). Para isso, era necessário difundir, por meio da escola, valores como a língua nacional e as supostas origens comuns. Aí, reaparece a cultura.⁷²

A Idade Contemporânea iniciada em fins do século XIX, assimilou progressos tecnológicos que aceleraram o processo de globalização.⁷³ Pessoas físicas e jurídicas tornaram-se sujeitos mais atuantes em relações jurídicas internacionais. Conseqüentemente, o acesso franqueado a um sistema ordenado de direitos não mais se amolda aos entraves de uma cidadania delimitada pela nacionalidade. A tônica é de alcance cosmopolita⁷⁴, que propugna a acessibilidade aos proveitos do direito independentemente de delimitações territoriais, mesmo porque decisões de relevância mundial para os rumos da economia e ciência, com a torrente de implicações decorrentes para os grupos e indivíduos singularmente considerados, não mais se encontram monopolizadas em mãos dos Estados, mas sim no âmbito de poder dos atores econômicos transnacionais.⁷⁵

Convém ressaltar que a projeção dos sujeitos em âmbito extra-nacional não lhes retira o suporte jurídico. Nem as aludidas corporações de forte poderio econômico agem

⁷¹ CAMPOS, Eduardo Nunes. *O lugar do cidadão nos processos de integração: o déficit social na Comunidade Européia e no Mercosul*, p.38-39

⁷² PELEGRINI, Sandra C.A.; FUNARI, Pedro Paulo. *O que é patrimônio cultural imaterial*, p.14-15

⁷³ OLIVEIRA, Maria Odete de. *A era da globalização e a emergente cidadania global*, p. 467

⁷⁴ DAL RI JÚNIOR, Arno. *Evolução histórica e fundamentos políticos-jurídicos da cidadania*, p.79

⁷⁵ COELHO, Edihermes Marques. *Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p.50-51

no mercado internacional desvinculadas de fontes normativas; segundo Francesco Galgano, estas se valem de estipulações contratuais e de um conjunto de costumes uniformes constitutivos da nova *Lex Mercatoria*, aceitos pelo Unidroit e aplicados pelas Cortes de Arbitragem.⁷⁶

Tratando-se de pessoas físicas atuando como particulares em seu próprio interesse, vivem um movimento de expansão de sua esfera jurídica, que se vê albergada por um mínimo irrenunciável e reconhecido como direito fundamental, em respeito à dignidade da pessoa humana. Avançam também noutras frentes, compondo forças propulsoras na sociedade civil, em contrariedade aos ditames egoísticos de mercado e autoritarismo estatal. Lutam e constroem direitos, ao invés de quedar à espera de regramentos benéficos contratuais ou publicação de leis por iniciativa exclusiva dos conglomerados econômicos ou dos corpos políticos estatais.

[...] essas entidades e movimentos da sociedade civil, de caráter não-governamental, não-mercantil, não-corporativo e não-partidário, podem assumir um papel estratégico quando se transformam em sujeitos políticos autônomos e levantam a bandeira da ética, da cidadania, da democracia e da busca de um novo padrão de desenvolvimento que não produza a exclusão social e a degradação ambiental.⁷⁷

A mera desconsideração da nacionalidade, como que a suprimindo, e divorciada de mecanismos outros de concessão de direitos, redundaria nos nefastos efeitos da apatridia⁷⁸ e na frontal negação do conteúdo essencial de cidadania, ora sintetizada como o direito de ter direitos. A proposição é lógica: se todos os humanos, na ordem internacional, são titulares de direitos fundamentais; e se a cidadania é o direito a ter direitos; logo, todos os indivíduos são considerados cidadãos em âmbito global, como pressuposto de titularidade e exercício desses direitos fundamentais.

A cidadania, que por séculos se estreitou com a vida política de uma nação, agora tende a vincular-se com maior afinidade à vivência dos direitos fundamentais. Ela “[...] teria uma proteção transnacional, como os direitos humanos. Por esta concepção, seria possível pertencer a uma comunidade política, e ter participação independentemente da questão da nacionalidade.”⁷⁹ Para confirmá-lo, serve a tônica de três das principais teorias

⁷⁶ GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. p.45-52

⁷⁷ VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1998. p.66

⁷⁸ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p.166.

⁷⁹ VIEIRA, Liszt. *Op.cit.*, p.32

enunciadas no século XX sobre o tema, as denominadas cidadanias integrada, diferenciada e complexa, sistematizadas na obra de José Rubio Carracedo.⁸⁰

Inicia-se pela obra de Thomas Humprey Marshall e sua *ciudadania social*, enunciada no contexto de um Estado prestacionista pós-liberal, para reconhecer como cidadão social o indivíduo a quem conferidos direitos civis e sociais.⁸¹ As principais críticas a essa teoria negam a possibilidade de inserção dos direitos sociais dentre os conteúdos da cidadania política, a uma por se confirmarem como construção histórica; a duas pela crise do Estado do bem-estar social, inapto a garanti-los em proporções universais.⁸² Carracedo intitula a proposição de Marshall como cidadania integrada, por focar principalmente um ideal normativo de identidade compartilhada que impulsionava a integração dos indivíduos ao Estado.

Prossegue o autor espanhol referindo-se à construção teórica de Iris M. Young, relativa à cidadania diferenciada, que se pretendia ajustar ao ideal normativo de plena integração ao Estado de cidadãos livres e iguais. O alcance de sua finalidade dependia da adoção de políticas públicas específicas que permitissem aos grupos sociais desfavorecidos, marginalizados, e às minorias étnicas, religiosas e culturais a inserção nas dinâmicas do Estado, sem por isso perder seus traços identificadores, que lhes conferem identidade como indivíduos e como grupos. Para Carracedo, essa proposta não responde à indagação de como melhorar a qualidade dessa integração. Passa então a expor sua própria visão sobre o tema, sistematizada na ideia de uma cidadania complexa.

A exemplo da teoria anterior, toma por premissa a necessidade de considerar a realidade fática envolvida na realização da cidadania. Fazê-lo significa deparar-se com Estados multiétnicos e plurinacionais, onde não raro o grupo sociocultural majoritário converte em traços secundários, folclóricos ou pitorescos as características diferenciadoras das minorias étnicas e sociais, com o indesejável resultado de conversão dos grupos minoritários em cidadãos de segunda classe. Implementar a construção de uma identidade comum com respeito às legítimas distinções étnico-culturais dos indivíduos e grupos contemplados exigiria a adoção de políticas de universalização dos direitos fundamentais, reconhecimento dos traços culturais diferenciadores e, mais que isso, promoção dessa cultura sempre que seus objetivos fossem congruentes com as exigências da política universalista de garantia dos direitos fundamentais. Mecanismo disponível para fazê-lo é a tutela jurídica do

⁸⁰ CARRACEDO, José Rubio; ROSALES, José María; MÉNDEZ, Manuel Toscano. *Ciudadanía, nacionalismo e derechos humanos*. Madrid: Trotta, 2000. p.21-34

⁸¹ VIEIRA, Liszt. *Ciudadania e globalização*, p.22

⁸² Cf. OLIVEIRA, Odete Maria de. *A era da globalização e a emergente cidadania global*, p.494

patrimônio cultural imaterial, cujas finalidades contemplam a reversão do menoscabo histórico aos núcleos culturais identitários dos grupos hipossuficientes.

Historicamente as expressões das culturas tradicionais foram alvo de diferentes tipos de perseguições e em vários casos, a liberdade de exercerem suas práticas esteve cerceada por impositivos políticos e em alguns casos religiosos. Várias referências culturais de diferentes comunidades tradicionais estiveram, sob diversas situações, reprimidas a ponto de perderem-se ao longo do tempo. Com vistas a evitar sobreposições culturais e cerceamentos políticos, órgãos nacionais e internacionais esforçam-se em garantir as condições para que as culturas tradicionais possam se manifestar e se reproduzir. A noção de patrimônio relacionada às culturas populares, no entanto, deve levar em consideração a teia de relações envolvida na geração, transmissão e consumo dos bens culturais. Além disso, o grande desafio é evitar que essas manifestações se tornem padronizadas ou mesmo "petrificadas".⁸³

Nesse ponto, a evolução do conceito de cidadania que, especialmente no século XX, ganhou evidente aproximação dos direitos fundamentais, encontra como desafio para efetivação de seus ditames uma postura de reconhecimento, incentivo e proteção da cultura, em toda sua multiplicidade, enquanto instrumento de inserção dos indivíduos numa ordem jurídica que os considere iguais em dignidade, a despeito de suas diferenças.

A cidadania enquanto vivência dos direitos humanos é uma conquista da burguesia: direitos de cidadania são os direitos humanos, que passam a constituir-se em conquista da própria humanidade. A cidadania, pois, significa a realização democrática de uma sociedade, compartilhada por todos os indivíduos ao ponto de garantir a todos o acesso ao espaço público e condições de sobrevivência digna, tendo como valor-fonte a plenitude da vida. Isso exige organização e articulação política da população voltada para a superação da exclusão existente.⁸⁴

Compulsados os termos da Constituição Republicana de 1988, é de se notar que as duas nuances pós-modernas de cidadania, direitos fundamentais e reconhecimento e integração das diferenças, encontram amparo em normas específicas, cuja aplicação sistemática inviabiliza a limitação do exercício da cidadania aos moldes da atuação política ou à exclusiva legitimação dos nacionais. Do artigo 5º, *caput*, extrai-se que os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos titularizam-se não só por nacionais, mas também por estrangeiros que se encontrem sob o âmbito de jurisdição do Estado brasileiro, ou seja, a

⁸³ COUCEIRO, Sylvia. *Patrimônio imaterial: debates contemporâneos*. In: Cadernos de Estudos Sociais, Recife, v.24, n.2, p.151-160, jul./dez. 2008. p.156

⁸⁴ CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. 3.ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002. p.217

ausência do vínculo político de nacionalidade não retira dos que assim se apresentem o direito de ver conservada sua esfera jurídica, no mínimo, com o conteúdo de direitos fundamentais assegurados pelo direito brasileiro.

Por expressa previsão do constituinte, no mesmo dispositivo, agora em seu §2º, não se fala em *numerus clausus* quando a matéria é juridicização de direitos humanos. Ademais daqueles enumerados pelo texto constitucional, tanto nacionais como estrangeiros podem gozar de outros direitos e garantias decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição, incluindo aqueles contemplados por tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O patrimônio jurídico dos indivíduos e grupos, conseqüentemente, ultrapassa as barreiras da normatividade interna, para alcançar o que em seu benefício é regrado em âmbito internacional. Eis que se lhes reconhece o direito a acessá-los, a conclusão é de que, por essa via, a Constituição se compatibilizou com a previsão dogmática de uma cidadania global.

No que tange ao respeito e integração das diferenças, é ilustrado pelo objetivo fundamental de promoção do bem de todos, sem preconceitos, como se inscreve no artigo 3º, inciso IV. A aplicação dessa norma admite como pressupostos: (i) o conhecimento das distinções materiais entre os sujeitos de direito, seguindo a iniciativa da própria Constituição, por exemplo, ao reconhecer as dificuldades de ingresso dos deficientes físicos no mercado de trabalho, e resguardar-lhes percentual de vagas no acesso ao serviço público, a teor do artigo 37, inciso VIII; (ii) postura de pacífica convivência, pois o enfrentamento ou a rejeição são expressões do aludido preconceito rejeitado pela Lei Maior; (iii) a acessibilidade universal aos benefícios da ordem jurídica e social, na medida em que as conquistas almejadas pelo Estado não de se reverter a bem de todos.

O entendimento hodierno da cidadania, como exposto, passa pela problemática de relações em rede, globalizadas. Sobre a plurivocidade do termo “globalização”, Odete Maria de Oliveira lembra que um de seus significados é justamente de “padronização do comportamento humano, estandardização das culturas e das identidades dos povos”⁸⁵, embora reconheça a predominância do aspecto econômico no entendimento desse fenômeno. Fala-se até em perda da identidade cultural, desencadeada em larga medida pelos avanços das tecnologias do produto industrial e da comunicação audiovisual, sem a correspondente contrapartida de estímulo à vivência dos valores peculiares aos segmentos

⁸⁵ OLIVEIRA, Odete Maria de. *A era da globalização e a emergente cidadania global*, p.473

sociais, em detrimento da propagação maciça dos parâmetros culturais hegemônicos da programação veiculada pelos meios de comunicação de massa.⁸⁶

Pressupondo diferenças e a convivência pacífica entre elas, a cidadania global não se coaduna com o desaparecimento forçado de padrões culturais das minorias étnicas, dos pequenos grupos sociais ou dos povos menos abastados economicamente. Se a todos é assegurado o direito à cultura, alijá-los da vivência e perpetuação de suas próprias referências é resultado de inocuidade da tutela dos direitos fundamentais, há longa data apontada pelos estudiosos do fenômeno da globalização como um de seus nefastos efeitos.

Para o direito internacional essa é uma preocupação evidente, tanto que a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003) reconhece em seu preâmbulo que

[...] os processos de mundialização e de transformação social, ao mesmo tempo em que criam as condições propícias para um diálogo renovado entre as comunidades, também trazem consigo os fenômenos da intolerância e graves riscos de deterioração, desaparecimento e destruição do patrimônio cultural imaterial, especialmente por causa da falta de recursos para sua salvaguarda.

Ante as conclusões anteriores no sentido de que o homem, enquanto membro de grupos socializados e também em sua instância individualizada de vida⁸⁷, forma-se pelos parâmetros culturais acrescidos a sua natureza biológica, é de se notar que obrigá-lo por padrões impositivos externos a negar-se ante um sistema dominante, significa alijá-lo de parte do que se consolidou como sua essência.

E mais do que atentar contra a dignidade dos indivíduos, a derrocada dos modos de ser, pensar e agir transpostos para as práticas históricas das minorias representa graves perdas para a humanidade. A diversidade cultural hoje reclama atenção e fomento institucional por parte da comunidade internacional, pois consiste em verdadeiro patrimônio mundial:

Ela [diversidade cultural] é a “reserva etológica” (modelos comportamentais) da humanidade. É o resultado do complexo processo de adaptação dos humanos aos mais diversos tipos de ambientes. É a superação

⁸⁶ MAGALHÃES, Aloísio. *E triunfo?: a questão dos bens culturais no Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 54

⁸⁷ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional*, p.31

dos obstáculos ao desenvolvimento da vida humana. Assim, nenhuma cultura merece destaque. Todas tem o seu valor.⁸⁸

Uma forma de compatibilizar a estimulação e respeito às diferenças culturais⁸⁹, sem o intento infrutífero de obstar a globalização, é a tutela dos elementos culturais locais, permitindo-lhes a sobrevivência às pressões homogeneizantes impostas pelo poder econômico global. As distinções dos tipos humanos e costumes, a seu turno, podem ser tomadas como resistência da identidade nacional⁹⁰, impulso de sobrevivência frente às pressões que lhe impõem o esgotamento ou a transformação em simples mercadoria.

Castells (1999) [...] defende a tese de que a busca por diferenciação simbólica é um fenômeno decorrente das contingências encetadas pelas transformações estruturais, que se processam em escala global, condição essa que fragiliza o antigo terreno sobre o qual foram erguidos os processos de construção da identidade durante a modernidade. Na "era da informação", a forma de organização social- a "sociedade em rede" - está fincada naquilo que o autor denomina de "disjunção sistêmica entre o global e o local para a maioria dos grupos sociais" (CASTELLS, 1999, p. 27). Sob esse novo eixo, continua o autor, vai se deflagrar uma espécie de "encolhimento" das sociedades civis na medida em que ocorre uma disjunção "entre a lógica da criação de poder na rede global e a lógica de associação e reapresentação em sociedades e culturas específicas". Em meio a esse contexto, conclui o autor, a busca pela distinção simbólica ocorre como uma reação defensiva e um modo de contestação à globalização, processo refletido na reedificação de identidades culturais que têm como eixo princípios comunais.⁹¹

Além disso, no caso de países como o Brasil, marcados pela multiplicidade de suas matrizes culturais e ainda envolvidos num processo construtivo da identidade nacional, realçar suas práticas e valores contribui para a posterior conformação da ordem política e econômica às peculiaridades de seu povo. Por certo, a adequação dessas iniciativas redundará na futura exação de comandos normativos compatíveis com as necessidades e reclamos sociais, mais uma vez fomentando o gozo de cidadania útil à coexistência pacífica e à tutela pluralística dos reclames sociais.

O processo de registro correspondeu, historicamente, a essas necessidades e, com vistas a efetivar em sua prática os conteúdos constitucionais de cultura e de cidadania, há

⁸⁸ NOVAES SOBRINHO, Lafayette Garcia. NOVAES SOBRINHO, Lafayette Garcia. Da mundialização da proteção patrimonial à proteção do patrimônio mundial. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.) *O novo direito internacional do meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2011. p.362

⁸⁹ CAMPOS, Eduardo Nunes. *O lugar do cidadão nos processos de integração*: o déficit social na Comunidade Européia e no Mercosul, p.71

⁹⁰ FEGHALI, Jandira. Cidades e cultura. *Princípios*, São Paulo, n.110, p.36-41, nov./jan. 2010/2011. p.36

⁹¹ *Apud* GUSMÃO, Milene Silveira; FARIAS, Edson. (org.) *O mesmo e o diverso*: olhares sobre cultura, memória e desenvolvimento. Vitória da Conquista: UESB, 2010. p.64-65

de resguardar ao longo de toda a sua tramitação, oportunidades efetivas de participação popular, eis que coletivizados tanto a produção e conservação desse patrimônio no espaço e no tempo, como sua respectiva titularidade. Todos quantos o reconheçam como “parte integrante de seu patrimônio cultural” terão assegurada a ordeira manifestação em contraditório e a possibilidade de influir na produção de prova relevante para o deslinde da matéria, sem prejuízo de eventuais contraposições individuais ou plúrimas a certos atos ou ao todo processual, fundadas na legítima defesa de interesses, alguns inclusive destacáveis como de relevo público.

A orquestração das medidas protetivas, versadas na projeção dos sujeitos a realidades econômicas, jurídicas e sociais que os acolham em sua essência de igualitária dignidade, deve atentar-se para o fato de que no contexto de globalização e forte domínio econômico, podem tornar-se valiosos instrumentos para a formação de “produto cultural” comercializável. Em síntese, as imagens e signos da identidade cultural tornam-se mercadorias da indústria cultural e do turismo⁹², e caso se desloquem da vivência natural e espontânea dos grupos de origem para atingir o fim precípua de reprodução do capital, já não mais representam a promoção de direitos acima pontuada.

Por todo o exposto, vê-se com clareza que a perda da variedade cultural e a submissão dos povos a padrões hegemônicos de pensamento e comportamento atentam contra a dignidade alçada a princípio constitucional – direito básico a ser e viver conforme suas próprias características – e prejudica o exercício de direitos das minorias, que ao invés de acessar a uma ordem jurídica que as integre, são estigmatizadas ou negam-se a si mesmas para alcançar proveitos que, de outra forma, não lhes seriam acessíveis.

Com vistas a evitar essas perdas e alcançar o que de positivo se extraia da respectiva tutela, a proteção dos direitos culturais, inclusive versados em patrimônio intangível, alcançou *status* jurídico privilegiado. Mas antes mesmo que viesse consagrado no aparato constitucional brasileiro sob a forma de direitos fundamentais, defluíram de longo processo histórico que, somente nas últimas décadas do século XX, reservou espaço próprio ao incentivo e preservação do patrimônio imaterial. É essa a matéria que se passa a expor.

⁹² GUSMÃO, Milene Silveira; FARIAS, Edson. (org.) *O mesmo e o diverso: olhares sobre cultura, memória e desenvolvimento*, p.75.

1.4 Construção histórica do arcabouço jurídico protetivo do patrimônio cultural imaterial

O poder constituinte originário da Lei Maior de 1988 inovou⁹³, como adiante será tratado na evolução constitucional do tratamento da cultura, instituindo a proteção jurídica de bens culturais de natureza imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, ação e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Estabeleceu ainda que o Estado garantisse a todos o pleno exercício dos direitos culturais, sendo um seu dever a promoção e proteção do patrimônio cultural, com a colaboração da comunidade.

O texto da Constituição Cidadã de 1988 valeu-se de noções antropológicas da cultura, para reconhecê-la enquanto expressão da criatividade humana sobre base natural, marcada por valores estéticos, simbólicos e de uso, e reproduzida em caráter evolutivo ao longo de gerações.

Em decorrência da opção constitucional pela expressão “patrimônio cultural imaterial”, é ela que se repete nas fontes normativas infraconstitucionais, tais como o Decreto federal n.º 3.551/2000. Coexistem para designação do mesmo fenômeno ontológico os padrões “patrimônio cultural intangível”, “cultura tradicional e popular” e “patrimônio oral”, dentre outras possíveis acepções. Veja-se, contudo, que as dimensões de concretude e intangibilidade do acervo cultural não se apresentam dicotômicas, senão complementares⁹⁴. Exemplos disso são os bens incorpóreos integrantes da categoria “lugares” – pontos de concentração e reprodução de práticas culturais coletivas – indicada no artigo 1º, §1º, inciso IV, do Decreto, e a intrínseca associação entre, de um lado, instrumentos, artefatos, objetos e lugares (materiais), e de outro, práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas (imateriais), preceituada pela Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003).

Em terras nacionais, desde a década de 1920 já se falava com propriedade na preservação das manifestações de cultura distintas do padrão físico e monumental cultuado pelas elites e tradicionalmente ligado ao instituto do tombamento. A Semana da Arte

⁹³ GANDELMAN, Silvia Regina Dain. Propriedade intelectual e patrimônio cultural imaterial: uma visão jurídica. *Doutrina Adcoas*, São Paulo, v.17, n.7, p.339-343, 1 quin. set.2004. p.342

⁹⁴ CAVALCANTI, Maria Laura Viveiros de; FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio imaterial no Brasil: legislação e políticas estaduais*. Brasília: UNESCO, Educarte, 2008. p.14

Moderna⁹⁵ serviu à disseminação do ideário de Mário de Andrade, favorável à diversidade cultural e ao estudo e proteção das manifestações culturais populares.

Essa orientação sustentada pela convicção de arte enquanto “habilidade com que o engenho humano se utiliza da ciência, das coisas e dos fatos”, foi transposta para uma tentativa de organização da Administração Pública Federal. Expoente do modernismo brasileiro e aproveitando-se da experiência acumulada em suas viagens ao interior do país⁹⁶, Mário Raul de Moraes Andrade, por sugestão do então ministro da Educação e Saúde, elaborou anteprojeto para o Serviço do Patrimônio Artístico Nacional (SPHAN). Seria de sua atribuição proteger patrimônio que incluía vocabulários, cantos, lendas, medicina e culinária indígenas, música, contos, provérbios e outras manifestações da cultura popular. A proposta, contudo, não prosperou. Prevaleceu o pensamento monumentalista de Rodrigo Melo Franco de Andrade, na esteira da dimensão protetiva material do Decreto-Lei n.º 25/37 (Lei do Tombamento)⁹⁷, que favorecia os propósitos do Estado Novo de fortalecer, com símbolos de maior concretude, o ideário de identidade nacional, em torno de um Estado de feições autoritárias.

A política de proteção ao patrimônio cultural desenvolvida à luz do Decreto-lei n.º 25/37 tinha o nítido propósito de criação de símbolos para a formação identitária da nação e buscava no patrimônio material os elementos sensíveis para uma tal representação, de modo a abrigá-los sob o manto da intervenção estatal, instrumentalizada, então, pelo instituto do tombamento.

[...] Pelo caráter restrito do próprio conceito de patrimônio cultural adotado, pelo traço elitista das representações, ditas nacionais, e pela excludência das diferenças, a conformação do patrimônio não deixava de ser uma artificialização segregadora, já que os bens que o integravam eram, ao mesmo tempo, materialidade e idealização, num sistema de representação oficial e hegemônica e, portanto, alheio à própria dimensão social do processo de cultural.⁹⁸

Malgrado a orientação estatal prevalecente em terras brasileiras, as décadas de 1920 e 1930 espelharam, no mundo ocidental, a alteração paradigmática no tratamento do patrimônio cultural. Sem abandonar o arcabouço político e jurídico destinado aos bens monumentais e de valor excepcional, passou-se a valorizar uma sorte de bens materiais e

⁹⁵ CAVALCANTI, Maria Laura Viveiros de; FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio imaterial no Brasil: legislação e políticas estaduais*, p.16.

⁹⁶ COUCEIRO, Sylvia. *Patrimônio imaterial: debates contemporâneos*, p.152

⁹⁷ GANDELMAN, Silvia Regina Dain. Propriedade intelectual e patrimônio cultural imaterial: uma visão jurídica, p.341

⁹⁸ PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção ao patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. *Fórum de direito urbano e ambiental*, Belo Horizonte, v.7, n.42, p.63-72, nov./dez.2008. p.64

imateriais cuja importância se assentava não em referências de marcantes acontecimentos históricos, mas no apreço da comunidade em sua vida cotidiana.

O valor de referência cultural atribuído ao bem pela própria comunidade passou a influenciar, lentamente, a conceituação de patrimônio cultural, que passa de uma perspectiva reducionista (ligada a monumentos e personagens emblemáticos) à incorporação de dimensões testemunhais e realizações intangíveis dos bens constituídos.⁹⁹

Paulatinamente, eram ventiladas enquanto estratégicas eminentemente públicas de preservação da cultura, ideias sobre a desnecessidade de implicação entre “bem objeto de direito” e materialidade, há tempos radicadas no direito civil.

O que são bens intangíveis? A tradição estoíca (Zenão) classificava como coisas corpóreas todos os objetos apreensíveis pelos sentidos; assim, Lucrecio, descrevendo a sensação do vento na pele, comenta que ‘na natureza também existem corpos invisíveis’. A doutrina jurídica do período clássico, porém, adotou o entendimento platônico, de que coisa é o objeto tangível. [...] A distinção de Cícero é igualmente interessante: há coisas que existem (*quae sunt*) e outras que se concebem (*quae intelleguntur*).[...] Curiosamente, o Direito Romano considera como bem corpóreo a propriedade, *plena in re potestas*, tão intrínseco era o direito no interior da coisa. Seriam intangíveis, por outro lado, a usucapião, a tutela, o usufruto, e as obrigações; como se vê, também são incluídos na relação bens intangíveis de caráter não inteiramente patrimonial, como a tutela.[...] Clóvis Bevilacqua tinha, como bem jurídico intangível, a ação humana objeto do direito de crédito; [...] A par dos direitos, do trabalho humano e da energia, costumam-se falar de “bens imateriais” em relação às criações do espírito humano, as obras artísticas, científicas, literárias, ou os produtos da inventiva industrial.¹⁰⁰

Por decorrência dos Conflitos Bélicos Mundiais na primeira metade do século XX, a matéria ficou provisoriamente negligenciada no âmbito internacional. Intra-fronteiras, os mais relevantes marcos brasileiros, nesse período, consistiram na edição do Decreto-lei n.º 25/1937, até hoje utilizado para realização de tombamentos, e a criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN), núcleo administrativo ao qual conferidas atribuições de preservação da cultura deste país.

A partir de então, pode-se dizer que os progressos internos de tutela dos bens culturais se desenvolveram na esteira dos avanços internacionais. Os documentos normativos do direito das gentes tiveram destacada importância para direcionar providências

⁹⁹ SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.23.

¹⁰⁰ BARBOSA, Denis Borges. Barbosa, Denis Borges. Do bem incorpóreo à propriedade intelectual. In: Graukuntz, Karin; Barbosa, Denis Borges. (org.) *Ensaio sobre o direito imaterial: estudos dedicados a Newton Silveira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.400-401

dos Estados e, especialmente à luz dos movimentos e debates ocorridos entre as décadas de 1960 e 1970, fomentar políticas públicas de preservação do patrimônio cultural vocacionadas ao tratamento da diversidade cultural.¹⁰¹

Para esse desiderato, somaram-se esforços, em especial, do agora intitulado Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), afinando-se com a lógica preceituada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), de valorização do multiculturalismo. Exigia-se uma multiplicidade de instrumentos públicos que servissem, com a adequação de suas especificidades, ao tratamento multifacetário – seleção, restauro, conservação, revitalização, *gentrification*, proteção, valorização, divulgação, reconhecimento, inventário, registro e salvaguarda¹⁰² - dessa complexa realidade material, com implicações sociais, econômicas e políticas.

Pari passu, o país lançava mão de arranjos estatais, acrescentando à Administração Pública entes e novos órgãos destinados, especificamente, à gestão e acompanhamento do patrimônio cultural brasileiro. Era crescente o interesse na investigação dos elementos imateriais de composição da identidade nacional.

O Preâmbulo da Convenção de Londres, de 16 de novembro de 1946, que instituiu a UNESCO, determinou o estabelecimento, em cada país, de organismos compostos de delegados governamentais, e de grupos interessados em educação, ciência e cultura destinados a coordenar esforços nacionais e associá-los à atividade daquela organização, assessorando os respectivos governos e delegados nas conferências e congressos. Com esse espírito, o Brasil instituiu, pelo Decreto-Lei de 13 de junho de 1946, o Instituto Brasileiro de Educação, Ciência e Cultura (IBECC), ligado ao Ministério das Relações Exteriores. Para a definição do campo hoje abrangido pelo patrimônio cultural imaterial, vale destacar, entre as comissões então instaladas, a Comissão Nacional do Folclore, tendo como secretário-geral o diplomata Renato Almeida, um dos expoentes desse processo de articulação nacional e internacional. A Comissão Nacional de Folclore teve atuação importante no país, articulando comissões regionais em cada estado e promovendo amplo registro, estudo e difusão do folclore. De sua ampla movimentação resulta, em 5 de fevereiro de 1958 (Decreto-Lei nº 43.178), a Campanha de Defesa do Folclore Brasileiro, ligada ao então Ministério da Educação e Cultura. Essas iniciativas pioneiras já se amparavam, de um lado, na própria trajetória do interesse pelo folclore brasileiro que emerge desde as últimas décadas do século XIX e, de outro, no estímulo trazido pelas recomendações da UNESCO, que viam também o folclore como um instrumento a favorecer o entendimento e a compreensão entre os povos.¹⁰³

¹⁰¹ SOARES, Inês Virgínia. *Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro*, p.25-26

¹⁰² PIRES, Maria Coeli Simões. *Proteção ao patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais*, p.63

¹⁰³ CAVALCANTI, Maria Laura Viveiros de; FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio imaterial no Brasil: legislação e políticas estaduais*, p.13-14

Ainda durante a ditadura militar, na década de 1970, foi criado o Centro Nacional de Referências Culturais (CNRC). Em 1975, consistia em secretaria do Ministério da Educação (MEC), e já em 1980 foi absorvido pela Fundação Nacional Pró-Memória.¹⁰⁴ Os valores e metas traçadas para atuação do órgão público inspiravam-se no discurso de seu idealizador, Aloísio Magalhães, artista plástico e *designer* e então secretário de cultura do MEC, cuja defesa era veemente quanto à urgência de se repensarem os efeitos já sofridos pelo país, acerca da homogeneização proveniente da assimilação de práticas culturais externas. O avanço tecnológico e a maior propagação dos parâmetros culturais hegemônicos do então chamado mundo desenvolvido, punha em risco as raízes autênticas da nacionalidade brasileira. De seus esforços, portanto, sobreveio a institucionalização do reconhecimento ao elevado valor dos conhecimentos tradicionais populares e da herança cultural dos afro-descendentes.¹⁰⁵

Segundo Aloísio Magalhães, entre os bens imóveis e móveis preservados pelo valor histórico e os bens culturais particulares de criação espontânea individual que compõem nosso acervo artístico, existem bens e manifestações populares que não são reconhecidos nem pela primeira nem pela segunda categoria que, no entanto, são a alma viva que faz pulsar a nação. Graças aos seus esforços, retomou-se no Brasil a linha do pensamento de Mário de Andrade de 1936 e que era, segundo Joaquim Falcão, avançada demais para a época em que foi concebida. Como consequência, movimentaram-se as organizações culturais em torno da Constituinte de 1988, tendo sido alterado, pela primeira vez no Brasil, o dispositivo constitucional que permeou as diversas constituições anteriores [...]. Surgiu, como consequência da Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na legislação brasileira, o conceito de ‘patrimônio cultural imaterial’, que seriam: as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas.¹⁰⁶

Nessa senda, merecem destaque dispositivos agregados pela Constituinte à Lei Maior de 1988 como resposta à assunção estatal desse mesmo discurso, com ênfase nas raízes étnicas nacionais e promoção da cultura popular, quais sejam: (i) o dever estatal de proteção das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, além de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, no §1º de seu artigo 215; (ii) a possibilidade de se fixarem, em lei, datas comemorativas de relevante significação para os diferentes grupos étnicos nacionais, vide o §2º do mesmo dispositivo, ultrapassando os marcos iniciais de

¹⁰⁴ GANDELMAN, Silvia Regina Dain. Propriedade intelectual e patrimônio cultural imaterial: uma visão jurídica, p.342

¹⁰⁵ COUCEIRO, Sylvia. *Patrimônio imaterial: debates contemporâneos*, p.153

¹⁰⁶ GANDELMAN, Silvia Regina Dain. *Op.cit.*, p.342

restrição aos costumes da classe econômica e social dominante desde os primórdios da colonização, a exemplo da constituição de feriados em dias santos para a Igreja Católica Apostólica Romana; (iii) a valorização da diversidade étnica e regional enquanto finalidade do Plano Nacional de Cultura – Lei n.º 12.343/2010, a teor do §3º, inciso V, de seu artigo 215; (iv) e o tombamento dos documentos e sítios que guardassem reminiscências históricas dos antigos quilombos, forte no §5º de seu artigo 216.

Essa movimentação jurídica seguia a tendência de, desde a década de 1950, avolumarem-se os instrumentos internacionais versados em objeto cultural. Dentre eles se encontram: Convênio para Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (1954); Carta de Nova Delhi (1956); Carta de Veneza (1964); Recomendação sobre a Conservação dos Bens Culturais ameaçados pela execução das obras públicas ou privadas (1968); Convenção para a Proteção do Patrimônio Cultural e Natural Mundial (1972); Convenção de Estocolmo sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1972); Convenção da UNESCO sobre a Salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972); Recomendação relativa ao Intercâmbio Internacional de Bens Culturais (1976); Carta de Machu Picchu (1977); Tratado de Cooperação Amazônica (1978); Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular (1989); Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003) e Convenção sobre a Diversidade Cultural (2005).

Afirma-se que entre os anos de 1945 e 1972, as Cartas, Recomendações e outros diplomas do direito internacional produzidos ou intermediados pelas Nações Unidas carreavam verdadeira tendência de “mundialização da cultura europeia”¹⁰⁷. Embora não extensivos nesse propósito, enfatizavam a ciência, as artes e a literatura, que são bens culturais típicos do histórico civilizatório europeu.

Em princípios da década de 1970, foi aprovada pela UNESCO a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972), que inovou por ocupar-se, globalmente, do meio ambiente em suas dimensões natural e cultural, deixando margem para que a interatividade da criatividade humana e da evolução da natureza fosse evidenciada na Recomendação relativa ao intercâmbio internacional de bens culturais, conhecida como Convenção de Nairóbi (1976).¹⁰⁸ Marcou-se também por uma ainda tímida abertura dos mecanismos de tutela para obras humanas ou conjugadas com a natureza, por seu valor

¹⁰⁷ NOVAES SOBRINHO, Lafayette Garcia. *Da mundialização da proteção patrimonial à proteção do patrimônio mundial*, p.357

¹⁰⁸ SOARES, Inês Virgínia. *Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro*, p.28-29

universal do ponto de vista etnológico ou antropológico¹⁰⁹, conforme definição de seu artigo 1º, quanto aos locais de interesse elevados à categoria de patrimônio cultural. Viabilizavam-se, embora sem especificação, novos olhares sobre riquezas culturais até então olvidadas perante o padrão eurocêntrico.

Ademais, havia marcada preocupação com a transmissibilidade desses bens para futuras gerações, vide artigo 4º. Por isso o compromisso assumido por cada Estado signatário com a identificação, proteção, conservação e valorização de seu patrimônio cultural e natural, valendo-se de todos os recursos de que dispusesse para tanto e, se necessário fosse, recorrendo a assistência e cooperação internacionais.¹¹⁰

A convenção não incluiu os bens imateriais na definição de patrimônio cultural da humanidade e isso repercutiu negativamente, em especial nos países em desenvolvimento. Sua produção cultural ligada a tradições e desprovida de materialidade, a exemplo dos saberes transmitidos entre gerações e das celebrações, foi negligenciada como se não tivesse a mesma importância que as construções monumentais. A década anterior fora profícua em difundir a riqueza da vida cultural cotidiana das comunidades, a necessidade de preservação de suas formas e dos valores nelas impregnados para manutenção e respeito das diversidades sociais.

Houve reações provenientes do então chamado Terceiro Mundo (países capitalistas subdesenvolvidos). Eram reclamadas novas iniciativas de expressão jurídica internacional, para consagração da cultura popular. Buscava-se menção expressa à importância e valores dos saberes e práticas de outros grupos nacionais.

Na esteira da Convenção de 1972, representantes da Bolívia apresentaram à UNESCO uma proposta voltada para a regulamentação da proteção e da promoção do folclore. É importante lembrar que, na época, o termo *bem imaterial ou intangível* não compunha a pauta dos documentos oficiais nem despontava como um conceito. Desse modo, o princípio que norteou as ações voltadas para o patrimônio imaterial, no início das atividades da UNESCO, se inseria no propósito das Nações Unidas em proporcionar os meios para a sobrevivência da diversidade cultural em todos os países. Esse intuito relacionava-se à necessidade de evitar que culturas locais e grupos étnicos fossem alvo de perseguições políticas e mesmo religiosas, fato que se sucedera ao longo do século XX. Outras preocupações voltavam-se para efeitos da globalização na uniformização das culturas. Diante desse quadro etnocêntrico e homogeneizante, era necessário desenvolver propostas que

¹⁰⁹ NOVAES SOBRINHO, Lafayette Garcia. *Da mundialização da proteção patrimonial à proteção do patrimônio mundial*, p.356

¹¹⁰ Cf. MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves. *Direitos humanos: coletânea de legislação*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003. p.908

fomentassem a diversidade e a liberdade das manifestações culturais em diversas partes do mundo.¹¹¹

O retrocesso foi corrigido quase duas décadas depois, com a Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular (1989). Por este instrumento, a comunidade internacional expressou inequívoco reconhecimento de que os bens intangíveis também integram o patrimônio da humanidade. Para todos os povos e grupos sociais cujas principais produções culturais não se dotavam de materialidade, significou a resposta de que poderiam acessar o sistema jurídico de proteção desses seus valores e conhecimentos, aí sim em pé de igualdade com as elites culturalmente representadas pelo patrimônio arquitetônico, a despeito de suas diferenças.

Com esse mesmo espírito, a Declaração dos Princípios da Cooperação Cultural Internacional (1996) reforçou a imprestabilidade da centralização produtora e difusora dos elementos culturais, bem como o protagonismo dos povos, iguais em dignidade e merecedores do mesmo respeito e deferência no processo de intercâmbio de saberes, usos e costumes com os demais membros da comunidade internacional. Encontram-se em seu primeiro artigo:

1. Toda a cultura tem uma dignidade e um valor que devem ser respeitados e salvaguardados.
2. Todos os povos tem o direito e o dever de desenvolver as respectivas culturas.
3. Todas as culturas fazem parte do patrimônio comum da Humanidade, na sua variedade fecunda, diversidade e influência recíproca.¹¹²

Um ano antes, a Conferência Geral da UNESCO aprovou a Declaração de Princípios da Tolerância, justificando que os passos dados na direção de respeito e valorização da cultura popular e sua diversidade de manifestações no globo terrestre afinam-se com a missão de paz confiada às Nações Unidas. Ultrapassados os desafios iniciais do período pós-Guerra Mundial e da polarização de blocos econômicos e ideológicos, outros entraves à coexistência harmônica entre os povos se apresentam. Está no preâmbulo:

Alarmados pela intensificação atual da intolerância, da violência, do terrorismo, da xenofobia, do nacionalismo agressivo, do racismo, do anti-semitismo, da exclusão, da marginalização e da discriminação contra minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas, dos refugiados, dos

¹¹¹ COUCEIRO, Sylvia. *Patrimônio imaterial: debates contemporâneos*, p.154.

¹¹² Cf. MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves. *Direitos humanos: coletânea de legislação*, p.919

trabalhadores migrantes, dos imigrantes e dos grupos vulneráveis da sociedade, e também pelo aumento dos atos de violência e de intimidação cometidos contra pessoas que exercem sua liberdade de opinião e de expressão, todos comportamentos que ameaçam a consolidação da paz e da democracia no plano nacional e internacional e constituem obstáculos para o desenvolvimento, [...] aprovam e proclamam solenemente a presente Declaração de Princípios sobre a Tolerância.

E nos itens 1.1 e 1.3 de seu artigo 1º, a inquestionável vinculação entre valorização dos sistemas culturais e o alcance visado pela comunidade internacional, nos termos desse instrumento jurídico:

1.1 A tolerância é o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz.
[...]1.3 A tolerância é o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito. Implica a rejeição do dogmatismo e do absolutismo e fortalece as normas enunciadas nos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos.¹¹³

Mais tarde, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (2002), a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003) e a Convenção sobre a Diversidade Cultural (2005) completaram o ciclo internacional de juridicização do acervo patrimonial intangível. Para Lafayette Garcia, a Declaração Universal foi o marco da alteração de paradigmas para a postura internacional de valorização e salvaguarda da cultura: “a mundialização da proteção patrimonial, fundada pela cultura patriarcal europeia, dá lugar à proteção do patrimônio mundial”.¹¹⁴

A segunda delas, conforme esclarecido no preâmbulo, sobreveio ante a falta de um “instrumento multilateral de caráter vinculante destinado a salvaguardar o patrimônio cultural imaterial”, e foi incorporada ao sistema jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo n.º 22/2006 e pelo Decreto n.º 5753/2006. Encontra-se em seu texto a definição infraconstitucional de bem cultural imaterial, de que se pode valer o jurisprudente para aplicação no Brasil, *litteris*:

¹¹³ Cf. MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves. *Direitos humanos: coletânea de legislação*, p.933-934

¹¹⁴ NOVAES SOBRINHO, Lafayette Garcia. *Da mundialização da proteção patrimonial à proteção do patrimônio mundial*, p.357

Artigo 2: [...] Entende-se por “patrimônio cultural imaterial” as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados – que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável.¹¹⁵

O conceito proposto é uma síntese das considerações anteriormente traçadas sobre o que, de fato, constitui manifestação da cultura intangível, sua formação, transmissibilidade inter-geracional, caráter identitário, relatividade espacial e temporal. Ao mesmo tempo, privilegia a diversidade e a inventividade, enquanto mecanismos de efetivação da dignidade e igualdade entre seres humanos, progressivamente visados pela reconstituição histórica dos instrumentos normativos que redundaram em sua formação. Além disso, reforça a correlação entre produção cultural e interação humana com a natureza, e seus parâmetros balizados pela sustentabilidade.

Em sua sequência, a convenção especifica os principais campos de manifestação do patrimônio cultural imaterial: (i) tradições e expressões orais; (ii) expressões artísticas; (iii) práticas sociais, rituais e atos festivos; (iv) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo; (v) técnicas artesanais tradicionais. No processo de registro, espécime processual administrativo destinado à tutela desse patrimônio, há apenas quatro categorias aglutinadas para registrá-los, os saberes, celebrações, formas de expressão e lugares, mas sem prejuízo de que, em momento futuro, sejam criados novos parâmetros classificatórios, vide previsão do artigo 1º, §3º, do Decreto n.º 3.551/2000.

O próprio conceito enuncia que a cultura está em constante transformação, recriada pela sucessão de gerações que a conhece e reproduz. E, rompendo a presunção de linearidade em que os elementos pretéritos substituem-se por mais novos, há simultâneos acúmulo e projeção de informações, que se assimilam do passado para, inovando no presente,

¹¹⁵ Disponível em < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540por.pdf> > Acesso em 19 jun.2012

lançar influências sobre o tempo futuro¹¹⁶. Contudo, conserva os traços, principalmente axiológicos, que a caracterizam, pois do contrário se perderia a expressão identitária¹¹⁷ dela decorrente.

Relembrar a importância da continuidade do processo cultural a partir de nossas raízes não representa uma aceitação submissa e passiva dos valores do passado, mas a certeza de que estão ali os elementos básicos com que contamos para a conservação de nossa identidade cultural. [...]

Finalmente registram-se países que, como o Brasil, são detentores de cultura nova. Aqui, a assimilação das culturas de nossa formação original – a indígena, a portuguesa e a africana -, se bem que tenha atingido razoável grau de sedimentação, é continuamente enriquecida por novos ingredientes. Resultam ainda frágeis os indicadores de nossa identidade cultural. Mas, apesar de frágeis, não deixam de ser importantes como instrumentos para a formulação de nossa política de desenvolvimento.¹¹⁸

As mudanças operadas sobre o patrimônio imaterial, atingindo padrões de dança, música, celebrações, manifestações artísticas, cinema e produtos das redes de comunicação¹¹⁹, por sua vez, não inviabilizam o registro, senão condicionam a temporalidade de seus efeitos. E isso foi captado pelo propósito de duração do *status* de bem intitulado “Patrimônio Cultural do Brasil”, que a teor do artigo 7º do Decreto n.º 3551/2000, será submetido a revalidação a cada decênio.

Por fim, a União editou a Lei n.º 12.343, de 02 de dezembro de 2010, para instituir o Plano Nacional de Cultura, previsto no artigo 215, §3º, da Constituição da República. Nele, reiteram-se os compromissos estatais de “mapear, registrar, salvaguardar e difundir as diversas expressões de diversidade brasileira, sobretudo aquelas correspondentes ao patrimônio imaterial, às paisagens tradicionais e aos lugares de importância histórica e simbólica para a nação brasileira”, com ênfase nos grupos que compõem a sociedade brasileira, mas sob maior risco de sofrerem discriminação e marginalização, tais como os indígenas, os afro-descendentes e os quilombolas.

Antes de se compreender como esse histórico culminou na via processual de tutela ora apreciada, é relevante que se pontue a inserção dos direitos culturais em categoria material de direitos fundamentais, e a principiologia própria à proteção jurídica dos objetos culturais, encerrando-se assim a abordagem dos fatos e dos valores ligados à matéria que adiante justifica a conformação do processo.

¹¹⁶ MAGALHÃES, Aloísio. *E triunfo?: a questão dos bens culturais no Brasil*, p.75

¹¹⁷ *Ibid*, p.60

¹¹⁸ *Ibid*, p.54-55

¹¹⁹ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional*, p.119

1.5 A normatização da cultura com o *status* de direito fundamental e seus desdobramentos principiológicos

Compulsados os termos do texto constitucional pátrio, sem prejuízo das disposições esparsas também aplicáveis à matéria, é de se ver que o constituinte reuniu esforços para concentrar o regramento da tutela cultural, especificamente na seção II, do capítulo III de seu título VIII. Em suma, significa haver empregado entre os artigos 215 e 216 tratamento específico da cultura, inserindo-a no campo normativo da ordem social.

Malgrado as críticas pela inclusão de matérias como a ciência e tecnologia, meio ambiente e índios sob a rubrica de ordem social, porquanto não reflitam espécies desse gênero¹²⁰, este traduz a ideia de conjunto de normas impositivas de prestações estatais, com vistas à melhoria da qualidade de vida dos “[...] mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.¹²¹

Como demonstrado em linhas anteriores, o viés hodierno de proteção à cultura contribui para que minorias e parcelas menos abastadas, financeiramente, da população tenham acesso a benesses da ordem jurídica, ademais de resistirem a processos massificantes de degradação identitária, decorrentes do fenômeno da globalização.¹²² Por afinar-se com o propósito social de tutela da hipossuficiência e equânime distribuição de recursos, o *locus* constitucional de consagração da cultura desde já evidencia sua instrumentalidade rumo à justiça social, meio de conferir qualidade digna de vida a todos, independentemente de classe social, características pessoais e anseios particulares, a teor do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal.

Os direitos culturais fazem parte do rol de direitos fundamentais de segunda geração¹²³. No ano de 1966, foram objeto de deliberação e aprovação pela Assembléia Geral das Nações Unidas, dando origem ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Resolução n.º 2.200-A), ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.¹²⁴ No que a eles concerne, a postura de um Estado prestamista não se confunde com a substituição do ente estatal aos agentes produtores de cultura. Diferente disso, seu papel é de garantir meios jurídicos e materiais para que os indivíduos e grupos possam prosseguir na produção e

¹²⁰ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.816.

¹²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23.ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p.285

¹²² SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro*, p.31

¹²³ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional*, p.33

¹²⁴ Ver MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves. *Direitos humanos: coletânea de legislação*, p.69-77

reprodução de seus bens culturais, acessá-los, compartilhá-los, e vê-los valorizados no conjunto patrimonial marcado pela diversidade, e que compõe a vida cultural de um determinado país.¹²⁵

Reportando-se a minúcias dos direitos fundamentais insculpidos no artigo 6º da Lei Maior, os direitos insertos na ordem social refletem a histórica busca de recursos e iniciativas vertidas em prestações do Estado. Não se exaurem em conteúdos declaratórios e abstenções caras às liberdades civis, mas reclamam a adoção de procedimentos e de ampla proteção, desdobrada em proibições a condutas que os violem, disponibilidade de instrumentos públicos úteis à tutela contra ataques de terceiros¹²⁶, e antecipação aos eventos danosos, “[...] que autoriza o Estado a evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico”.¹²⁷

A expressa assunção de compromissos públicos no que tange aos direitos culturais, repousa em histórico de tímidas menções constitucionais à relação entre liberdade de produção e tutela estatal da cultura. Como bem observado por Francisco Humberto Cunha Filho¹²⁸, o artigo 179, inciso XXXIII da Carta de 1824 apenas reservava aos colégios e universidades o ensino de ciências, belas artes e letras, cabendo à primeira Constituição Republicana avançar, no §2º de seu artigo 35, para incumbir ao Congresso Nacional o fomento das letras, artes e ciências.

Entretanto, levando-se em conta o contexto liberal de conformação do direito de propriedade privada nos primórdios da República, minguava o espaço jurídico de restrição às faculdades patrimoniais para defesa dos bens de representatividade cultural. Assim, os parlamentares não lograram aprovar projetos de criação de uma inspetoria de Monumentos Históricos, tampouco a vedação à saída de obras de arte brasileiras para o exterior.¹²⁹ Ainda sobre o Poder Legislativo, deveria guardar composição representativa das classes culturais pátrias, vide previsão do artigo 23, §7º da Lei Fundamental de 1934. Esta, em seu artigo 148, dispunha sobre a tutela jurídica das ciências, das artes, das letras e da cultura

¹²⁵ O acesso e informação da população sobre cultura são desdobramentos do princípio da fruição coletiva, na dicção de Marcos Paulo de Souza MIRANDA. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*, p.30-31

¹²⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Motta Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p.58

¹²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p.679

¹²⁸ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p.99-101

¹²⁹ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. A Evolução do conceito de patrimônio cultural - seu reflexo nas Constituições Brasileiras. *Atuação Jurídica*, Florianópolis, v. 3, n. 4, p. 7-20, dez. 2000. p.10

em geral¹³⁰, incumbindo à União, aos Estados e aos Municípios favorecê-las e animar-lhes o desenvolvimento, protegendo os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do país, e prestando assistência ao trabalhador intelectual.¹³¹

O dever estatal de promoção e proteção da cultura consolidou-se como previsão do constituinte nos textos subsequentes, conforme artigos 148 da CF/1937, 173 a 175 da CF/1946, e 171 e 172 da CF/1967. O dispositivo repetido na Emenda Constitucional n.º 01/1969, deixava sob a especial proteção do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.

Desagou no dilatado regramento da Constituição Cidadã de 1988, que inovou ao concatenar esforços públicos e participação comunitária nas políticas de gestão¹³², diretriz de alta relevância para a edição de novos diplomas ordinários, e entendimento e aplicação de normas pretéritas, na extensão recepcionada pela nova Constituição.

Retomada a premissa de que a conformação normativa permeia a juridicização de valores¹³³, e de que o próprio direito, enquanto expressão humana de significações sobre bases fáticas e ideais, também se apresenta como objeto cultural, José Afonso da Silva enfatiza a tônica metalinguística do conteúdo constitucional disponível ao intérprete que se ocupe do trato jurídico-cultural. Não se limita à intelecção dos comandos proibitivos, facultativos e obrigacionais, e sim se atenta aos porquês da positiva valoração do direito, quanto à postura protetiva de outros certos fenômenos impregnados de significação nos modos de ser e expressar-se de quem se socorre na ordem jurídica:

Como o Direito é também cultura – e, assim, igualmente um sistema de significações –, ao seu conhecimento se chega por via de interpretação compreensiva, pois, como qualquer órbita da cultura, também o Direito é uma ciência interpretativa. Ora, vê-se bem que na *ordenação constitucional da cultura* se encontram duas ordens de valores culturais, dois sistemas de significações: uma que são as próprias *normas jurídico-constitucionais*, por si sós repositórios de valores (direitos culturais, garantia de acesso à cultura, liberdade de criação e difusão cultural, igualdade no gozo dos bens culturais etc.); outra que se constitui na própria matéria normatizada: a *cultura*, o patrimônio cultural brasileiro, os diversos objetos culturais (formas de expressão; modos de criar, fazer e viver; criações artísticas; objetos,

¹³⁰ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*, p.39

¹³¹ GANDELMAN, Silvia Regina Dain. Propriedade intelectual e patrimônio cultural imaterial: uma visão jurídica. *Doutrina Adcoas*, São Paulo, v.17, n.7, p.339-343, 1 quin. set.2004. p.341

¹³² CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional*, p.101

¹³³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. p.95

documentos, edificações, conjuntos urbanos, sítios, monumentos de valor cultural).¹³⁴

É de se notar que o movimento internacional de constitucionalização dos direitos culturais, capitaneado pelas Constituições Mexicana de 1917, e Alemã, de 1919¹³⁵, em terras pátrias repercutiu na longeva atribuição de direitos subjetivos a indivíduos e à coletividade, mas ainda sem o *status* de fundamentos jurídicos, o que só ocorreu sob a égide da Lei Maior de 1988, como justificado por Inês Virgínia Prado Soares, *in verbis*:

[...] na atual Constituição, o direito ao patrimônio cultural é tratado como direito fundamental: a) pela estrutura normativa dos dispositivos que versam especificamente sobre a matéria, como o do artigo 215 ('O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional (...)'), do artigo 216, §1º (com a previsão do dever de proteção e promoção dos bens culturais pelo Estado, com a colaboração da sociedade) e do artigo 225 ('Todos tem direito ao meio ambiente...'); b) pela colocação do direito ao patrimônio cultural, tangível ou intangível, como pressuposto para o exercício dos outros direitos fundamentais, a começar pelo direito à vida digna e com qualidade. O direito ao patrimônio cultural é, também, garantia da base material para que muitos outros direitos individuais ou coletivos sejam exercidos em sua plenitude; e c) porque os direitos fundamentais estão espalhados em todo texto constitucional, sendo o rol do art. 5º, por força do disposto nos seus §§2º e 3º, meramente exemplificativo.¹³⁶

Pelo exposto, em determinado momento do constitucionalismo pátrio, se houve por bem conduzir os direitos culturais a uma categoria jurídica sobrelevada em carga axiológica e peso decisório, perante os demais elementos articuláveis do sistema normativo. Quais seriam as razões para fazê-lo? Luigi Ferrajoli, em debate acadêmico-literário sobre os pressupostos de sustentação dos direitos fundamentais com o especial *status* que lhes é atribuído,¹³⁷ discorre sobre a existência de quatro critérios axiológicos que justificariam a consagração de certos direitos como fundamentais, em detrimento de outros. Servem todos à máxima de dignidade na lição kantiana, respeitado o ser humano enquanto fim em si mesmo.

Assinalam-se as opções ético-políticas admitidas como anseios universais pela vida, dignidade, liberdade e sobrevivência, e ainda fazem parte da história do constitucionalismo democrático, repetindo-se em múltiplos ordenamentos rumo à satisfação dos reclamos sociais e das ponderações valorativas que direcionam o regramento da gestão

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultural*, p.34-35

¹³⁵ SOARES, Inês. *Direito ao(do) patrimônio cultural brasileiro*, p.23

¹³⁶ *Ibid*, p.110

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p.314-329

pública e da vida privada de seus concidadãos. São elas a igualdade, a democracia, a paz e a proteção do hipossuficiente, e que bem se coadunam com a própria exposição de motivos para adoção desse *status*, registrada no preâmbulo do Pacto Internacional em apreço [Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Resolução n.º 2.200-A)], *litteris*:

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana; reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos [...]"

Noutra passagem, já foi pontuado que no contexto do pós-2ª Guerra Mundial, tornou-se questão chave da política internacional criar mecanismos de pacífica convivência das minorias e dos grupos étnicos, tanto que a UNESCO incentivou estudos antropológicos que mais explorassem a temática da diversidade cultural. Fica claro, por conseguinte, que a juridicização elencada respondeu à busca pela manutenção da paz, e à convicção da época quanto à utilidade da educação – v.g. disseminação da cultura, obras de artes plásticas e literárias, educação popular, produções científicas – para promovê-la.¹³⁸

Lado outro, a assimilação dos direitos fundamentais culturais, máxime no que tange a seu patrimônio intangível, como já visto, é supedâneo ao exercício da cidadania em sua complexa dimensão, especialmente quanto às minorias hipossuficientes no contexto de supressão da diversidade ditada pelos rumos da globalização.

Os direitos fundamentais culturais, não bastasse sua relevância para o desenvolvimento das potencialidades humanas versadas em comunicação e sociabilidade, prestigiam a dignidade de um povo, ao evidenciarem sua identidade e as espontâneas contribuições populares imiscuídas a crenças e valores peculiares. Não se excluem as minorias; ao contrário, são valorizadas as práticas e saberes que contribuíram para a formação da identidade cultural do Brasil. Resultado disso é o potencial correlato ao registro de auxiliar o processo histórico de conhecimento e valorização da riqueza humana, pautada na

¹³⁸ NOVAES SOBRINHO, Lafayette Garcia. Da mundialização da proteção patrimonial à proteção do patrimônio mundial. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.) *O novo direito internacional do meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2011. p.353

diversidade, a par de desdobramentos econômicos, políticos e sociais advindos da concessão da tutela processual.

Quais são os valores permanentes de uma nação? Quais são verdadeiramente esses pontos de referência nos quais podemos nos apoiar, podemos nos sustentar porque não há dúvida de sua validade, porque não podemos ser questionados, não podemos ser postos em dúvida? Só os bens culturais. Só o acervo do nosso processo criativo, aquilo que construímos na área da cultura, na área da reflexão, que deve tomar aí o seu sentido mais amplo – costumes, hábitos, maneiras de ser. Tudo aquilo que foi sendo cristalizado nesse processo, que ao longo desse processo histórico se pode identificar como valor permanente da nação brasileira. Estes são os nossos bens, e é sobre eles que temos que construir um processo projetivo. O mais são imensas e fantásticas variáveis que todos desconhecem como resolver: a variável econômica e mesmo a variável política. Tentamos descobrir caminhos, tentamos achar o deus, tentamos abrir a nação a uma reflexão mais nova. Estamos num processo nítido de querer encontrar nossa identidade política. Como se encontrará? Onde se encontrará? Não há outro caminho a não ser o conhecimento, a identificação, a consciência coletiva, a mais ampla possível, dos nossos bens e nossos valores culturais.¹³⁹

A organização das matérias constitucionalizadas sob o manto da ordem social separou em capítulos diversos o regramento da cultura e do meio ambiente. Como visto, o primeiro se aloca na seção II do terceiro capítulo, ao passo que as normas ambientais estão dispostas no artigo 225, que contempla integralmente o capítulo VI do mesmo título VIII do texto constitucional.

São variados os exemplos de normatização em torno de um mesmo objeto, cujos respectivos dispositivos encontram-se afastados na lei fundamental. A liberdade de expressão artística é também um direito cultural, mas está inscrita no inciso IX do artigo 5º, distanciado dos aludidos artigos 215 e 216 dedicados à cultura. Por outro lado, se dentro de um mesmo gênero (ordem social) há divisão de espécies (cultura e meio ambiente), a conclusão esperada seria de que se tratam de temas não coincidentes.

Um olhar mais crítico sobre a hipótese trata de refutá-la. Celso Antônio Pacheco Fiorillo¹⁴⁰ sustenta, academicamente, a tese de que o meio ambiente se subdivide em quatro segmentos, quais sejam natural, artificial, cultural e do trabalho, e que o tratamento jurídico conferido ao grupo perfaz nuanças ora mais afinadas com um ou outro ramo de sua segmentação. Justifica o intento classificatório com vistas “[...] a facilitar a identificação da

¹³⁹ MAGALHÃES, Aloísio. *E triunfo?: a questão dos bens culturais no Brasil*, p. 47-48

¹⁴⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p.77-83

atividade degradante e do bem imediatamente agredido [...]”¹⁴¹, seguindo-se a difusão da tese não apenas em meio acadêmico, mas também na consolidação jurisprudencial¹⁴² brasileira, como prova de que o critério elencado tornou-se efetiva diretriz de aplicação do direito.

A apregoada separação entre cultura e natureza é ilusória. A cultura é construída a partir da natureza. É a resposta humana aos limites naturais. Ela é enraizada no ambiente em que se desenvolveu. Não pode ser compreendida fora do seu contexto natural. Afinal de contas, o primeiro sentido da palavra cultura é o cuidado da terra. É o cultivo da terra. A agricultura. A transformação humana do ambiente natural em artificial, que leva à transformação do homem primitivo em civilizado, que, retroalimentado pela própria artificialidade do meio construído, esquece a simbiose vital e passa a agir como as suicidas bactérias precursoras da mitocôndria.¹⁴³

Em síntese, Fiorillo trata como meio ambiente: (i) natural o que se constitui “[...] pela atmosfera, pelos elementos da biosfera, pelas águas (inclusive pelo mar territorial), pelo solo, pelo subsolo (inclusive recursos minerais), pela fauna e flora”¹⁴⁴; (ii) artificial “[...] compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto)”¹⁴⁵; (iii) cultural o que especificado no artigo 216 da Constituição Federal, nessa categoria incluindo o patrimônio digital, compatível com a sociedade da informação marcada pela convergência dos meios de comunicação e sua utilidade para o compartilhamento das formas de expressão, dos modos de criar, fazer e viver componentes do patrimônio cultural constitucionalizado¹⁴⁶; (iv) e do trabalho, o “[...] complexo de bens móveis e imóveis de uma empresa ou sociedade, objeto de direitos subjetivos privados e invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que a frequentam.”¹⁴⁷

¹⁴¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, p.77.

¹⁴² V.g. Constitucional, Administrativo, Ambiental e Processual Civil. Ação Civil Pública. Tutela do patrimônio ambiental e urbanístico, no âmbito do Distrito Federal. Ocupação desordenada do solo em área de proteção de manancial – APM (“Cidadão de Itapoã/DF”). [...] Na ótica vigilante da Suprema Corte, ‘a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. (TRF 1ª Região. AG 2007.01.00.029358-8/DF Quinta Turma. Rel. Des. Souza Prudente. Julgamento: 27/06/2012 Publicação: e-DJF1 06/07/2012 p.173)

¹⁴³ NOVAES SOBRINHO, Lafayette Garcia. *Da mundialização da proteção patrimonial à proteção do patrimônio mundial*, p.363.

¹⁴⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Op.cit.*, p.78

¹⁴⁵ *Ibid.*, p.79

¹⁴⁶ *Ibid.*, p.80-81

¹⁴⁷ *Ibid.*, p.82

Destacadas as dimensões do meio ambiente, facilita-se a visualização de que o tratamento jurídico da cultura, dos recursos naturais, do ambiente laboral ou dos espaços urbanos não é estanque numa limitada matéria. De modo diverso, encontram-se em contato umas com as outras e, via de regra, exigem um tratamento global que as tutele simultaneamente. Essa confluência de matérias reflete-se também nos marcos principiológicos do direito material, que à vista do adiante exposto, com frequência assume conteúdos outrora admitidos apenas para a vertente restritiva do direito ambiental, mais preocupada com o ambiente natural.

Com arrimo nas disposições constitucionais e ordinárias, e dentre elas os compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil para proteção de seus bens culturais, incluindo sua espécie intangível de apresentação, encontra-se tratamento doutrinário de múltiplos princípios ditos “informadores da proteção ao patrimônio cultural”¹⁴⁸. Condensam os vetores axiológicos de valorização identitária, do pluralismo e da co-responsabilidade do Estado e da sociedade civil, seja nas medidas de preservação do acesso e reprodução das práticas culturais, seja na harmônica coexistência com outros anseios e bens igualmente protegidos pelo direito, a exemplo dos influxos de desenvolvimento econômico, e do imperativo de exploração sustentável do meio ambiente natural.

Marcos Paulo Miranda, reunindo contribuições doutrinárias esparsas sobre a principiologia aplicável à cultura, e destacando sua afinidade com o que também se pratica na seara do direito ambiental *lato sensu*, trata de enunciá-los em conjunto: princípios (i) da proteção; (ii) da função sociocultural da propriedade; (iii) da fruição coletiva; (iv) da prevenção de danos; (v) da responsabilização; (vi) do equilíbrio; (vii) da participação popular; (viii) da vinculação dos bens culturais; (ix) da educação patrimonial; (x) da solidariedade intergeracional; (xi) da cooperação internacional.

O primeiro deles, princípio da proteção, bem se refere ao exposto no §1º dos artigos 215 e 216 da Constituição Federal, a exigir a tomada de providências estatais pró-preservação das manifestações culturais populares, indígenas, afro-brasileiras e de outros grupos com participação no processo civilizatório nacional. Embora não se reserve ao Estado a competência de interferir no processo cultural, no sentido de assumir como próprias formas estanques de manifestação dos modos de ser, pensar e agir do povo brasileiro, em prejuízo das liberdades inerentes à sua contínua reinvenção, tampouco serve esse nascedouro espontâneo de valores e condutas para legitimar uma mera faculdade de tutela estatal.

¹⁴⁸ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*, p.21-48

Por todo o exposto, já restou justificada a necessidade de se garantir aos povos meios de perpetuação de suas práticas culturais e reafirmação de seu caráter identitário¹⁴⁹, para o que é chamado o Estado para formular e gerir políticas públicas idôneas ao atendimento desses direitos.

[...] falar de *patrimônio cultural* é falar de *valores*. ‘A conservação ou degradação do patrimônio, sua sacralização ou sua destruição são significativas da atitude das sociedades em relação à sua própria história e aos seus próprios valores culturais’ – como observa Jean-Jacques Aillagon. A fragilidade da memória está intimamente ligada à problemática da identidade.¹⁵⁰

Além do Estado, e sem exclusão de qualquer pessoa política, na medida em que se fixe como competência material comum a sua preservação, também a sociedade civil é responsável por fomentar essas práticas ou, no mínimo, abster-se de prejudicá-las em seu desenvolvimento. Está no artigo 216, §1º da Lei Maior a previsão de que a comunidade colaborará com o poder público para promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, e desincumbindo-se de seu mister, contribui para a manutenção do multiculturalismo atual, em respeito ao bem-estar desta geração e da herança a transmitir-se para as gerações futuras.

O princípio da função social da propriedade reclama dupla consideração: visão holística do próprio bem cultural, “patrimonializado” pelo direito, para que o bem sirva à própria existência e a co-preservação de outros direitos; e o uso racional e responsável de outros objetos patrimoniais, de sorte que se habilitem a suportar a reprodução cultural. Essa lógica exige do jurisprudente extremado zelo na ponderação dos interesses envolvidos, vez que coexistentes no mesmo sistema jurídico, não de preservar-se na máxima medida possível, sem que o foco lançado sobre um deles reflita em necessário e integral perecimento de outro.

Outro desafio é o de se proceder à ressemantização do conceito de função social no âmbito da política de preservação, em dimensão teórica e pragmática mais ampliada.

[...] Contemporaneamente, há de se avançar na dimensão social do patrimônio cultural, para além dos vínculos proprietários e dominiais. Há de se discutir a função social da formação do próprio patrimônio, na perspectiva plural e democrática; há de se enfatizar os usos inclusivos dos bens do patrimônio; há de se considerar a função social do patrimônio na relação de sustentabilidade dos bens; há de se tratar a preservação do patrimônio como

¹⁴⁹ PIRES, Maria Coeli Simões. *Proteção ao patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais*, p.66

¹⁵⁰ CUREAU, Sandra. Patrimônio: uma noção complexa, identitária e cultural. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada *et alli*. (org.) *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.729

função compreendida na lata função social da cidade e, ainda, tendo em vista a função social da ambiência, ideia que, por si, marca a renovação da relação público-privado.¹⁵¹

As restrições lançadas ao titular do que se chama patrimônio, em apreço aos legítimos interesses da sociedade resguardados pelo direito, podem apresentar-se com algumas consequências:

a) Legitima-se a vedação ao proprietário do exercício de determinadas faculdades; b) cria-se um ‘complexo de condições para que o proprietário possa exercer seus poderes; e c) o proprietário passa a ser obrigado a exercer determinados direitos elementares do domínio.¹⁵²

Estatui-se também o princípio da fruição coletiva, garantindo-se o amplo acesso às fontes da cultura nacional, na forma do artigo 215, *caput*, da Constituição da República.

Relativamente à atuação do Estado para efetivação dos direitos culturais, merece reparo seu duplo caráter democratizante: a todos se propiciam meios de acesso aos resultados culturais por todos produzidos. Como pressuposto, está a proteção dos bens intangíveis, para que não se percam nem se limitem ao acesso e conhecimento apenas pela comunidade diretamente envolvida em sua vivência. Cabe ao Estado participar da superação das dificuldades materiais implicadas nessa aproximação.

A ação cultural do Estado há de ser ação afirmativa que busque realizar a igualização dos socialmente desiguais, para que todos, igualmente, aufram os benefícios da cultura. Em suma: trata-se da democratização da cultura que represente a formulação política e sociológica de uma concepção estética que seja o seguimento lógico e natural da democracia social que inscreva o direito à cultura no rol dos bens auferíveis por todos igualmente; democratização, enfim, que seja o instrumento e o resultado da extensão dos meios de difusão artística e a promoção de lazer da massa da população, a fim de que possa efetivamente ter o acesso à cultura.¹⁵³

Fala-se em princípio da preservação de danos, que desafia a atuação preventiva quanto a possíveis violações ao patrimônio cultural, destacada a opção de tornar puníveis inclusive as ameaças não concretizadas a esses direitos, segundo a redação do artigo

¹⁵¹ PIRES, Maria Coeli Simões. *Proteção ao patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais*, p. 70-71

¹⁵² FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. 4.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.91

¹⁵³ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*, p.49

216, §4º, da Constituição da República. Nesse nicho teórico, Ana Maria Moreira Marchesan defende a aplicabilidade de outros dois princípios de tradicional associação ao direito ambiental: princípios da prevenção e da precaução.¹⁵⁴ Dada a irrepetibilidade dos bens culturais, que não se renovam nem podem ser substituídos por cópias¹⁵⁵, caracterizando-se como causador de danos irreparáveis o que porventura venha a prejudicá-los, estariam justificadas medidas que os resguardassem de riscos conhecidos ou hipotéticos, se necessário for recorrendo a expedientes cautelares, efetivados por determinação judicial ou por iniciativa própria da Administração Pública.

Do princípio da responsabilização extraem-se diretrizes sancionatórias para quem leve a efeito danos ao patrimônio cultural. As respostas públicas contra as malsinadas ilicitudes espraiam-se nos âmbitos administrativo, cível e criminal¹⁵⁶, e para isso dependem do exercício ordinário das competências legislativas para as devidas tipificações e traço dos pressupostos para exigibilidade de providências reparatórias.

Afinado está com o princípio do poluidor pagador. Considerada como poluição a ingerência externa de efeito degradante ao meio ambiente, e considerado o ambiente cultural como uma de suas espécies, há entendimento de que em prol da cultura também se impusesse aos agentes econômicos um certo custo pelos prejuízos impostos à vida cultural da sociedade.

A construção do princípio parte da constatação de que, durante o processo produtivo, são produzidas externalidades negativas. São chamadas externalidades, porque, embora resultantes da produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor/empreendedor. Com a aplicação do princípio do poluidor-pagador, procura-se corrigir este custo adicionado à sociedade, impondo-se sua internalização pelo produtor, mesmo que essa envolva uma repercussão sobre os preços dos bens por ele produzidos.¹⁵⁷

Por exigência do princípio do equilíbrio, buscam-se alternativas para conservar o paralelo atendimento das políticas e expectativas de crescimento econômico, justiça social, expressão cultural e preservação dos recursos naturais. É campo da chamada

¹⁵⁴ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*, p.112-121.

¹⁵⁵ *Ibid*, p.159

¹⁵⁶ PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p.125-138

¹⁵⁷ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *Op.cit.*, p.133.

sustentabilidade, que é pluridimensional nas perspectivas de desenvolvimento, para atender reclamos de ordem social, ética, ambiental, econômica e jurídica.¹⁵⁸

Note-se que a noção de sustentabilidade na preservação da cultura, que se perfaz em harmonia com a manutenção de um meio ambiente íntegro e sadio não é novidade no direito. Coaduna-se com a tendência remontante à década de 1970, de tratar conjuntamente questões ambientais e culturais, como feito na Convenção para a Proteção do Patrimônio Cultural e Natural Mundial (1972), e conservado ao longo do tempo, já tem exemplos aplicados de forma bem-sucedida, inclusive em processos de registro concluídos pelo IPHAN:

De outro modo, nos casos onde os recursos naturais já se encontram exauridos ou em processo, a adaptação talvez seja a única forma de garantir a reprodução de um determinado bem cultural. Este foi o caso da Viola de Cocho, instrumento musical tocado, sobretudo, na região do pantanal nos estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, em manifestações como o Cururu e o Siriri. De acordo com Vianna et al (s/d), o modo tradicional de fabricação da viola empregava ‘tripas de ouriço-cacheiro (porco espinho) ou de bugio (macaco de grande porte), ou da irara, ou do macaco-prego para fazer as cordas’... e, ainda, ‘para colar as diversas partes, empregava-se a batata-de-sumaré (espécie de orquídea selvagem) ou um grude feito pelo cozimento de poças de piranhas (bexiga natatória, pequena tripa cheia de ar)’. A substituição dessa matéria-prima tradicionalmente utilizada por cola industrial e linha de náilon foi a forma encontrada pela comunidade para que a preservação do patrimônio cultural não comprometesse a preservação do patrimônio ambiental.¹⁵⁹

A participação popular impõe-se como princípio democratizante das políticas culturais. A sociedade civil, fonte primária de produção do fenômeno cultural e nisso atendida pela liberdade de expressão estampada no artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal, é chamada a vivê-lo e resguardá-lo e deve ter acesso assegurado às discussões quanto às políticas estatais destinadas a sua valorização.

Afirma-se pelo princípio constitucional da vinculação dos bens culturais, com espeque em seu artigo 23, inciso IV, o dever do Poder Público de “impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural”. Quando a ele se refere, Marcos Paulo Miranda acentua sua mais evidente correlação com bens culturais tangíveis e móveis:

¹⁵⁸ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.54-55

¹⁵⁹ BELAS, Carla Arouca. *Aspectos legais do INRC: relação com legislações nacionais e acordos internacionais*. Disponível em <<http://www.museugoeldi.br/institucional/texto%20ASPECTOS%20LEGAIS%20DO%INRC.pdf>> Acesso em 16 abr.2011

[...] quis o legislador constituinte que o Poder Público adotasse as medidas cabíveis para assegurar a manutenção de tais bens em suas origens, tendo em vista o seu elevado significado para a memória e identidade de nosso povo. Como decorrência deste princípio, os bens culturais brasileiros devem ser mantidos no país, ressalvada a saída temporária para o exterior com objetivos de intercâmbio científico ou cultural. [...]

Infelizmente o comércio clandestino de bens culturais brasileiros com o exterior tem sido um dos maiores responsáveis pela pilhagem de nossas imagens sacras, móveis coloniais, esculturas, obras de arte, materiais retirados de prédios coloniais, peças de valor arqueológico e paleontológico e conseqüente perda de informações científicas e referências culturais de imensurável importância.¹⁶⁰

As fronteiras que delimitam o espaço prioritário de conservação dos bens culturais, por certo produzem maiores efeitos para impor resistência à sua circulação material. Lembre-se que o conceito da espécie imaterial insculpido no artigo 2º da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003), faz referência a “práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas”, que se manifestam especialmente por meio de tradições e expressões orais e artísticas, práticas sociais, rituais e atos festivos, conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo, e a técnicas artesanais tradicionais.¹⁶¹ No Brasil, para organizá-los em categorias, circunscrevem-se a quatro delas, reservada a possibilidade futura de novos tipos classificatórios. É a estruturação do Decreto federal n.º 3.551/2000: (i) saberes – “conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; (ii) celebrações – “rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social”; (iii) formas de expressão – “manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas”; (iv) lugares – “mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas”.

Impedir que sejam reproduzidos no exterior, ou que sejam comunicados a autoridades competentes sobre essa intenção, são exigências impraticáveis. Multiplicam-se os casos, em sentido oposto, de incentivo a que esses elementos sejam disseminados ao público estrangeiro como marcas identitárias da brasilidade, um verdadeiro produto cultural que reforça a imagem do país perante a comunidade internacional. O cuidado a se tomar, e disso já se falou quando abordada a serventia econômica da resistência cultural das minorias frente às pressões da globalização, é que suas marcas culturais se repliquem desprovidas da

¹⁶⁰ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência e legislação*, p.41

¹⁶¹ COUCEIRO, Sylvia. *Patrimônio imaterial: debates contemporâneos*, p.155-156

significação de suas origens, mas não por um processo natural de reinvenção, e sim por se haverem transformado em meras mercadorias.

Na interface com o patrimônio imaterial da cultura, que pode qualificar os bens tangíveis, a *gentrification* pode alimentar um processo, às vezes perverso, de reelaboração das tradições locais para dialogarem com as pressões do consumo cultural. É dizer: nesse quadro, a cidade se obriga a atualizar ou se adequar para ser e ter produtos na vitrine dos negócios, incluídas as representações de seu patrimônio imaterial.

Essa pressão da racionalidade mercadológica, que impõe a potencialização econômica dos bens culturais, traz como consequência a sua precarização, quando não grave elitização. Essa elitização ocorre pelas diversas formas de interditos proibitórios, e pela desconsideração dos usuários residentes na área de intervenção ou de sua condição de co-autores da cultura, estimulando a segregação não apenas espacial, mas também social. O quadro envolve a apropriação privada dos bônus da preservação e da cultura como um todo, pela exploração egoística dos serviços e produtos, com a transformação da tradição, dos saberes e afazeres, das manifestações folclóricas em espetáculo para alimentar a agenda das arenas do mercado, que segue alheio à essência dos espaços.

A privatização do público só pode ser revertida pelo uso cotidiano por parte dos cidadãos na busca de seus lugares e de suas tradições, pelas interações sociais espontâneas travadas nesses espaços e representações, as quais, fugindo à lógica de meras concessões, são capazes de resignificação e recriação de sua materialidade e simbologia e da vida.¹⁶²

Para preservar suas raízes originais de significação, enquanto a disseminação noutros sistemas culturais pode fazê-los incorporarem valores e práticas estranhos à cultura nacional, sob o risco de descaracterização para as próximas gerações, vale-se o Estado de meios de documentá-lo e promovê-lo tal como esses bens foram alçados à categoria de patrimônio do Brasil. São essas medidas consignadas no item 3, do artigo 2º da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003):

Entende-se por “salvaguarda” as medidas que visam 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.

Ainda explorando o mesmo dispositivo, o artigo 23, inciso IV, da Constituição da República, relativamente à destruição e descaracterização dos bens de valor cultural, merece esclarecimentos quando incidente em bases intangíveis.

¹⁶² PIRES, Maria Coeli Simões. *Proteção ao patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais*, p.70-71

Consta do mesmo artigo 2^a da Convenção para a Salvaguarda (2003), que o patrimônio imaterial “[...] é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente [...]”. Por conseguinte, há a possibilidade de alterações espontâneas dos costumes, que progredindo ao longo do tempo possam rechaçar ou descaracterizar o que, noutros tempos, era um marco relevante para a coesão e identificação de uma certa comunidade.

Tendo em vista essa peculiaridade dinâmica, o Decreto federal n.º 3.551/2000 não se estrutura para a intervenção direta da União, nos rumos da produção cultural atrelada aos valores e crenças dos mais diferentes grupos participantes do processo formador da identidade nacional. O que ele carrega é o intuito de organizar as práticas estatais e dos interessados e/ou legitimados, em torno da apuração dos elementos culturais intangíveis que, na atualidade, preenchem os requisitos de continuidade histórica – perpetuação nos costumes e tradições – e “relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira”, na forma de seu artigo 1º, §2º.

[...] o conceito de patrimônio imaterial permite considerar a mobilidade dos atores envolvidos, as diversas recriações e ressignificações desses bens a partir das diferentes gerações e camadas sociais. O objetivo é evitar o intervencionismo governamental e permitir uma maior autonomia dos atores na apropriação de suas manifestações culturais. Essa dinâmica requer um equilíbrio de forças entre a ação do Estado, no sentido de patrimonializar esses bens, e as práticas e expressões das comunidades. A solução desse impasse é garantir uma política patrimonial, cujo escopo seja o de fomentar, documentar e acompanhar as manifestações da cultura imaterial a partir dos próprios valores que as comunidades portam sobre seus bens.¹⁶³

Da antropologia o direito recolheu conhecimento afeto à temporalidade das manifestações culturais, principalmente quanto à dinâmica de transformação das tradições assimiladas e difundidas alheias a processos formais de educação. É por isso que, de modo diverso do tombamento, que segue a tendência de estabilidade e conservação dos bens tangíveis e perdura no tempo em apreço às características do bem tombado representativas de um povo numa certa época, o registro deve ser periodicamente revisto. No mínimo a cada dez anos, a pertinência de se manter o título de “Patrimônio Cultural do Brasil” é reavaliada pelo IPHAN, que decidindo por não revalidá-lo, privará o registro da plenitude inicial de seus efeitos. Na dicção do artigo 7º, parágrafo único, do Decreto federal n.º 3.551/2000, neste caso permanecerá o registro como referência cultural de seu tempo.

¹⁶³ COUCEIRO, Sylvia. *Patrimônio imaterial: debates contemporâneos*, p.156-157

Voltando ao rol de princípios, tem acolhimento o da educação patrimonial. Tomado de *per se*, o direito à educação está elencado entre os direitos fundamentais sociais, no artigo 6º da Constituição, e objeto de tratamento mais específico no título da ordem social, entre os artigos 205 e 214.

O que o princípio da educação patrimonial encaminha para efetivar-se é uma postura pró-ativa em torno do esclarecimento sucessivo das gerações, quanto à existência de seu patrimônio cultural, de seu elevado valor e utilidade para o respeito a outros direitos, e da necessidade de promovê-lo com sustentabilidade. Isso porque, cuidando-se de um direito difuso, é a fruição comprometida e atuante na preservação de sua integridade, que garantirá às gerações vindouras o exercício pleno de seus direitos culturais.¹⁶⁴ Com esses meios, fica arregimentada a sociedade civil para participar, conscientemente, do dever que lhe é imposto pelo artigo 216,§1º da Lei Maior, de colaborar com o Poder Público para promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro.

Além disso, a ciência das particularidades dos modos de ser e viver do brasileiro dá azo a reflexões sobre a convivência com o que se apresenta como diferente, e à postura de tolerância quanto às variações de pensamentos e valores de seus nacionais e de outros povos. Por isso mesmo, a educação tem espaço privilegiado na Declaração de Princípios sobre a Tolerância, aprovada pela Conferência Geral da UNESCO em 1995, em que se chega a afirmar tratar-se do “meio mais eficaz de prevenir a intolerância”, no item 1 de seu artigo 4º.

Enquanto espécie de meio ambiente, à cultura se aproveita o mandamento de promoção da educação ambiental em todos os níveis, na forma do artigo 225, inciso VI, da Constituição da República.¹⁶⁵

Passando ao princípio da solidariedade intergeracional, mais uma vez é lembrado o artigo 225, que impõe à presente geração o dever de bem desincumbir-se da preservação dos recursos ambientais de que dispõe, a fim de que remanesçam acessíveis para as gerações vindouras. Comentando esse princípio, Ana Maria Marchesan esclarece que seu conteúdo se baseia em teoria de mesmo nome, desenvolvida na Universidade de Georgetown, em Washington. Conduzida em terras ianques pela professora Edith Brown Weiss, baseia-se no valor da alteridade e no relacionamento equânime entre gerações (sucessão temporal) e comunidades (concomitância, simultaneidade). Como apenas um elemento do meio ambiente,

¹⁶⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, p.81

¹⁶⁵ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional*, p.123

o ser humano (espécie) seria desprovido do direito a prevalecer sobre ele (gênero) ou sobre o semelhante alocado em tempo diverso (homens iguais em direitos).

Para Weiss, o princípio bem poderia decompor-se em três aspectos:

- a) Diversidade de opções: cada geração deve ser demandada a conservar a diversidade dos recursos naturais e culturais;
- b) Conservação da qualidade: cada geração deve ser demandada a manter a qualidade ambiental de modo a assegurar que o planeta legado não esteja em piores condições do que o recebido;
- c) Conservação do acesso: cada geração deve prover os seus membros com iguais direitos de acesso ao legado das gerações passadas e deve conservar esse acesso às futuras gerações.¹⁶⁶

Quando se trata de manutenção da diversidade, qualidade e acessibilidade aos bens culturais, a importância da também chamada solidariedade diacrônica ganha especial relevância, pois por sua própria definição, cultura é criação humana herdada dos predecessores, e deixada em herança para assimilar-se e recriar-se em mãos dos que virão noutras épocas. A transmissibilidade é inerente à dinâmica cultural¹⁶⁷, e negligenciar-lhe os meios de satisfatório desenvolvimento, traz como resultado a destruição dos elementos culturais pretéritos, sem que as futuras gerações tenham sequer a opção de acolhê-los ou rejeitá-los com base nos valores compartilhados à época da possível assimilação.

Por fim, fala-se em cooperação internacional enquanto princípio, e assim se encontra ordenado no artigo 4º, inciso IX da Constituição Federal, ademais de variados instrumentos jurídicos e políticos internacionais, dentre eles a Declaração dos Princípios da Cooperação Cultural Internacional (1996). Estão os Estados e organismos internacionais comprometidos com a tolerância e mesmo valorização da diversidade cultural, nisso reconhecido o tratamento digno e isonômico aos seres humanos, e o pluralismo fático e axiológico como um verdadeiro patrimônio mundial inapropriável, ante a titularidade difusa por todos quantos o produzem, acessam e/ou de outro modo são por ele afetados.

Ao longo da exposição, foi possível verificar que a construção jurídica do conceito e liames protetivos da cultura imaterial, fulcrou-se em longa trajetória de edição de diplomas normativos em âmbito internacional, e de esforços científicos, artísticos, políticos e jurídicos de reconhecimento da dignidade dos povos, e de seu protagonismo para promoção da paz. Retomada a premissa de que o processo se conforma a seu objeto de tutela, já se

¹⁶⁶ Apud MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*, p.158

¹⁶⁷ MOURÃO, Henrique Augusto. *Patrimônio cultural como um bem difuso*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.08-12

antecipa que o registro então regulamentado pelo Decreto n.º 3.551/2000, haverá de conformar-se à realidade material e aos valores e ordenações dispostos nas normas de direito material aplicáveis à matéria.

Compreender a via processual de efetivação desses direitos exige, além do conhecimento de sua especialidade enquanto direitos fundamentais, também do arquétipo de processo administrativo coletivo útil para fazê-lo. Esta é a matéria do capítulo que segue, servientes suas conclusões para detida análise do procedimento conferido à iniciativa de registro.

02 – VERTENTE PROCESSUAL DA CULTURA INTANGÍVEL: CONTEXTO SISTÊMICO DO PROCESSO DE REGISTRO

No capítulo anterior, a reconstrução histórica dos progressos normativos redundantes na atual proteção do objeto cultural intangível, abriu espaço para que, na perspectiva de se analisar a legitimidade e adequação do processo administrativo de registro, encontrem-se os fundamentos sistêmicos de acolhimento processual da iniciativa de tutela à cultura.

Com esse desiderato, há de compreender-se o contexto de busca de efetividade do gênero de direitos difusos, dentre os quais se encontram as referências culturais intangíveis, a lógica e características do sistema processual administrativo e a forma de acolhida para harmônica aplicação do procedimento ditado ao registro. Além disso, considerada a feição coletiva de seu processo, recorre-se a extensões normativas carreadas por aplicação subsidiária, recolhendo dos esforços da doutrina processual pátria, consensos e orientações quanto à dinâmica própria de processos desse jaez.

É o trabalho que segue tecido nas linhas vindouras.

2.1 Imperativos de efetividade dos direitos difusos e o recurso à via processual

Passados mais de vinte anos desde a promulgação da Constituição vigente da República Federativa do Brasil, tão aclamada como instrumento jurídico de efetivação da cidadania e da democracia após longo período ditatorial, encontra-se a comunidade jurídica às voltas em perguntar-se do que dispõe o direito brasileiro para ser, enfim, prático. Noutras palavras, se num momento inicial era de se ater a doutrina e a jurisprudência a questionamentos acerca do que é o direito consagrado, verteu-se a tônica em arguir como fazê-lo efetivo, enraizado no cotidiano de quem o pode exigir e na prática de quem o deve observar.

Note-se que a simples existência da norma, e com relevantes decorrências para a presente abordagem, não implica a automática geração de seus efeitos em plenitude no

mundo dos fatos. A discrepância é de tal modo evidente, que justifica incursões doutrinárias para distinção dos âmbitos de eficácia da norma. Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.¹⁶⁸

Segundo dados censitários condensados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, divulgados em novembro de 2010, o universo populacional brasileiro já atingia a cifra de 190.732.694 habitantes.¹⁶⁹ Num país tão populoso, é de se admitir o sucesso quantitativo nas iniciativas de satisfação do que perfaz o patrimônio jurídico de seus cidadãos, na medida em que se efetivem os direitos próprios das coletividades. Sem prejuízo dos direitos individuais, igualmente merecedores de destaque e proteção, a observância de direitos de titularidade plural, alguns até de impossível identificação dos sujeitos singularmente considerados, alcança efeitos de ampliação horizontal do número de indivíduos efetivamente satisfeitos no acesso ao que lhes assegura a ordem jurídica.

A ampliação vertical de direitos, sobrepostas dimensões tipicamente associadas aos quadros evolutivos dos Estados Liberal, Social e Pós-Moderno, é matéria tradicional no estudo dos Direitos Fundamentais. Em brevíssima síntese, a lógica é de passagem dos direitos negativos individuais, para o acréscimo dos direitos positivos sociais e meta-individuais.¹⁷⁰

O indivíduo incólume a agressões externas obstativas do progresso de suas potencialidades, passa a reclamar intervenções positivas em prol dos grupos a que pertence. Corriqueiramente, desempenha papéis sociais qualificados pelas características de certas categorias: não atua soberanamente como Sr. Fulano, v.g., mas como trabalhador, e enquanto integrante desse *standard* comportamental, tem acesso a um padrão jurídico especialmente concebido para ele.¹⁷¹

Lado outro, é destinatário de comandos normativos polarizados por humanos, indistintamente considerados, simplesmente por se compreender que o bem

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.240

¹⁶⁹ Dados censitários de 2010. Disponíveis em <<http://www.ibge.com.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>> Acesso em 05 jan. 2012

¹⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*, p.48-49

¹⁷¹ FEITOSA, Maria Luiza de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p.309

protegido condensa valores que não devem ser transgredidos, ou porque sua integridade repercute na vida humana digna e saudável, independentemente de quaisquer características formais ou materiais dos múltiplos sujeitos sociais. É o típico exemplo da preservação do meio-ambiente.

Em sentido técnico-jurídico, obtemperadas as especificações legisladas acerca de suas características estruturantes, os dois exemplos suscitados – pluralidades identificáveis como “grupos” ou não-identificáveis - inserem-se numa macro-categoria conhecida por direitos coletivos *lato sensu*.¹⁷² Dentre suas espécies, o primeiro grupo seria o dos coletivos em sentido estrito, e o segundo dos direitos difusos, ponto de destaque no texto em curso. Nestes, se for possível a tomada de providências individuais, mas com reflexos coletivos – *v.g.* alguém se defende de agressão ambiental que o prejudica diretamente, mas cujo proveito se estende mesmo indiretamente à coletividade – Gregório Assagra de Almeida¹⁷³ vislumbra espaço para a caracterização dos direitos difusos em dimensão individual.

A já tradicional distinção encontra-se grafada em legislação afeta ao microsistema consumerista nacional. Provem da Lei n.º 8.078/90, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor, nos incisos do parágrafo único de seu artigo 81, os paralelos entre as aludidas categorias, a par do que também se convencionou chamar de direitos individuais homogêneos.

Simplificando o entendimento sobre o que seriam os direitos difusos, Hugo Nigro Mazzilli expõe que “são como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas”¹⁷⁴. Disso extraem-se aspectos subjetivos de indeterminação dos titulares, dentre os quais não se erguem relações jurídicas, e também objetivos, quanto à natureza não cindível do bem tutelado.¹⁷⁵

¹⁷² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v.4. Salvador: JusPodivm, 2007. p.73

¹⁷³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e integração*. São Paulo: Saraiva, 2003. p.481

¹⁷⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.50

¹⁷⁵ QUIRINO, Matheus Adolfo Gomes. Breves noções do conceito doutrinário de direito coletivo no ordenamento jurídico brasileiro. *De jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n.12, p.301-310, 2009. p.306

Mazzilli prossegue esclarecendo que “... nem todos os interesses difusos são compartilhados pela coletividade ou comungados pelo Estado...”, como se pode ver da elucidativa exemplificação encartada:

Há interesses difusos: a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o do meio ambiente como um todo); b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como o dos consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como os interesses dos trabalhadores da indústria do tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes); e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os dos que desfrutam do conforto dos aeroportos urbanos, ou da animação dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela poluição sonora).¹⁷⁶

Por tudo quanto já se considerou, é de se concluir que o suporte jurídico consagrado à positivação e efetivação de direitos difusos, caminha na esteira de ampliação vertical dos direitos fundamentais, evidenciados em sua 3ª geração/dimensão, e obviamente na extensão horizontal dos sujeitos beneficiados. Proteção, aqui, significa um universo amplo de simultânea satisfação dos destinatários.

Dos ensinamentos balizados pelo constitucionalista Dalmo de Abreu Dallari, colhe-se como elemento do Estado a finalidade, por ele sintetizada como a busca pelo bem comum de seu povo, situado em certo território.¹⁷⁷ Voltando à baila da Lei Maior, em seu art. 3º, inciso IV, o constituinte houve por bem consagrar como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos. E isso enfatizando que a universalização encampada não admite preterimentos, fazendo-o ao enunciar que rechaça preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Pois bem, se em linhas anteriores tornou-se claro que direitos difusos remetem-se a um sem-número de sujeitos, e é mister constitucional assegurar a todos os proveitos do bem comum, concorre ao êxito do objetivo fundamental do Estado conferir especial atenção à eficácia social/efetivação desses interesses coletivos *lato sensu*. Em suma: procurar os meios juridicamente relevantes de concretizar os ditames dessa sorte de disposição normativa, na realidade do povo integrante do Estado brasileiro.

¹⁷⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, p.51

¹⁷⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p.107

Vem daí a abertura inarredável ao estudo da tutela coletiva por via processual¹⁷⁸. Primeiramente, fulcrada na clássica funcionalidade do processo enquanto remédio de recomposição da legalidade para os casos de violação: serve o direito subjetivo – processual – para reverter o vilipêndio ao objetivo – material.¹⁷⁹ Noutro mote, e nisto com grande utilidade para o direito processual administrativo, enquanto mecanismo de legitimação do agir executivo estatal, possibilitando aos interessados que, arrimados em contraditório e ampla defesa, possam provocar ou simplesmente intervir no *iter* de composição da vontade pública, rumo à consolidação dos direitos de ordem metaindividual. Aqui o propósito é controlador e democratizante¹⁸⁰, independentemente da existência de conflito prévio ou de violação resistida, consentida ou desconhecida de interesse coletivo.

Para entender o contexto em que a tutela coletiva é chamada para remediar e promover os direitos difusos na atualidade, em proveitosa descrição do Direito Pós-Moderno, a despeito de controvérsia doutrinária existente sobre a viabilidade de assim caracterizar-se o direito, sob argumento da inexistência de traços distintivos de monta que o permitam fazê-lo, Daniel Sarmiento enuncia que o período precedente - a Modernidade - encampou uma verdadeira “[...] aposta na razão secular e na ciência como meios para promoção do progresso e da emancipação do homem.”¹⁸¹ Após séculos de suplantação da racionalidade por um saber monopolista fundado nas experiências e dogmas tradicionais e religiosos, o período pós-renascentista vocacionou-se ao desenvolvimento de meios científicos de conhecimento e de solução dos problemas, e com isso prometeu respostas objetivas e eficientes aos mais variados dilemas enfrentados pela humanidade, fossem eles atinentes ao campo das exatas, da saúde ou das humanidades.

O que consistia em candente promessa, contudo, não se fez cumprir à integralidade. Num contexto de sobrelevada complexidade social, avultados os riscos¹⁸² e redobrados os questionamentos de viés filosófico, a ciência por si só falhou em responder a latentes questões do tecido social, abrindo espaço para uma retomada à cultura de valores, à relativização e aos particularismos, em nota oposta às certezas totalizantes outrora pretendidas com modelos racionais criados para a explicação da realidade.

No mundo globalizado, decresce a importância da nacionalidade, ao passo que são destacadas as peculiaridades no tratamento econômico, social, jurídico e político

¹⁷⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.29

¹⁷⁹ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*, p.34

¹⁸⁰ PORTA, Marcos. *Processo administrativo e o devido processo legal*, p.39

¹⁸¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.p.55

¹⁸² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Rio de Janeiro: Editora 34, 2010. p.23

atrelados ao pertencimento a certa comunidade de característica étnica, de mesma orientação sexual, religiosa ou cultural.

Ainda segundo o mesmo autor, o direito pós-moderno poderia dizer-se: avesso a construções e valores jurídicos universais e axiomáticos; solidário a tradições culturais como instrumento de reforço das identidades locais; pluralista em suas fontes, admitindo a regulação extra-estatal de efeitos jurídicos; estruturado em rede, e não rigidamente hierarquizado como fazia supor a proposta positivista legalista; simpático aos meios negociais de solução de conflitos; mais flexível às contingências próprias da situação concreta; adaptado às iniciativas auto-regulatórias do mercado.

A cidadania global revisitada e compreendida como o “direito a ter direitos”, independentemente da origem nacional e comprometida com a plena realização dos direitos fundamentais dos sujeitos¹⁸³, na ordem pós-moderna, coaduna-se com um direito que reconheça a multiplicidade dos segmentos culturais e ideológicos que lhe compõem um quadro multifacetário. Isso para que todos, com voz e iniciativa, apesar de suas diferenças, tenham acesso às benesses juridicamente alcançáveis, sem que para tanto se percam as disparidades características de suas identidades.¹⁸⁴

E que não se pense em compatibilidade da ordem jurídica com redutos sociais estanques, isolados em suas peculiaridades. Muito diferente disso, há preocupação em conservar as identidades grupais, para que não sejam forçadas materialmente a exaurir-se, ante as pressões dos grupos majoritários e/ou político e economicamente hegemônicos. Independentemente da origem étnica ou particularidades outras, o indivíduo representante das maiorias ou das minorias tem igual garantia à satisfação de seus direitos fundamentais, acessando o que a Lei Maior a todos estendeu como objetivo do Estado com o qual se relaciona juridicamente.

Tanto os grupos se interrelacionam, que os aludidos direitos difusos, de titularidade metaindividual e indivisível, são também chamados de direitos de solidariedade e de fraternidade. A todos toca cooperar para que sobrevenham aos indivíduos a realização da paz, autodeterminação dos povos, desenvolvimento, meio ambiente saudável e satisfatória qualidade de vida.¹⁸⁵

¹⁸³ CAMPOS, Eduardo Nunes. *O lugar do cidadão nos processos de integração: o déficit social na Comunidade Européia e no Mercosul*, p.71

¹⁸⁴ CARRACEDO, José Rubio; ROSALES, José María; MÉNDEZ, Manuel Toscano. *Ciudadanía, nacionalismo e derechos humanos*, p.21-34

¹⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p.48

Veja-se que as medidas de efetivação dos direitos de solidariedade, portanto, não se originam de orientações simplistas acerca dos destinatários. Inexiste conexão lógica entre a multiplicidade de sujeitos envolvidos na fruição desses direitos e sua igualdade material no mundo dos fatos onde se aplica a norma. Os interesses transindividuais encontram-se imersos num mar de disparidades econômicas, sociais, políticas, ideológicas e culturais, considerados pelo comando normativo, no mínimo, em seu valor pluralista.¹⁸⁶ Joaquín Herrera Flores esclarece que o aplicador de direitos fundamentais por certo não se depara com tipos ideais de seres humanos, mas com divergências relevantes para o resultado prático da aplicação normativa.

O hermeneuta, tal como o concebe Juan Ramón Capella, está ligado a dois tipos de exigências: uma interna à atividade de decidir; outra ligada à estrutura institucional na qual está inserido. Por isso o juiz e o administrador não apenas estão sujeitos a normas pré-existentes e a regras institucionais, senão também a valores, ideias, representações intelectuais, paixões, interesses concretos e condições fáticas de sua atuação jurisdicional, que não temos alternativa outra a considerar como parte do conteúdo da lei, se é que não queremos, como veremos adiante, cair numa metafísica jurídica de claro viés conservador. (tradução livre do espanhol)¹⁸⁷

Em linhas anteriores, foi pontuado que o bem estar de todos alçado à categoria de objetivo fundamental da República, se coaduna com o propósito de direitos de titularidade coletiva. Efetivá-los implica buscar meios processuais para tanto.¹⁸⁸ Cotejados estes termos com a constatação de que inúmeras particularidades estão embutidas no produto de tutela transindividual, conclui-se que para honrar seu mister instrumental, um processo que o sirva deve permitir que toda essa multiplicidade participe, direta ou indiretamente, do *iter* que redundará na aplicação do direito. Dito de outra forma, há exigência de um processo também pluralista, ou corre-se o risco de que não acorra ao seu resultado final o caleidoscópio de matizes culturais que representariam a plurivocidade social em sua efervescência.

Por lógico, já pelo fato de não se poder enumerar todos os potenciais destinatários do interesse difuso, e pela total ausência de viabilidade técnica de se permitir, quiçá a milhares de indivíduos, lançarem manifestações não raro repetitivas num mesmo

¹⁸⁶ MOURÃO, Henrique Augusto. *Patrimônio cultural como um bem difuso: o direito ambiental brasileiro e a defesa dos interesses coletivos por organizações não governamentais*, p.147

¹⁸⁷ FLORES, Joaquín Herrera. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (coord.) *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.84

¹⁸⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e integração*, p.144

processo, a dinâmica do contraditório e da participação nos processos coletivos é distinta das lides individuais. O tal processo pluralista depende de mecanismos legítimos de representação:

Enquanto no primeiro [processo individual] o contraditório é exercido diretamente pelo sujeito da relação processual, no segundo – o processo coletivo – o contraditório cumpre-se pela atuação do portador, em juízo, dos interesses ou direitos difusos ou coletivos (transindividuais) ou individuais homogêneos. Há, assim, no processo coletivo, em comparação com o individual, uma participação maior pelo processo, e uma participação menor no processo: menor, por não ser exercida individualmente, mas a única possível num processo coletivo, onde o contraditório se exerce pelo chamado ‘representante adequado’.¹⁸⁹

A chamada representação adequada é uma nota do processo coletivo, exemplo de um rol de peculiaridades que reclamam a existência de mecanismos processuais apropriados para atendê-las.

O processo de registro, porquanto estabelecido sobre objeto jurídico de titularidade difusa e contemplado no cerne de processualidade administrativa, busca no sistema processual à disposição da Administração Pública, mecanismos que o estruturam como um instrumento útil e adequado a seus propósitos, sem descuidar da compatibilidade, formal e material, com as normas de maior hierarquia, e que lhe dão validade e sustentação.

É chegada a hora de perquirir as linhas mestras do devido processo legal administrativo que o acolhem, para avançar com o entendimento sobre as possibilidades de aplicá-lo a bem do direito transindividual que lhe é confiado.

2.2 Notas sobre o devido processo legal administrativo: arcabouço de recepção do processo de registro

A Constituição da República de 1988, especificamente em seu artigo 5º, inciso LIV, edificou princípio alçado à categoria de garantia fundamental, no sentido de que a liberdade e os bens, titularizados por indivíduos ou pela coletividade, como bem se denomina o respectivo capítulo constitucional, estão salvaguardados de restrições arbitrárias. Intentos aptos a limitá-los ou subtraí-los, ou que no mínimo os exponham a tais riscos, hão de curvar-se a controle prévio exercido pela observância legitimadora do devido processo legal.

¹⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. (coord.) *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007. p.30

Se hoje é corrente dominante o entendimento de que se estende a qualquer manifestação processual, o que inclui o gênero processo administrativo e a espécie processo de registro, o histórico de sua previsão em diplomas normativos e mesmo de defesas acadêmicas e uso jurisprudencial demonstram um longo período de evolução da matéria, até que pudesse em tempos atuais ser invocada como baliza de estudo da tutela cultural.

No Brasil, antes da Constituição Cidadã, excepcionada a Carta Imperial do século XIX, todas as Constituições nacionais eram silentes acerca da cláusula do “*due process of law*”, mas a exemplo do atual §2º do artigo 5º, explicitavam a possibilidade de que a seus princípios se somassem outros decorrentes do regime e princípios adotados pelo texto constitucional. Com base nesses dispositivos, é que a doutrina se voltava para o direito comparado em confronto com as características sedimentadas do ordenamento jurídico brasileiro, para afirmar que o devido processo legal era uma de suas normas implícitas.¹⁹⁰

Assim, procurar as origens e significados desse princípio pressupõe desbordar as raias do direito brasileiro, que só em passado recente tratou de assumi-lo como garantia aos cidadãos.

De ordinário, é apontada a Magna Carta inglesa, de 1215, como primeiro instrumento jurídico a acolhê-lo¹⁹¹, sob a denominação de “*law of the land*”, do qual conserva as raízes fundamentadoras de limitação dos poderes até então despoticamente exercidos pelo monarca João Sem Terra. Foi no século seguinte, em 1354, no reinado de Eduardo III, que se reverteu na expressão “*due process of law*”, para inserir-se no Estatuto das Liberdades de Londres¹⁹² e dele se projetar para o direito internacional e replicação nas legislações dos outros países.

Os Estados Unidos da América assimilaram as noções primitivas da norma principiológica, e delas partiram para um maior desenvolvimento de seu conteúdo, a começar pela quinta emenda à Constituição Americana, no ano de 1791.¹⁹³ Nota-se que acompanharam a evolução do direito enquanto ciência e as próprias necessidades da sociedade civil, paulatinamente abarcadas em seu socorro, com o correspondente alargamento de sua significação.

No retrospecto de seus marcos, encontram-se duas dimensões de aplicabilidade: “*procedural due process of law*”, em sua vertente procedimental; e

¹⁹⁰ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p.165-166

¹⁹¹ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2.ed.rev.,atual.e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p.83

¹⁹² PORTA, Marcos. *Processo administrativo e o devido processo legal*, p.105

¹⁹³ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Op.cit.*, p.70

“*substantive due process of law*”, para o desdobramento substancial de seus ditames. Inexiste entre elas hierarquia ou sucessão substitutiva de uma pela outra; antes, somam-se, com o propósito de contribuir para a plenitude de gozo dos direitos públicos e particulares, contra arbitrariedades porventura decorrentes do exercício de poder.

O primeiro diz respeito à obrigatoriedade de que os poderes estatais sejam exercidos em conformidade com uma previsão abstrata e obrigatória de procedimento.¹⁹⁴ Disso advém efetivação da segurança jurídica¹⁹⁵, pois o sujeito de direitos conta com a garantia de que, uma vez envolvido em atividade processual, estará sujeito a um procedimento previamente conhecido e veiculado por comando normativo emanado de autoridade legítima e competente.

Quanto ao devido processo legal substancial, primeiramente foi entendido como o dever de todos os entes federativos observarem os direitos individuais contemplados nas dez primeiras emendas à Constituição Norte-Americana, sob pena de declararam-se inconstitucionais as leis violadoras¹⁹⁶. Mais tarde, melhor se assentou como supedâneo de razoabilidade, principalmente quanto às leis de cunho econômico.¹⁹⁷

No Brasil, há defesa tenaz de que a ordem constitucional tenha acolhido, no inciso LIV de seu artigo 5º, as duas matrizes hermenêuticas assimiladas do direito estrangeiro que a precedeu, tanto que remanesce essa cláusula invocada como supedâneo de constitucionalização da razoabilidade¹⁹⁸, ainda que implicitamente.

Reafirmando o já consignado: o aspecto processual do *due process of law* é indissociável de sua superfície substancial. [...] a garantia do art. 5º, LIV, da Constituição engloba incidíveis aspectos ‘processuais’ e ‘substanciais’. Isso porque (a) a compreensão genérica do *due process of law* assim o impõe; (b) a evolução histórica da cláusula não permite a exclusão de uma das espécies de proteção com fundamento exclusivo na dicção genérica da garantia; (c) não foi feita a diferenciação no corpo do texto constitucional, o que vedaria ao intérprete estabelecê-la *sponte própria*; e (d) o princípio da máxima eficácia proíbe a interpretação restritiva de normas constitucionais que estabelecem direitos e garantias.¹⁹⁹

¹⁹⁴ BUENO, Vera Scarpinella. Devido processo legal e a Administração Pública no direito administrativo norte-americano: uma breve comparação com o caso brasileiro. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle. (coord.) *Devido processo legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.20

¹⁹⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4.ed. atual., rev. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2010. p.250

¹⁹⁶ BUENO, Vera Scarpinella. *Op.cit.*, p.21-28

¹⁹⁷ MOURA, Elizabeth Maria de. *O devido processo legal na Constituição brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. p.77

¹⁹⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.217-221

¹⁹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Op.cit.*, p.292-293

Outra dicotomia ligada ao mesmo dispositivo, e reforçada pela redação conferida ao artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição, diz respeito à distinção entre direitos e garantias fundamentais. Na lição de José Afonso da Silva, aqueles seriam declaratórios, e estes assecuratórios, por disporem de meios processuais ao alcance de quem sofresse ameaça ou violação de seus direitos fundamentais materiais.²⁰⁰ A rígida separação é objeto de crítica, e mais uma vez reforça a tese de que o devido processo legal não se revista apenas de expressão formalista. Diz-se que “[...] as garantias declaram o direito de exigir do Poder Público a proteção de outros direitos. Nisso consiste o seu conteúdo material [...]”.²⁰¹

A existência do chamado devido processo legal administrativo tornou-se alvo de acirrados debates ao longo do século XX, principalmente quando se multiplicaram as benesses concedidas pelo Estado do Bem-Estar Social. Não mais se tolerava que o Poder Público, depois de disponibilizar valores e comodidades, de inopino viesse a suspendê-los, criando embaraços, perdas financeiras e quebra de expectativas por parte de quem, legitimamente, foi levado a crer que deles já se valia de forma estável e com ânimo de definitividade.

Nas primeiras décadas do século vinte a discussão que ocupou as cortes americanas foi sobre a aplicação ou não da cláusula do devido processo ao modo de proceder da administração pública. Somente após o final da segunda guerra, especialmente com o início da campanha anti-comunista na década de 50, até a década de 70, é que as cortes desenvolveram os argumentos para reconhecer que as relações entre cidadão e Estado tinham *status* de ‘propriedade’, e que, por isso, sem o devido processo legal, o cidadão dela não poderia ser privado. A maioria dos casos em que se desenvolveu esta discussão dizia respeito a autorizações e benefícios públicos que não poderiam ser modificados ou extintos sem algum tipo de participação do interessado junto do órgão concedente.

Os cidadãos, legitimados por crescentes decisões da Suprema Corte admitindo o questionamento do agir estatal a partir de casos concretos, passaram a exigir a realização de certos procedimentos governamentais, independentemente de estarem ou não previstos em lei específica, antes que uma dada decisão estatal atingisse a sua esfera de direitos.²⁰²

Historicamente reservado à consonância dos processos judiciais, em detrimento ou com omissão das incursões processuais noutros poderes, o panorama científico brasileiro pró-extensão aos segmentos administrativos, marcou-se pela inédita exposição de

²⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p.185

²⁰¹ MOURA, Elizabeth Maria de. *O devido processo legal na Constituição brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito*, p.60

²⁰² BUENO, Vera Scarpinella. *Devido Processo Legal e a Administração Pública no Direito Administrativo Norte-Americano: uma breve comparação com o caso brasileiro*, p.15

José Frederico Marques, com o artigo “A garantia do ‘*due process of law*’ no direito tributário”, publicado em 1968 na Revista de Direito Público. Assim discorreu:

Daí não se segue, porém, que fora do processo judicial, possam os outros ramos do poder público exercer, sem contraste, o seu ‘*imperium*’, aguardando intervenção posterior do Judiciário, para corrigir ou anular os atos que atinjam ou causem lesão a direito individual. Se ninguém pode sofrer gravame em sua fazenda, patrimônio ou bens (como corolário da garantia do direito de propriedade) sem o *devido processo legal* (o mesmo acontecendo, ‘*a fortiori*’ no que tange à vida e liberdade), seria incivil, injusto e em antagonismo com a Constituição que a atividade administrativa ficasse com inteira liberdade de atuar, quando, em sua função externa, entra em contato com os administrados, à espera de intervenção ‘*a posteriori*’ da magistratura, para cortar-lhe os excessos e as arbitrariedades.

[...] Se o poder administrativo, no exercício de suas atividades, vai criar limitações patrimoniais imediatas ao administrado, inadmissível seria que assim atuasse fora das fronteiras do ‘*due process of law*’. Se o contrário fosse permitido, ter-se-ia de concluir que será lícito atingir alguém em sua fazenda ou bens, sem o devido processo legal.²⁰³

A ideia de que deveria a Administração Pública portar-se de forma procedimental e em respeito a garantias e direitos dos cidadãos no trato diuturno com o interesse público, logo fomentou a necessidade de se estabelecerem padrões normativos para sua escoreta condução. Se os sujeitos de direitos estavam contemplados pela cláusula do devido processo legal, era esperado e exigível que encontrassem parâmetros já normatizados, que lhes dessem segurança e previsibilidade quanto ao que esperar de lícito e aceitável nas iniciativas de instauração e condução do trâmite processual até o seu término.

Somente no ano de 1999, depois de décadas de lacunas legislativas para certos objetos processuais, e de uma multiplicidade de previsões ritualísticas não raro colidentes e desprovidas de uma base assentada principiológica que lhes facilitasse a racionalização e eficiência, é que foi editada a Lei federal n.º 9.784/99.

Assumidamente legislada para estabelecer normas processuais básicas no âmbito da administração pública federal, embora neste ponto também se defenda a aplicabilidade de, no mínimo, seus princípios em âmbito nacional, teve assegurada em seu artigo 69 a aplicação subsidiária às leis especiais. Sendo assim, primou pela eficiência alcançada pela especialidade das leis processuais mais restritas em seu objeto de tutela.

[...] qualquer dispositivo que seja previsto na LPA e que não tenha tratamento específico em lei federal especial é potencialmente alegável pelo interessado com base no art. 69 da lei que, além de abranger plenamente

²⁰³ Apud LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*, p.174

todos os procedimentos federais que não tenham tratamento legal, possui aplicação subsidiária aos múltiplos procedimentos específicos neste âmbito.²⁰⁴

Prestante à orientação da multiplicidade de processos que pretende abarcar, nos moldes propostos de regulamentação básica e também de aplicação subsidiária, forte em seus artigos 1º e 69, a Lei n.º 9.784/99 elencou princípios básicos do sistema processual administrativo. Encontram-se deduzidos no *caput* de seu artigo 2º, e compreendem, em rol exemplificativo, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Malgrado a própria denominação de lei processual, é notória a incursão do diploma normativo também na seara do direito material. Nesse sentido, *verbi gratia*, regra versada na decadência de direitos, à vista do artigo 54, §1º. Lado outro, assumido o pressuposto de que num Estado Democrático de Direito o agir administrativo desloca-se das raias de instantaneidade para perpassar um decurso procedimental sujeito a maior controle de legitimidade, vê-se que as imposições de ordem pública dirigidas a esse proceder cadenciado, tem o potencial de interferir no resultado final da tutela administrativa.

Logo, o fato de apresentarem-se como normas processuais não divorcia os princípios do direito atinente ao objeto do processo, não orienta a formação e desenvolvimento do processo calcado apenas em finalidades próprias e, por conseguinte, de extrema formalidade e abstração; antes, atrela-se a ele, para que de uma conjugação harmônica de suas disposições, possa o jurisprudente alcançar justa medida de condução célere do processo, sem perder de vista as providências que se façam necessárias para o melhor atendimento dos interessados na experiência de satisfação de seu direito material. Por isso, José dos Santos Carvalho Filho realça a dupla dimensão de incidência principiológica: “[...] além de material, quando se cuida da ação administrativa em si nas relações com os administrados, passa a ser também formal, para alcançar o processo administrativo como instrumento gerador da ação material.”²⁰⁵

Os princípios, posto se revestirem de natureza normativa, são hábeis à exigibilidade de condutas orientadas no sentido de efetivá-los perante a situação concreta ou, no mínimo, inibem opções de contrariedade, ante a ausência de comandos mais específicos e

²⁰⁴ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: lei n.º 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009. p.455

²⁰⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal: comentários à Lei n.º 9.784 de 29/1/1999*. 2.ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.49

vinculativos de uma forma determinada de se proceder. Nesse caso, tomados como “ [...] vetores interpretativos, servem exatamente para indicar, dentre as interpretações possíveis, diante do caso concreto, qual deve ser adotada pelo aplicador da norma, em face dos valores consagrados pelo sistema jurídico.”²⁰⁶

O primeiro deles é fundamento basilar de um Estado de Direito, reproduzido em múltiplas passagens do texto constitucional, a exemplo do artigo 5º, inciso II e *caput* do artigo 37. Situa o Estado como agente criador e destinatário da norma²⁰⁷, condicionando a regularidade e legitimidade das condutas no exercício de função executiva, à pertinência formal e material quanto à norma de competência.

Neste ponto, adiante-se o que noutras linhas virá como ponderações sobre o poder normativo ou regulamentar: que a concepção atual de legalidade administrativa não mais se reveste de parâmetros fechados em torno da produção legislativa. Em tempos de pluralidade das fontes do direito, e justificadas as necessidades de participação da Administração Pública como agente criador de previsões normativas, o princípio da legalidade mais se afina com o agir conforme o direito, proveniente de variadas fontes e nem sempre positivado de forma expressa, caso dos princípios implícitos.

No direito comparado, com destaque no sistema norte-americano e seu *Soft Law*, há grande espaço de complementação infralegal no setor regulatório, ampliadas as liberdades de normatização a bem de maior dinâmica e eficiência no trato das questões primordialmente econômicas.

O direito visto de forma fluida é mais indicativo que determinante. Na seara normativa, por exemplo, estimula-se a produção de regras de conteúdo aberto – leis-quadros (*lois-cadre* ou *standards*) – com espaço para que os entes especializados concluam o aperfeiçoamento administrativo, seja por meio da edição de outras normas complementares, seja pelas decisões a serem adotadas diante de situações concretas. Dessa forma, as disposições programáticas da legislação aberta direcionam, preveem, estimulam e autorizam uma margem de criatividade e de decisão eletiva para o agente regulador no respectivo campo regulado.

Além da amplitude na edição normativa, o Direito Flexível objetiva incitar o uso de fontes jurídicas alternativas às leis, como princípios, tratados, resoluções e convenções.²⁰⁸

²⁰⁶ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2.ed. rev.ampl. São Paulo: Malheiros, 2007. p.64

²⁰⁷ HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 105

²⁰⁸ TORREÃO, Marcelo Pires. Devido processo de regulação: encontro entre o direito flexível e a instrumentalidade processual administrativa nas agências reguladoras. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v.9, n.33, p.129-160, abr./jun. 2011. p.131

A possibilidade de que o agente condutor do processo administrativo e aplicador do direito público material continue a conduzir-se nos limites da legalidade, mesmo que não se ampare diretamente na lei, dela não pode afastar-se. É reservada a ela a possibilidade de criar e impor obrigações, a teor do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal. Permanece alçada à categoria de fundamento e limite das categorias hierarquicamente inferiores, ao concretizar em primeira mão os compromissos constitucionais assumidos para combate da arbitrariedade, fomento da democracia e preservação da dignidade enquanto fundamento axiológico de todo o ordenamento.

Há entre a lei e o regulamento uma relação de "heterointegração" entre a lei e os regulamentos dela decorrentes, com importantes reflexos inclusive "no plano da interpretação das fontes, considerando a função integradora conferida pela lei às fontes secundárias na disciplina das relações econômicas". Não seria suficiente, contudo, apenas a previsão legal da competência da Administração Pública editar normas sobre determinado assunto. Mister se faz que a lei estabeleça também princípios, finalidades, políticas públicas ou *standards* que propiciem o controle do regulamento (intelligible principles doctrine), já que a atribuição de poder normativo sem que se estabeleçam alguns parâmetros para o seu exercício não se coadunaria com o Estado Democrático de Direito, que pressupõe a possibilidade de controle de todos os atos estatais. Apesar de não encampá-la explicitamente, Luís Roberto Barroso vê, com efeito, a "tendência" em se admitir que o Legislador conceda amplos poderes normativos à Administração Pública, desde que "ofereça parâmetros adequados e suficientes para a atuação normativa".²⁰⁹

Pelo princípio da finalidade, reafirma-se o caráter instrumental da lei de processo. Ela se cumpre precedida de providências interpretativas e aplicadoras que melhor se ajustem aos fins públicos justificadores de sua existência.²¹⁰ Guarda notória correlação com o princípio da impessoalidade²¹¹, eis que a persecução das finalidades públicas é incompatível com o manejo dos instrumentos processuais a bem de particularismos egoísticos, destoantes da proteção a direitos e garantias fundamentais.

Quanto à motivação, cuida-se de princípio a exigir que as decisões administrativas, relativas tanto à condução do trâmite processual, ordenando, deferindo ou denegando a realização de certos atos, ou à apreciação do direito material invocado, se façam acompanhar das razões que levaram à conclusão esposada em seu comando. E para isso, na

²⁰⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v.16, n.65, p.07-21, out./dez.2008. p.11

²¹⁰ FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. Princípios do processo administrativo e a importância do processo administrativo no Estado de Direito. (arts. 1º e 2º) In: FIGUEIREDO, Lucia Valle. (coord.) *Comentários à lei federal de processo administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.24

²¹¹ VELOSO, Waldir de Pinho. *Direito processual administrativo*. Curitiba: Juruá, 2010. p.109

lição de Sérgio Ferraz e Adilson Dallari, não basta invocar o dispositivo legal em que se fulcra; “[...] é essencial que aponte os fatos, as inferências feitas e os fundamentos de sua decisão.”²¹² Atinge resultado útil ao controle de legalidade dos atos praticados, pois expõe aos interessados e à instância revisora os fundamentos da decisão em apreço, e ao mesmo tempo por ele se prestam contas à sociedade sobre a forma de gestão dos mecanismos jurídicos disponibilizados ao agente público para satisfação dos interesses coletivos.

Invocando a razoabilidade e a proporcionalidade, por um lado ocupou-se o legislador de exigir congruência entre os motivos e objetos das decisões proferidas no curso do processo²¹³; noutra medida, evitou excessos gravosos entre as limitações à concessão e ao exercício de direitos, e os fins públicos preservados por essa redução.

[...] as medidas tomadas pela Administração devem estar na direta adequação das necessidades administrativas. Por isso, qualquer providência administrativa mais extensa ou mais intensa do que o requerido para atingir o interesse público insculpido na regra aplicada é inválida por consistir em um transbordamento da finalidade legal.

É por essa razão que os interesses particulares somente podem ser sacrificados, se essa providência foi indispensável ao atendimento dos interesses coletivos (interesses primários). Qualquer sanção, obrigação ou restrição somente pode ser imposta aos particulares na estrita medida do interesse público e segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins.²¹⁴

O princípio da moralidade está expresso no *caput* do artigo 37 da Lei Maior, e nos dizeres de Egon Bockmann Moreira, não encontra uma “definição apriorística”²¹⁵, ante a impossibilidade de reduzi-lo a comandos concretos e definidos, citando a lição de Marçal Justen Filho. Associado à probidade e boa-fé,

[...] exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, mesmo que não previstas na lei. Constituem, pois, violação ao princípio da moralidade a conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa criada pela Administração.²¹⁶

Ampla defesa e contraditório são também garantias fundamentais, hauridas do artigo 5º, inciso LV da Constituição Cidadã, e não raro são invocados como meios de efetivação de um outro princípio constitucional de maior abstração e abrangência, o devido

²¹² FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*, p.76

²¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal*. p.53

²¹⁴ HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*, p.116

²¹⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, p.111

²¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p.96

processo legal²¹⁷, por esse motivo intitulado “cláusula continente” na doutrina de Carlos Ari Sundfeld.²¹⁸ Garantem aos participantes do processo o direito à defesa, nisso incluídos os meios úteis e necessários a que dela bem se desincumba o interessado²¹⁹, e a ciência de todos os atos do processo, possibilitada sua oportuna oferta de alegações em defesa de seus interesses, contribuindo com paridade de armas à formação do convencimento da autoridade julgadora.

Está previsto no artigo 2º da Lei n.º 9.784/99 também o princípio da segurança jurídica. Calcado na legalidade, na previsibilidade das condutas pautadas por imperativos legais, no respeito à boa-fé objetiva e às legítimas expectativas que a sustentam, e na estabilidade dos vínculos e efeitos jurídicos mantidos com ânimo de definitividade ao longo do tempo, encontra amparo também na Constituição Federal, a exemplo do sempre lembrado artigo 5º, inciso XXXVI, que veda violações ao direito adquirido, aos atos jurídicos perfeitos e à coisa julgada.

O interesse público, referência das pedras de toque do direito administrativo por sua supremacia e indisponibilidade, como expõe Celso Antônio Bandeira de Mello, assegura-se na satisfação do que a lei e os princípios dessa forma qualificam, sem confundir-se com os interesses ostentados apenas pela própria Administração Pública, de ordinário conhecidos como interesses públicos secundários.²²⁰

Por fim, o princípio da eficiência, incluído expressamente no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n.º 19/98, reclama “[...] a adoção dos mecanismos mais céleres e mais convincentes para que a Administração possa alcançar efetivamente o fim perseguido através de todo o procedimento adotado.”²²¹ Exige medidas de celeridade, informalidade e economia processual, dando margens a que dele decorra outro princípio, o da oficialidade: “[...] dever do administrador em encerrar a bom termo o processo administrativo, justificando também o dever de impulso oficial”.²²²

Foi a esse sistema pré-ordenado, de uma Constituição que admite o proceder administrativo enquanto foco de sujeição ao devido processo legal, e sendo pré-existente uma lei geral de processo de aplicação inquestionável em âmbito federal, que sobrevieram o

²¹⁷ PORTA, Marcos. *Processo administrativo*, p.116

²¹⁸ *Apud* GUEDES, Demian. *Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.82

²¹⁹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*, p.90-91

²²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p.97

²²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal*, p. 60

²²² FRANCO, Fernão Borba. *Processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008. p.40

decreto federal n.º 3.551/2000 e a resolução n.º 01/2006/IPHAN, para ditar o procedimento do processo administrativo federal de registro.

Avança-se agora na compreensão de como os institutos interagem para formar uma resposta única, sistematizada, de condução do processo, com respeito aos direitos e garantias fundamentais dos interessados.

2.3 Decreto federal n.º 3.551/2000 e Resolução n.º 01/2006/IPHAN: complementos ou bases de aplicação subsidiária da Lei n.º 9.784/99?

Provém da Constituição Federal de 1988, na redação original de seu artigo 216, §1º, a previsão de que cabe ao Poder Público, valendo-se também de contribuição da sociedade civil, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro por meio de registros. E a par desse instrumento jurídico, faz menção a outros, os inventários, iniciativas de vigilância, tombamento e desapropriação, além de outras medidas porventura necessárias de acautelamento e preservação.

A contar da grande variedade de manifestações culturais contempladas nos padrões de direito material, já era de se esperar que, no âmbito processual, fossem também plurais os mecanismos à disposição do jurisprudente, com o fito de garantir maior grau de especialização, no tratamento jurídico conferido a cada objeto de tutela. Mais uma vez, trata-se da opção pela especialidade, em busca de racionalização e eficiência.

Rodrigo Vieira Costa, reportando-se à obra de Francisco Humberto Cunha Filho, chama atenção para o fato de que o legislador pátrio cuidou de diversificar não só os tratamentos processuais, mas de distribuí-los por diplomas de distintos períodos históricos, insertos em variados patamares de hierarquia normativa e de competência para legislar. Resultado disso, é a frequente colisão formal e material de suas normas, e a sobrelevada dificuldade em aplicá-las harmonicamente, o que põe em xeque a segurança jurídica. Aponta como possível solução a iniciativa de se criar uma “[...] ‘Lei Geral de Cultura’, enquanto norma geral a reger o setor, que reunisse desde as disposições relativas à produção, ao incentivo e acesso à cultura, bem como aos direitos autorais até a proteção do patrimônio cultural”²²³, a exemplo do que fizeram Portugal (Lei n.º 107/2001), Espanha (Lei n.º 16/85) e

²²³ COSTA, Vieira Rodrigo. A ideia do código de proteção do patrimônio cultural enquanto paradigma da simplificação dos direitos culturais. *IV Enecult – Encontro de estudos multidisciplinares em cultura*. 28 a 30 de maio de 2008. Universidade Federal da Bahia. Salvador. *Anais de congresso*. Disponível em <<http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14298-02.pdf>> Acesso em 16 abr.2011. p.04

França (Lei n.º 178/2004), com seus propósitos de concentrar e simplificar a legislação cultural.

A sugestão de um código tem espaço também quando a matéria se refira apenas ao patrimônio cultural imaterial, pois a ele só já se refere um complexo normativo de difícil conciliação, quando o propósito é de se equacionarem interesses públicos, da iniciativa privada e de particulares, em especial sobre os efeitos de sua titularidade e limites de liberdade de produção e exploração da cultura, cotejados com a necessidade de protegê-la para além de resultados econômicos²²⁴, a exemplo de conhecimentos e práticas tradicionais da medicina indígena, não raro vinculados a uma postura ritualística, mas que há tempos atraem a atenção da indústria farmacêutica.

Seguindo seu histórico de dispersão, a solução interna encontrada para suprimir lacuna infraconstitucional de quase doze anos, foi a edição de mais um ato normativo, o Decreto Federal n.º 3.551, subscrito pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, e publicado e vigente desde 04 de agosto do ano 2000.

Antes disso, em novembro do ano de 1997, na capital do estado do Ceará, o IPHAN promoveu o seminário “Patrimônio Imaterial: estratégias e formas de proteção”, culminado com a publicidade de uma declaração de intenções formulada a partir dos debates promovidos. Respondia à finalidade do evento, que era reunir elementos úteis à elaboração de diretrizes e criação de instrumentos legais e administrativos, voltados à tutela dos bens portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, pontuados no artigo 216 da Constituição da República.

A intitulada Carta de Fortaleza carrou como recomendação:

4 - Que seja criado um grupo de trabalho no Ministério da Cultura, sob a coordenação do IPHAN, com a participação de suas entidades vinculadas e de eventuais colaboradores externos, com o objetivo de desenvolver os estudos necessários para propor a edição de instrumento legal, dispendo sobre a criação do instituto jurídico denominado registro, voltado especificamente para a preservação dos bens culturais de natureza imaterial.²²⁵

²²⁴ VIANNA, Letícia C.R. *Legislação e preservação do patrimônio imaterial: perspectivas, experiências e desafios para a salvaguarda das culturas populares*. Disponível em < <http://www.tecap.uerj.br/pdf/v1/vianna.pdf>> Acesso em 16 abr.2011. p.81-83

²²⁵ Disponível em < <http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=268>> Acesso em 16 abr.2011

No ano seguinte, foram criados Comissão e Grupo de Trabalho com atribuições de elaborar uma proposta de regulamentação do registro²²⁶. Participaram instituições versadas no conhecimento e prática sobre os objetos sujeitos ao futuro processo sob regulamentação, dentre elas o Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular - CNFCP²²⁷, criado em 1947 enquanto Comissão Nacional do Folclore, e que mais tarde passou a atuar em conjunto com o IPHAN, em processos de registro, inventário e salvaguarda.²²⁸

Vê-se que a Carta de Fortaleza faz menção a “instrumento legal”, que interpretado sistematicamente com outras de suas disposições, pelo menos indicia que não se referiu a legal como sinônimo ampliado de jurídico, mas como qualidade do que se apresenta como lei, produto de atividade do Poder Legislativo. Consta do preâmbulo, na seção de objetivos do seminário, a expressão “[...] criação de instrumentos legais e administrativos [...]”²²⁹. Logo, há indícios de que, no entendimento do plenário editor da aludida carta, inexistiria equivalência entre suas opções semânticas entre as expressões “legais” e “resultados da atividade administrativa”.

Os trabalhos da comissão, contudo, não subsidiaram um subseqüente projeto de lei para disciplina do processo de registro. Quem deles se valeu foi o Poder Executivo Federal, que na pessoa do Presidente da República, fulcrou a edição do decreto nas competências a ele reservadas pelo artigo 14 da Lei n.º 9.649/1998, e no artigo 84, inciso IV, da Constituição da República.

A lei federal aludida, de 27 de maio de 1998, trata da organização da Presidência da República e dos Ministérios, e no ano 2000 a redação de seu artigo 14 ainda se revestia da versão original, mais tarde revogada pela Medida Provisória n.º 2.216-37/2001. O diploma cuida de atribuições de cada Ministério, e com possível aproveitamento ao registro, havia apenas no inciso VI, alínea “b”²³⁰, menção à competência do Ministério da Cultura, para

²²⁶ CASTRO, Maria Laura Viveiros de; FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio imaterial no Brasil: legislação e políticas estaduais*. Brasília:UNESCO, Educarte, 2008. p.17

²²⁷ VIANNA, Letícia C.R. *Legislação e preservação do patrimônio imaterial: perspectivas, experiências e desafios para a salvaguarda das culturas populares*, p.77

²²⁸ CASTRO, Maria Laura Viveiros de; FONSECA, Maria Cecília Londres. *Op.cit.*, p.26

²²⁹ Disponível em < <http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=268>> Acesso em 16 abr.2011

²³⁰ Excepcionalmente, se justifica a transcrição parcial do artigo 14 referido pelo Presidente da República, ao tempo de sua vigência no ano 2000, com o intuito de ilustrar as opções então existentes, para fundamentar a competência tomada por legitimadora da edição do decreto, *litteris*: “**Art. 14. Os assuntos que constituem área de competência de cada Ministério são os seguintes:** I - Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado [...]; II - Ministério da Aeronáutica [...]; III - Ministério da Agricultura e do Abastecimento [...]; IV - Ministério da Ciência e Tecnologia [...]; V - Ministério das Comunicações [...]; **VI - Ministério da Cultura: a) política nacional de cultura; b) proteção do patrimônio histórico e cultural;** VII - Ministério da Educação e do Desporto [...]; VIII - Ministério do Exército [...]; IX - Ministério da Fazenda [...]; X - Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo [...]; XI - Ministério da Justiça [...]; XII - Ministério da Marinha [...]; XIII - Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal [...]; XIV - Ministério de

proteção do patrimônio histórico e cultural. Mesmo com a nova redação da Medida Provisória, conservou-se idêntica a previsão, agora no inciso IV, alínea “b” do mesmo dispositivo.

Consta do artigo 76 da Constituição Federal, que “o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado”. Assim, se a lei federal confere a um dos Ministérios, e por conta disso ao seu respectivo Ministro, a atribuição de zelar pelo patrimônio cultural, logo nessa pauta atua em auxílio ao Chefe do Poder Executivo, sem exaurir ou de outro modo afastar a competência deste em também realizá-lo.

A pergunta sobre o modo e em que medida se desincumbiu da tarefa confiada, perpassa o exposto no artigo 84, inciso IV da Constituição Federal, igualmente invocado como suporte ao regramento por decreto. Nele está disposto competir, privativamente, ao Presidente da República, “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

Por certo, poderia o líder do Poder Executivo Federal valer-se de decretos para normatizar acerca da tutela cultural, mesmo porque ela se encontra no campo de competências materiais e legislativas da União, forte nos artigos 23, incisos III a V, e 24, inciso VII, da Lei Maior. Contudo, da redação do artigo 84, está claro que o decreto é acessório de um diploma legislativo principal, a lei, porquanto serviente às minudências úteis à sua escorreita aplicação.

Ora, conforme antes exposto, a primeira menção a registro incorporada ao sistema jurídico pátrio foi a do §1º do artigo 216 da Constituição, e desde 1988 até o ano 2000, foi lacunoso o direito infraconstitucional sobre o processo indicado pelo constituinte. O que serviria para regulamentar uma lei, na verdade inovou o ordenamento jurídico, pois se prestou a ditar os trâmites de um novo processo até então inexistente, cuidando de questões afetas a legitimidade, competências e instrução, categorias e efeitos do ato de registro.

Ademais disso, criou o “Programa Nacional do Patrimônio Imaterial”, nos termos de seu artigo 8º, e com desdobramentos para além da mera reorganização não

Minas e Energia [...]; XV - Ministério do Planejamento e Orçamento [...]; XVI - Ministério da Previdência e Assistência Social [...]; XVII - Ministério das Relações Exteriores [...]; XVIII - Ministério da Saúde [...]; XIX - Ministério do Trabalho [...]; XX - Ministério dos Transportes [...]. § 1º Em casos de calamidade pública ou de necessidade de especial atendimento à população, o Presidente da República poderá dispor sobre a colaboração dos Ministérios Cíveis e Militares com os diferentes níveis da Administração Pública.” (grifos nossos)

dispendiosa da Administração Pública, vez que absorve e destina recursos advindos inclusive do Poder Público, para persecução dos fins que lhe são cominados:

O Programa Nacional do Patrimônio Imaterial/PNPI, instituído pelo Decreto n.º 3.551, de 4 de agosto de 2000, viabiliza projetos de identificação, reconhecimento, salvaguarda e promoção da dimensão imaterial do patrimônio cultural. É um programa de fomento que busca estabelecer parcerias com instituições do governo federal, estadual e municipal, universidades, organizações não-governamentais, agências de desenvolvimento e organizações privadas ligadas à cultura, à pesquisa e ao financiamento.

Objetivos:

1. Implementar política de inventário, registro, e salvaguarda dos bens culturais de natureza imaterial;
2. Contribuir para a preservação da diversidade étnica e cultural do país e para a disseminação de informações sobre o patrimônio cultural brasileiro a todos os segmentos da sociedade;
3. Captar recursos e promover a constituição de uma rede de parceiros com vistas à preservação, valorização e ampliação dos bens que compõem o patrimônio cultural brasileiro;
4. Incentivar e apoiar iniciativas e práticas de preservação desenvolvidas pela sociedade.²³¹

E o Poder Executivo não se satisfaz com a manifestação da Presidência da República, para ditar o rito de registro. Já estava previsto no artigo 3º, §3º do Decreto n.º 3.551/2000, que “a instrução dos processos poderá ser feita por outros órgãos do Ministério da Cultura, pelas unidades do IPHAN ou por entidade, pública ou privada, [...] **nos termos do regulamento** a ser expedido pelo Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural”.

No dia 03 de agosto de 2006, coube ao Presidente do IPHAN, à frente do Conselho Consultivo, editar a Resolução n.º 01, somente publicada e vigente em 23 de março de 2007, para reportando-se às deliberações do colegiado, “determinar os procedimentos a serem observados na instauração e instrução do processo administrativo de registro de bens culturais e natureza imaterial”, vide redação de seu artigo 1º.²³² De uma leitura superficial já é de fácil constatação que as sucintas disposições do decreto, limitadas a nove artigos e nem todos destinados à dicção do procedimento, enfim alargaram-se para cuidar de detalhes tais como as exigências de admissibilidade da peça de ingresso, por reforço da resolução composta por 19 (dezenove) artigos.

²³¹ Programa Nacional do Patrimônio Imaterial. Disponível em <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=201>> Acesso em 16 abr.2011

²³² Resolução n.º 01/2006/IPHAN. Disponível em <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=690>> Acesso em 16 abr.2011

Há previsões dela constantes sem correspondência em lei ou no próprio decreto que visou a regulamentar, a exemplo da criação da Câmara do Patrimônio Imaterial regida por seu artigo 5º, em caráter permanente e no âmbito do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural. Em paralelo, há aquelas que extrapolam os limites delineados em seu artigo 1º, tais como hipótese de extinção do processo, consubstanciada no arquivamento subsequente à decisão do Conselho contrária ao registro, constante de seu artigo 14, §3º.

A autoridade subscrevente da resolução refere-se à fonte de sua competência para editá-la, não apenas no artigo 3º do decreto, mas também no artigo 6º c/c artigo 21, inciso V, do anexo I ao Decreto federal n.º 5.040/2004. Este, *a posteriori* revogado pelo Decreto n.º 6.844/2009, organizando a estrutura regimental do IPHAN, indicava o Presidente do IPHAN como membro nato do Conselho Consultivo, e àquele atribuía competência para baixar atos normativos. O Conselho faz parte da estrutura administrativa do IPHAN desde sua criação sob a forma de Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN), a teor do artigo 46, §§1º e 2º da Lei federal n.º 378, de 13 de janeiro de 1937.

Fato é que, mesmo antes da vigência da resolução, o IPHAN levou a termo o registro após integral processamento, de dez bens culturais intangíveis²³³, e ante sua superveniência, consolidou sua atuação arrimada nesses dois instrumentos normativos, tanto que a eles se limita quando disponibiliza à sociedade, em seu sítio eletrônico, informações sobre como atua nos processos instaurados para salvaguarda do patrimônio tradicional.²³⁴

Os expedientes citados não se referem aos produtos de processos legislativos previstos pela Constituição em seu artigo 59, porquanto desprovidos da natureza de emendas constitucionais, leis complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos do Congresso Nacional. Tampouco se apresentam como leis delegadas ou medidas provisórias, provenientes da atuação direta do Presidente da República.

Pelo exposto, a opção política do governo federal quanto à satisfação dos reclames nacionais e internacionais pela criação de instrumentos processuais voltados à tutela

²³³ Arte Kusiwa: pintura corporal e arte gráfica Wajãpi (feito n.º 01450.000678/2002-27), em 20/12/2002; Ofício das paineleiras de Goiabeiras (feito n.º 01450.000672/2002-50), em 20/12/2002; Círio de Nossa Senhora de Nazaré (feito n.º 01450.010332/2004-07), em 05/10/2004; Samba de roda no Recôncavo Baiano (feito n.º 01450.010146/2004-60), em 05/10/2004; Modo de fazer viola-de-cocho (feito n.º 01450.01090/2004-03), em 14/01/2005; Ofício das baianas de acarajé (feito n.º 01450.008675/2004-01), em 14/01/2005; Cachoeira de Iauaretê – Lugar sagrado dos povos indígenas dos rios Uapês e Papuri (feito n.º 01450.010743/2005-75), em 10/08/2006; Feira de Caruaru (feito n.º 01450.002945/2006-24), em 20/12/2006; Frevo (feito n.º 01450.002621/2006-96), em 28/02/2007; Jongo no Sudeste (feito n.º 01450.005763/2004-43), em 15/12/2005. Ordem cronológica dos bens imateriais registrados. Disponível em < <http://www.iphan.gov.br/bcrE/pages/comOrdemE.jsf?ordem=3>> Acesso em 05 jul.2012

²³⁴ Registro de bens culturais de natureza imaterial. Disponível em < <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=12308&sigla=Institucional&retorno=detalheInstitucional>> Acesso em 05 jul.2012

dos bens culturais imateriais, circunscreveu-se ao exercício do poder normativo pela Administração Pública. A opção por assim proceder, como se verá, sujeitou-os à categoria de complemento normativo de um outro diploma, este sim legal, a Lei n.º 9.784/99, suporte ao arquétipo de devido processo legal administrativo em terras nacionais.

Com vistas à compreensão da lógica de utilização desse poder, melhor que se situe entre as justificativas de sua existência e limites de aplicação.

Sabe-se que as competências atribuídas pelas leis e Constituição aos órgãos e agentes públicos consistem em deveres²³⁵, verdadeiras imposições de atividades e objetivos que se cumprem de forma vinculada ou discricionária, sem margens para que se furte o administrador público de decliná-las, justamente pela indisponibilidade do interesse público. A proteção da cultura imaterial por intermédio do registro está grafada em modo imperativo ao Poder Público na redação do artigo 216, §1º da Lei Maior, e de forma mais genérica, há suporte a essa competência nos artigos 23 e 24, tanto para uso, quanto entrega de legislação que a ele se refira.

Vislumbrada uma meta a cumprir, é de se reservar meios hábeis a promovê-la. Nesse nicho legitimam-se os poderes atribuídos à Administração Pública, entendidos como “[...] conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins.”²³⁶

Submetem-se a rigoroso controle das atividades públicas, mesmo porque a atuação do Estado em patamar de superioridade sobre os interesses particulares, há de restringir a liberdade e a propriedade particulares nos estreitos limites da legalidade.²³⁷ Justificados pelas finalidades públicas, e desconformes às arbitrariedades da aplicação estranha ou desproporcional ao contexto de satisfação da norma de competência, são eminentemente instrumentais.

Ademais, disponibilizados a quem exerça função administrativa como instrumentos úteis e necessários ao interesse público consubstanciado nas competências, seguem sua regra de irrenunciabilidade.²³⁸ Caracterizada no mundo dos fatos situação que exija seu pronto exercício, inexistente para o agente a faculdade de dispensá-lo, prejudicando a efetividade de norma cogente.

²³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p.132

²³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24.ed.rev., ampl.e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.46

²³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Op.cit.*, p.768

²³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.101

Organizados por suas características e finalidades, de ordinário classificam-se em poderes normativo, disciplinar, hierárquico e de polícia. A primeira categoria é de maior relevância à temática ora desenvolvida, mesmo porque o processo administrativo de registro, para acurada análise de sua compatibilidade formal com o ordenamento jurídico brasileiro, reclama entendimento sobre os limites impostos à Administração Pública quando se propõe a ditar regras atinentes ao processo.

Matéria abarcada pela dogmática administrativista, o estudo do poder conferido à Administração Pública para também criar normas gerais e abstratas, ora se reveste da designação “poder regulamentar”²³⁹, ora “poder normativo”²⁴⁰. Em paralelo, há ainda quem dos dois se valha, para apontar alguma distinção:

O poder regulamentar configura um dos modos de exercício do poder normativo no âmbito do Poder Executivo. Do ponto de vista lógico, é melhor dizer que há um poder normativo geral, do qual o poder regulamentar se apresenta como espécie. [...]

No direito brasileiro, o *poder regulamentar* destina-se a explicitar o teor das leis, preparando sua execução, completando-as, se for o caso. Do exercício do poder regulamentar resulta a expedição de regulamentos, veiculados por meio de decretos. [...]

[Sobre o poder normativo] Além do poder regulamentar, a Administração detém a faculdade de emitir normas para disciplinar matérias não privativas de lei. Tais normas podem ter repercussão mais imediata sobre pessoas físicas, jurídicas, grupos, a população em geral, ou mais imediata sobre a própria Administração, podendo ter ou não reflexos externos. [...] Exemplo: decreto do Presidente da República que dispensa a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional de interpor recursos judiciais em rol de matérias; [...]²⁴¹

De um modo geral, qualquer providência exercida a pretexto de desempenhar função executiva, com fincas no artigo 37, *caput*, da Constituição Cidadã, estará submetida ao princípio da legalidade. Charles Eisenmann²⁴², discorrendo sobre as possibilidades teóricas de sujeição da Administração Pública aos ditames da legalidade, aventa quatro possibilidades de entendimento acerca do princípio, por seus variados propósitos nos sistemas jurídicos:

1. Para a atuação da Administração Pública é suficiente que ela não viole qualquer norma legal, ou seja, na inexistência de normas legais que a

²³⁹ v.g MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p.127; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal: comentários à Lei n.º 9.784 de 29/1/1999*, p.51

²⁴⁰ v.g. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p.101

²⁴¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed.rev., atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.127-129

²⁴² Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v.16, n.65, p.07-21, out./dez.2008.

obrigue a fazer ou a deixar de fazer algo, tem liberdade para atuar. Nesta acepção, a legalidade seria uma relação de não-contrariedade com a lei.

2. A Administração Pública pode fazer o que uma norma superior, legal ou constitucional, a autorize, a habilite a fazer, ainda que não entre nos detalhes do conteúdo dos atos a serem emitidos. Nesta perspectiva, a Administração não possui liberdade na ausência de lei, mas basta que esta lhe atribua a competência. Privilegia-se, portanto, a existência de habilitação formal para o exercício de competência para a realização de determinados fins.

3. A Administração só pode emitir os atos que se esteiem em norma legal, não apenas habilitadora, mas pré-determinante do conteúdo dos atos a serem praticados.

4. Em um *plus* em relação à visão anterior, a Administração Pública tem que estar apoiada em norma legal que esgote o conteúdo dos atos a serem tomados, que também deve determinar (não apenas facultar) a sua prática. Por esta visão, todas as competências da Administração Pública só poderiam ser vinculadas.

De pronto, descartam-se a primeira e a última concepção. Conferir-lhe efeito meramente negativo, de redução da liberdade do administrador, ensejaria a prática indiscriminada de atos desde que simplesmente não esbarrassem em proibições, como sói ocorrer com os particulares. É campo delimitador bem orientado ao direito privado.²⁴³

Lado outro, submeter a atividade administrativa estritamente às determinações legais, negligencia a competência regulamentar constitucionalizada pelo artigo 84, incisos IV e VI. A derrocada do pensamento liberal de onisciência do legislador e plenitude do sistema legislado tampouco se coaduna com uma Administração submetida exclusivamente a leis, pois não raro é chamada a responder, e com prontidão, a situações de fato não regulamentadas de forma exaustiva pelo legislador.

A doutrina hodierna, reconhecendo a pluralidade de fontes do direito administrativo, há longa data afirma que o designativo “jurídico” é muito mais amplo que “legal”. Para Eduardo García de Enterría, “[...] nem todo o direito encerra-se nas leis [...]”²⁴⁴, e Hely Lopes Meirelles esclarecia que a Administração deve orientar-se por princípios do direito e da moral, pois o que é legal, em mais amplo sentido, congrega o valor de honestidade e atenta-se à conveniência dos interesses sociais.²⁴⁵ Sendo assim, pretender o vínculo incindível entre a lei e a conduta administrativa, sem abertura para outras fontes do direito, avançaria em sentido contrário à evolução da *práxis* e da dogmática.

²⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal: comentários à Lei n.º 9.784 de 29/1/1999*, p.18

²⁴⁴ *Apud* MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, p.93.

²⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p.88

Restritas as hipóteses sob análise à segunda e à terceira, o cerne da questão passa a pressupor a existência de autorização para que a própria Administração Pública também contribua com previsões jurídicas gerais e relativo grau de abstração²⁴⁶, servientes à complementação dos produtos decorrentes da função legislativa. Esta, primária por inserir-se de imediato abaixo da Constituição na hierarquia normativa, e aquela, secundária, “[...] porque tem como fonte os atos derivados do poder legiferante.”²⁴⁷ Separam-se as aludidas hipóteses pela vinculação formal – a lei ou Constituição indicam os fins almejados e o administrador regulamenta os meios – e material – o objeto da regulamentação está previsto na norma legislada hierarquicamente superior.

Admita uma delas, e com espaço discursivo contemporâneo para tanto, de pronto será conclusiva a participação do destinatário da norma, nos processos de juridicização dos comandos que lhe impõem e delimitam a conduta. É dizer que no atual estágio evolutivo do Estado de Direito, a Administração Pública atua também como sujeito ativo na construção da legalidade, ultrapassando a visão de passividade e inércia de quem outrora se identificava como agente meramente executor.

O sistema jurídico brasileiro, dentre o rol constitucional de competências reservadas ao Presidente da República, trata de distinguir duas figuras matrizes de regulamentação, nos incisos IV e VI de seu artigo 84.

Excepcionalmente, o chefe do Poder Executivo arrima as inovações promovidas no ordenamento jurídico, consubstanciadas em decreto, diretamente na Constituição. Inexiste intermediação por via legal. Intitulado regulamento independente ou autônomo, suas hipóteses encontram-se nas alíneas “a” e “b” do inciso VI: “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”; e “extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

Cabe lembrar que a denominação consagrada pela doutrina sob a tradicional justificativa de decorrer de poderes implícitos da Administração Pública²⁴⁸, encontra resistência fundamentada a seu uso. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a espécie de regulamento autônomo estatuída no direito europeu, se circunscreve a matérias que de ordinário eram tratadas pelos monarcas expedindo-se ordenações. A formação dos

²⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p.20

²⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (coord.) *O poder normativo das agências reguladoras*. 2.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.60

²⁴⁸ Nesse sentido, v.g., Sérgio de Andréa Ferreira e Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal: comentários à Lei n.º 9.784 de 29/1/1999*, p.58

parlamentos sob a égide de um Estado Constitucional respeitou essa tradição, excluindo-as do âmbito de reserva de lei, para permitir que o administrador sobre elas continuasse a normatizar, agora com apoio em regulamentos. Logo, dada sua amplitude, não comportaria conclusão de identidade com a excepcionalíssima competência assim elencada pelo constituinte pátrio, bem delimitada em torno de questões pontuais, num sistema que privilegia a subordinação direta entre o instrumento regulamentar e a lei.²⁴⁹

Fala-se também que decretos compatíveis com o artigo 84, inciso VI, não poderiam inovar o ordenamento com direitos e obrigações, pois estas são iniciativas reservadas à lei, na forma do artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, alçadas ao *status* de direito fundamental oponível *erga omnes*.²⁵⁰

Por fim, críticas há que se sustentam na própria natureza das exações fulcradas nesse inciso VI, quanto ao não preenchimento dos requisitos mínimos para intervenção na esfera jurídica de terceiros. Desprovidos desse mister, não se tratariam de decretos propriamente autônomos, afastada a tese de que a Emenda Constitucional n.º 32/2001, ao conferir-lhe nova redação, teria restabelecido essa modalidade de exercício do poder normativo.

Os atos de organização e funcionamento da Administração Federal, ainda que tenham conteúdo normativo, são meros atos ordinatórios, ou seja, atos que se preordenam basicamente ao setor interno da Administração para dispor sobre seus serviços e órgãos, de modo que só reflexamente afetam a esfera jurídica de terceiros, e assim mesmo mediante imposições derivadas ou subsidiárias, mas nunca originárias. Esse aspecto não é suficiente para converter os atos em decretos ou regulamentos autônomos. Na verdade, vários outros atos, além do decreto, dispõem sobre a organização administrativa, como é o caso de avisos ministeriais, resoluções, provimentos, portarias, instruções, ordens de serviço. A diferença é apenas de hierarquia do agente responsável pela prática do ato e da maior ou menor amplitude de seu objeto. O conteúdo organizacional, no entanto, é o mesmo.²⁵¹

Voltando à dicção constitucional para confrontar os dispositivos destinados ao processo federal de registro, a toda evidência o Decreto n.º 3551/2000 não se presta às finalidades da alínea “b”:²⁵¹ nenhum de seus dispositivos extingue funções ou cargos públicos. Tampouco se pode afirmar que a criação de uma nova espécie de processo refira-se a mera organização e funcionamento da Administração Federal.

²⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p.315-318

²⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p.128

²⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal: comentários à Lei n.º 9.784 de 29/1/1999*, p.59

Envoltas à existência e funcionalidade da relação jurídica processual, encontram-se questões diretamente incidentes sobre criação e exercício de direitos por terceiros, a exemplo da atribuição de legitimidade para deflagração do processo de registro. Cuidando-se de processo coletivo, a representatividade adequada acaba por excluir extenso rol de indivíduos e pessoas jurídicas que, direta ou indiretamente, são alcançadas pelas decisões concernentes ao bem de titularidade difusa. E tudo isso, na forma veiculada em decreto, sem respaldo numa lei que cuidasse do processo de registro.

Concluindo, a ausência de uma lei que trate especificamente do processo de registro, não é suficiente para que se aloquem os produtos normativos hauridos da Administração Pública para regrá-lo, nos parâmetros do artigo 84, inciso VI, da Constituição. Sua análise, por exclusão, firma-se mesmo no inciso IV aludido pelo Presidente da República como fundamento de sua competência para expedir o Decreto federal n.º 3.551/2000.

Nesse dispositivo são contempladas as balizas mestras de exercício do poder normativo, cujo resultado deve tratar-se de “[...] ato geral (e de regra) abstrato, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.”²⁵² E confirmando o tónus de submissão à lei, houve reserva no artigo 49, inciso V da Lei Maior, de competência para “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

Esse poder ficou em mãos do Congresso Nacional, órgão do Poder Legislativo da União em que depositados os efeitos de representação popular e das unidades federativas para construção de um sistema jurídico democrático. E bem se diga que a proteção ao processo legislativo como nascedouro primário das inovações jurídicas, frente a atos despóticos e autoritários desprovidos de legitimação do agente que os expeça, é serviente à efetivação de princípio fundamental da República brasileira: “[...] a soberania popular assume forma jurídica, através do processo legislativo democrático, que faz valer o nexos interno entre autonomia pública e autonomia privada dos cidadãos [...]”²⁵³

A defesa do processo legislativo para o que lhe compete, contudo, não mascara a utilidade e necessidade da Administração Pública, no exercício de seu mister, de se valer de regramento dotado de maior especificidade, principalmente de ordem técnica, e mais ágil e dinâmico, porquanto desatrelado dos longos e complexos arranjos políticos que permeiam o processo legislativo, seja para criar, alterar ou revogar um comando normativo.

²⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p.317

²⁵³ CATTONI, Marcelo. *Devido processo legislativo*. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p.114

Dito isso, o que propicia a Constituição é uma iniciativa que partiria de pressuposto legal não exaustivo da matéria, representativo tanto da autorização para a conduta jurígena, quanto da relação de complementaridade e acessoriedade havida entre a regulação administrativa e a lei a que se reporte. Destarte, a necessidade de se “[...] criar mecanismos de complementação das leis indispensáveis a sua efetiva aplicabilidade” seria a base, fundamento do poder regulamentar.²⁵⁴

Conforme pontua Odete Medauar, nesse contexto são múltiplas as justificativas para a regulamentação administrativa: o mais amplo conhecimento do próprio Poder Executivo sobre sua estrutura e dinâmica das funções desempenhadas, e por conseguinte maior discernimento sobre os meios idôneos e mais produtivos para conferir efetividade ao que de abstrato está posto na lei; a necessidade de adaptações administrativas, a exemplo do deslocamento de atribuições entre órgãos diversos; ou a imprescindibilidade de pequenos acertos instrumentais para viabilizar a o cumprimento da lei, caso de elaboração de modelos-padrão para pleitos e providências da rotina administrativa.²⁵⁵

Em algumas áreas de atuação executiva do Estado, destacada a regulação da atividade econômica na prestação de serviços públicos, a Administração Pública arvora-se no imperativo de descer a minúcias técnicas em profundidade e sobre tantos aspectos, que já se narra um “[...] verdadeiro agigantamento do ambiente normativo do Estado brasileiro no patrimônio jurídico do indivíduo”, nem sempre sujeito a controle eficaz.²⁵⁶

Ao longo do primeiro capítulo, foi possível constatar que o objeto sobre o qual recai o processo administrativo de registro é complexo por múltiplas razões: pluralidade subjetiva na titularidade; relatividade espaço-temporal; representatividade histórica; substância juridicizada a partir dos saberes de outras ciências, em especial a antropologia; bases comuns e implicações em áreas afins jurídicas, econômicas e sociais, tais como o fomento econômico e do turismo, a gestão sustentável das cidades e a valorização das comunidades locais em face das pressões hegemônicas da globalização.

Para atender a tantos aspectos que o permeiam, e bem desempenhar o necessário a uma tutela final útil e justa aos administrados, era até previsível que num ou noutro ponto, se visse a Administração Pública às voltas de como organizar-se para conduzir o processo de registro, para além das disposições mais genéricas arroladas em lei. Seria o

²⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal: comentários à Lei n.º 9.784 de 29/1/1999*, p.51

²⁵⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p.128

²⁵⁶ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. O poder normativo das agências reguladoras e o indivíduo como sujeito de direito. *Revista de Direito Público*, Brasília, v.5, n.27, p.108-188, maio/jun. 2009. p.109-112

caso, por exemplo, de estabelecer quais as categorias profissionais teriam assento reservado no colegiado a quem atribuído o poder de decisão, para viabilizar uma visão multidisciplinar sobre a matéria posta em discussão.

No caso do processo federal de registro, a resposta para essas minúcias não está na lei, pois a Lei federal n.º 9.649/98 não dispõe, minimamente, sobre o processo que confere a bens culturais intangíveis o título de “Patrimônio Cultural do Brasil”. Nem o decreto n.º 3551/2000 se presta a fazê-lo. Traça em poucas linhas as principais etapas do trâmite processual e faz referência ao desenvolvimento da instrução nos termos de regulamento do Conselho Consultivo. Por fim, o regramento mais minucioso da tramitação está contemplado na Resolução n.º 01/2006/IPHAN, cuidando de detalhes a exemplo dos elementos de qualificação do proponente – “nome, endereço, telefone, e-mail etc.” - em seu artigo 4º, inciso I.

Sendo assim, a lei citada como suporte material do decreto não abre margens, por si só, para que se institua um novo processo administrativo, cuja previsão constitucional depende da existência de normas ordinárias sobre seu rito, para que tenha assegurado um mínimo de aplicabilidade. O decreto, que pela natureza e finalidade traçados pela Lei Maior, deveria reportar-se a uma lei, esta sim inovadora do ordenamento jurídico, parece fazer as vezes de lei, mas sem suporte para tanto. Sobremodo sintético e lacônico, depende da complementação por um outro instrumento normativo, a resolução editada pelo IPHAN, para orientar as principais ocorrências de cada fase de sua tramitação.

Em suma, a menos que outra lei se apresente como idônea para ocupar a base normativa do processo de registro, o conjunto formado pelo decreto e resolução tendem à insubsistência formal, a despeito de mais de uma década de vigência e de quase três dezenas de processos concluídos.

Essa lei existe: a chamada Lei Geral de Processo Administrativo, n.º 9.784/99. Publicada no mês de março de 1999, ou seja, mais de um ano antes da vigência do decreto, para o caso do processo de registro não é invocada em caráter suplementar, na forma de seu artigo 69. Isso porque, e claro está em sua redação, suas disposições são subsidiárias apenas em relação aos processos específicos regidos por lei própria.

Se não há lei para o registro, está justificada a primariedade de seu plano normativo no *caput* de seu artigo 1º: traz normas básicas sobre processo administrativo, às quais se agregam as especificações do decreto e da resolução. Está assim preservada a implicação necessária entre leis e disposições do poder regulamentar.

Para ordenação desse processo concorrem os marcos principiológicos processuais, as exigências fáticas e axiológicas de seu objeto material, e se aproveitam também os princípios já consagrados pela doutrina como atinentes ao processo coletivo, conforme se passa a expor.

2.4 Recurso ao microsistema processual coletivo para incremento do registro cultural

A positivação dos instrumentos processuais coletivos e seu entendimento pela doutrina jurídica partem de um histórico de evolução, que se desenvolve abeberando-se de fontes constitucionais e de uma progressiva complexidade. Envolvido num contexto de conflitos massificados, ante a transindividualidade dos direitos controvertidos a partir de condutas de ampla repercussão social, o direito se vê implicado no desafio de oferecer respostas diferentes das clássicas opções existentes para os confrontos individualizados entre sujeitos determinados.²⁵⁷

Justificada por necessidades de seu tempo, a ciência do direito está comprometida com a identificação de soluções processuais aptas ao atendimento de um direito material destoante do individualismo liberal. Lança luzes, então, sobre o processo coletivo, “... um conjunto de normas e princípios que regem o equacionamento dos conflitos envolvendo direitos ou interesses coletivos em sentido amplo...”²⁵⁸ Como já visto, os direitos difusos agregam-se à categoria dos coletivos *lato sensu*, e para que alcancem efetividade por via de aplicação processual, hão de recorrer às opções conferidas pela disciplina procedimental coletiva.

Note-se que a evidente correlação entre os rumos dos direitos material e processual não alcança liames de indistinção. A noção pós-moderna de uso coletivo dos instrumentos processuais dista de suas lições primordiais. O imanentismo já está superado no histórico dogmático processualista, em idos do século XIX, quando o processo era considerado um mero apêndice das relações jurídicas materiais.²⁵⁹ Nem se pense que a autonomia alcançada pelo direito processual²⁶⁰ permita hoje o satisfatório entendimento de seus institutos de modo divorciado da aplicação do direito substantivo.

²⁵⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p.21; 25

²⁵⁸ *Ibid.*, p.17

²⁵⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.º 235, p.321-381, jan./mar. 2004. p.323

²⁶⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.31

Nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco, avançou o processo para a feição instrumentalista, por natureza teleológica. Está estruturado e é compreendido com o olhar sobre o resultado de seu uso, para alcançar a utilidade que justifica a sua existência. Se esta se encontra mergulhada no universo substancial, o que se pretende é “... armar o operador do direito, no que tange ao instrumento – processo -, dos meios imprescindíveis para tornar efetivo o direito material”²⁶¹, sem descuidar da observância dos princípios processuais constitucionais, vez que sua utilização está inserida “... dentro de uma perspectiva procedimental de Estado democrático de direito”.²⁶²

À semelhança do que ocorre com o direito coletivo, também o processo coletivo se apresenta como uma categoria incapaz de esconder as disparidades de seus elementos. Quando se fala em interesses difusos, há referência a uma gama extensa de conteúdos a reclamar providências as mais variadas para conferir-lhes proteção e concreção condizentes com suas características.

Com vistas à busca de uma justeza nesse tratamento especializado²⁶³, e somada à tendência de difusão das fontes jurídicas, uma nota significativa da pós-modernidade é a formação de microssistemas: círculos normativos prestantes a disciplinar certa matéria relevante para o direito. Na contramão da era das codificações, a tendência é de instrumentos normativos especializados por matéria.²⁶⁴

O microssistema consumerista, por exemplo, reúne normas constitucionais, princípios jurídicos e valores do ordenamento e normas legais infraconstitucionais materiais e processuais. Em caso de lacuna, recorre-se primeiramente a soluções internas. Só quando delas não se extraia resultado útil é que se recorre a fontes normativas externas.²⁶⁵

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) tornou-se um marco na tutela dos direitos difusos, por normatizar as linhas básicas de seu direito material²⁶⁶, e também por abordar regramento processual para lides transindividuais. Na falta de uma lei geral de processo coletivo, mesmo incompleto quanto à disciplina de todo um processo de litígios metaindividuais, representou no ordenamento brasileiro inovação sistematizadora a

²⁶¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p.21

²⁶² NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (coord.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.352

²⁶³ CRUZ, André Luiz Vinhas da. *As tutelas de urgência e a fungibilidade de meios no sistema processual civil*. São Paulo: BH Editora e Distribuidora de Livros, 2006. p.34-35

²⁶⁴ FLÓREZ-VALDES, Joaquín Arce. *El derecho civil constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1991. p.51

²⁶⁵ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003. p.47

²⁶⁶ QUIRINO, Matheus Adolfo Gomes. *Breves noções do conceito doutrinário de direito coletivo no ordenamento jurídico brasileiro*, p.30.

ponto de nomear-se, doutrinariamente, como o “código de processo coletivo brasileiro”²⁶⁷, com aplicação supletiva na ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo, dentre outras frentes.

Mesmo representando uma referência em sua incursão processual, nesta senda progride aquém do direito material.

Nota-se a ineficácia do sistema processual como fruto de um descompasso evolutivo, em comparação com o direito material. Neste, foram sobejamente incrementados os mecanismos de proteção do consumidor, ao passo que em sede processual, não foram criados instrumentos que o acompanhassem. Por conseguinte, os meios jurídico-materiais mais perfeitos pensados para a proteção dos consumidores carecerão de vigor à hora de realização jurisdicional.²⁶⁸

Em síntese, na pós-modernidade, a tutela processual brasileira dos direitos difusos perpassa disciplinas jurídicas esparsas²⁶⁹, valendo-se de microssistemas que, mesmo em sua mais avançada apresentação, ainda carecem de progressos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais que aperfeiçoem a efetivação de seus objetos. Investido no propósito constitucional de realizar o bem comum, e cômico de que tem à frente o desafio de efetivar os direitos difusos, o aplicador do direito está desafiado a conhecer e aperfeiçoar os instrumentos processuais coletivos, refiram-se eles ao exercício da jurisdição, ou ao desempenho da função administrativa.

Curiosamente, o atraso na evolução quanto aos institutos processuais coletivos não espelha o caráter remoto de seu surgimento, com raízes romanas na defesa da coisa pública pelo cidadão, e nas ações de classe anglo-saxônicas com mais de oito séculos de uso.

A codificação civil de 1916 propôs-se a regular as relações de direito privado civil com exclusividade, no intento de reafirmar a independência jurídica do Brasil frente a Portugal, e de conferir maior pureza ao sistema distintivo das iniciativas privatistas e públicas. Não se coadunava com esse propósito a concomitância das históricas ações populares públicas herdadas do direito romano, com a tutela individualista da codificação de norte liberal. Melhor então, segundo se pensou à época, transferir ao direito penal o mister de

²⁶⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, p.46-48

²⁶⁸ ESTÉVEZ, José B. Acosta. *Tutela procesal de los consumidores*. Barcelona: José Maria Bosch, 1995. pp.125-126

²⁶⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Codificação ou não do processo coletivo?* Palestra proferida na Semana do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em 14.09.2005, na sede da Procuradoria-Geral de Justiça, em Belo Horizonte. Publicação autorizada, mas sem a revisão final do autor. Disponível em <http://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/269/codifica%C3%A7ao%20ou%20nao%20processo_Nery%20junior.pdf?sequence=1> Acesso em 07 dez.2011. p.147

proteção dos interesses públicos, e uma consequência dessa opção foi a postergada evolução das tutelas coletivas civis ao longo do século XX. Como afirmam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.,

Com isso foram atingidas não só a ação popular como conhecemos hoje, mas todas as demais tutelas coletivas, todo o gênero das demandas em que o titular do direito material não fosse um indivíduo concretamente identificado, já que suprimidas foram quaisquer tutelas cíveis de interesses coletivos (não individuais). Ora, somente em 1934, na Constituição, pela primeira vez tivemos a expressa menção às ações populares. Até aquele momento histórico o instituto havia sido eficazmente suprimido do direito pátrio em prol de uma duvidosa pureza do sistema do direito civil.²⁷⁰

A rígida distinção entre os direitos público e privado ruiu pelo intercâmbio de elementos entre os dois, sentida a exemplo da proposta de tratamento consensual, contratual e cooperativo dos negócios públicos – v.g. transação nos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei n.º 12.153/2009) e Parcerias Público-Privadas (Lei n.º 11.079/2004) -, e da “administrativização” do direito civil²⁷¹, ilustrada pela função social da propriedade, no art.5º, inciso XXIII, da CR/88.

Bem lembrada por Matheus Adolfo Gomes Quirino é a importante juridicização de compromissos políticos assumidos pelo Estado, e que descambou no desempenho de atividades diversas da repressão penal – igualmente públicas, mas afetas à vida civil de seus cidadãos, a exemplo das prestações positivas de efetivação dos direitos difusos. São portas abertas para uma subsequente orientação do processo civil para além das necessidades individuais, tão típicas do direito privado.

A *summa divisio* clássica impunha, como seu cerne, a proteção do indivíduo contra a interferência do Estado, separando-os. No entanto, com o Estado Democrático de Direito, a *summa divisio* Direito Público e Direito Privado perde fundamento, dada a ocorrência do que a doutrina denominou *publicização do direito privado*, fruto da interface entre estes pólos (...) A impossibilidade de se conceituar o que é de Direito Público ou de Direito Privado, patente em alguns ramos do Direito, decorre do fato de que no Estado Democrático incumbe ao Estado agir para reestruturar a sociedade e promover a igualdade social.²⁷²

Evidente que, ao não sustentar-se a pura separação substancial entre público e privado, sentido nenhum se encontra na vedação a que um processo sirva aos

²⁷⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, p.26

²⁷¹ FEITOSA, Maria Luiza de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia, a regulação estatal e a globalização dos mercados*, p.281-283

²⁷² QUIRINO, Matheus Adolfo Gomes. *Breves noções do conceito doutrinário de direito coletivo no ordenamento jurídico brasileiro*, p.303

interesses particulares e públicos, individuais e coletivos, desde que adaptado ao novo propósito de sua utilização. Isso porque, independentemente de sua autonomia, o comando de direito material precede o processo, sendo sempre o seu elemento condicionante, sob pena de perecer o primeiro, e não mais se justificar a existência do segundo.²⁷³ Em âmbito constitucional, são lembrados os artigos 5º, incisos XXXII e LXX, 37, §4º, 129, inciso III como fundamentos do processo coletivo, ademais da evidente precedência do próprio direito material coletivo, como asseverado pela designação do capítulo I – *dos direitos e deveres individuais e coletivos* – do título II – *dos direitos e garantias fundamentais* – da Lei Maior.²⁷⁴

Ada Pellegrini Grinover, em histórico recente, traçou as linhas evolutivas do processo coletivo brasileiro, que mesmo atrasado em seu desenvolvimento se comparado ao direito adjetivo pró-tutela individual, ainda posiciona o país como pioneiro dentre os adotantes da *Civil Law*:

A partir da reforma de 1977 da Lei de Ação Popular, os direitos difusos ligados ao patrimônio ambiental, em sentido lato, receberam tutela jurisdicional por intermédio da legitimação do cidadão. Depois, a lei n.º 6.938/81 previu a titularidade do MP para as ações ambientais de responsabilidade penal e civil. Mas foi com a Lei n. 7.347/85 – a Lei da Ação Civil Pública – que os interesses transindividuais, ligados ao meio ambiente e ao consumidor, receberam tutela diferenciada, por intermédio de princípios e regras que, de um lado, rompiam com a estrutura individualista do processo civil brasileiro e, de outro, acabaram influenciando no CPC. Tratava-se, porém, de uma tutela restrita a objetos determinados (o meio ambiente e os consumidores), até que a Constituição de 1988 veio universalizar a proteção coletiva dos interesses ou direitos transindividuais, sem qualquer limitação em relação ao objeto do processo. Finalmente, com o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, o Brasil pôde contar com um verdadeiro microsistema de processos coletivos, composto pelo Código – que também criou a categoria dos interesses ou direitos individuais homogêneos – e pela Lei n.º 7.347/85, interagindo mediante a aplicação recíproca das disposições dos dois diplomas.²⁷⁵

Retomando os benefícios da tutela não-penal dos bens e interesses metaindividuais, e diante da utilidade de um processo civil que os socorra, mesmo contra a tendência pós-moderna de desconcentração das disciplinas normativas, a vantagem sistemática de uma codificação não passou despercebida àqueles que se propuseram a contribuir para a racionalização do processo coletivo. Dentre outros doutrinadores, Nelson

²⁷³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.14

²⁷⁴ QUIRINO, Matheus Adolfo Gomes. *Op.cit.*, p.304

²⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*, p.27-28

Nery Jr. publicamente defendeu: “Acho bom criarmos um Código de Processo Coletivo, porque se o fizermos, mais importante para tudo isso será concentrar em uma só lei toda a sistemática e, portanto, a principiologia do Processo Coletivo.”²⁷⁶

Como decorrência dessa reunião, afirmou, seria facilitado o entendimento sobre a identidade própria desse processo, e que não se confunde com a instrumentalização das lides individuais, suprimindo até mesmo um problema de formação da comunidade jurídica, que por não estudar tal disciplina específica nos bancos universitários, depois se vê em sérias dificuldades para aplicá-la. Ada Pellegrini Grinover, na *Exposição de motivos do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*:

A evolução doutrinária brasileira a respeito dos processos coletivos autoriza a elaboração de um verdadeiro Direito Processual Coletivo, como ramo do direito processual civil, que tem seus próprios princípios e institutos fundamentais, diversos dos do Direito Processual Individual. Os institutos da legitimação, competência, poderes e deveres do juiz e do Ministério Público, conexão, litispendência, liquidação e execução da sentença, coisa julgada, entre outros, têm feição própria nas ações coletivas que, por isso mesmo, se enquadram numa Teoria Geral dos Processos Coletivos. Diversas obras, no Brasil, já tratam do assunto. E o país, pioneiro no tratamento dos interesses e direitos transindividuais e dos individuais homogêneos, por intermédio da LACP e do CDC, tem plena capacidade para elaborar um verdadeiro Código de Processos Coletivos, que mais uma vez o colocará numa posição de vanguarda, revisitando os princípios processuais e a técnica processual por intermédio de normas mais abertas e flexíveis, que propiciem a efetividade do processo coletivo.²⁷⁷

A multiplicidade de leis que tratam do processo coletivo, as variadas alterações legislativas que a elas se incorporaram e a deficiência do Código de Processo Civil em solucionar problemas tais como a conexão, a continência e a prevenção dos processos coletivos, ensejaram um redobrado trabalho da jurisprudência para intentar corrigir distorções e formar pontos de consenso quanto ao uso de seus institutos.

No passado recente, tramitou perante o Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 5.139/2009, rejeitado no pelo Congresso Nacional. O chamado Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos não foi único em seu propósito. De estudos universitários redundaram outros anteprojeto, como os elaborados no âmbito das Universidades do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Estácio de Sá (UNESA), sob a coordenação do Prof. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, sem prejuízo do intitulado Código Modelo de Processos

²⁷⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Codificação ou não do processo coletivo?*, p.153

²⁷⁷ *Exposição de motivos do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Disponível em <http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2897> Acesso em 10 nov.2011

Coletivos para a Ibero-América, aprovado em Jornada venezuelana do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual em 2004, e dos estudos originais do Prof. Antonio Gidi, veiculados em periódico nacional ainda em 2003.²⁷⁸

Destinado a disciplinar os processos relativos às ações coletivas ativas, à ação coletiva passiva originária, ao mandado de segurança coletivo, à ação popular constitucional e à ação de improbidade administrativa, o anteprojeto frustrado em seu nascedouro veiculava em seu artigo 2º os princípios da tutela jurisdicional coletiva, prestando relevantes serviços a uma lógica de sistematização das regras, interpretação das demais disposições normativas, colmatação de lacunas e solução de antinomias.

O insucesso no trâmite do processo legislativo não teve o condão, contudo, de suplantiar o conhecimento e aplicação dos princípios do processo coletivo em conjunto com os instrumentos processuais hoje disponíveis ao jurisprudente brasileiro. Extraem-se do sistema formações principiológicas de viés uniformizador das iniciativas processuais de tutela coletiva, bem lembradas por Ada Pellegrini Grinover enquanto princípios (i) do acesso à justiça; (ii) da universalidade da jurisdição; (iii) de participação; (iv) da ação; (v) do impulso oficial; (vi) da economia; e (vii) da instrumentalidade de formas.²⁷⁹

Para que se pontuasse acerca dessa principiologia, a doutrina se arrimou no sentido axiológico de afirmação da imprescindibilidade de uma sistemática processual coletiva, ainda na segunda metade do século XX.

No ano de 1975, o doutor em direito pela Universidade de Florença e discípulo de Piero Calamandrei, Mauro Cappelletti publicou escrito referencial para a processualística ibero-americana, intitulado “As formações sociais e os interesses coletivos diante da justiça civil”ⁱ, no qual esposava a insuficiência da prestação jurisdicional individualizada, no contexto de uma sociedade urbana e massificada, onde os conflitos progressivamente se originam de violações de direitos coletivos.²⁸⁰

Nestes tempos de trabalho e consumo pelas massas, quando o influxo econômico se agiganta de tal modo a arrefecer os traços de normatização jurídica, para

²⁷⁸ FERRARESI, Eurico. *O “Código de Processo Coletivo” de Antonio Gidi*. Disponível em <<http://www.gidi.com.br/Ada%20P%20Grinover/C%20Resposta%20de%20Eurico%20Ferraresi.pdf>> Acesso em 05 dez.2011. p.02

²⁷⁹ *Exposição de motivos do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Disponível em <http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2897> Acesso em 10 nov.2011. p.28-32

²⁸⁰ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *A tutela coletiva no Estado Democrático de Direito: democracia e participação política*. Disponível em <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo1_alexandre.pdf> Acesso em 10 nov.2011. p.07-08

intentar substituí-los pela contingência e flexibilidade negociais²⁸¹, sequer as relações contratuais são pensadas sob o tradicional enfoque de vinculação intersubjetiva pela autonomia da vontade. Com vistas ao acesso à produção e circulação de bens, estão os sujeitos sociais rodeados de oportunidades materiais, frequentemente dissociadas da identificação do indivíduo com quem se contrata.

Em nome da satisfação material dos interesses – realização do trabalho, produção industrial, compra e venda, consumo, etc. – em agigantada escala – comércio entre os países, atendimento de demanda elevada -, o enfoque recai sobre o objeto, e não sobre a pessoa. Na lógica do lucro e da multiplicação do capital, mais interessa saber dos bens, que dos sujeitos. Ilustrando, para incrementar a geração de energia e atender a um sem número de consumidores finais, agricultura e indústria, o prévio estudo de impacto ambiental vocaciona-se a levantar as futuras consequências da obra na coletividade humana circunvizinha ao empreendimento. O foco é o grupo, e não cada indivíduo considerado em sua particular relação, por exemplo, com a casa onde nasceu e se criou e que será inundada. Isso é irrelevante para a decisão de construir ou não a hidrelétrica.

A conclusão sobre a viabilidade e a efetiva realização das decisões políticas, econômicas e jurídicas enxerga o particular, mas sem perder de vista a orientação da pluralidade. Seguindo essa lógica, Antonio Gidi chega a afirmar que os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos não são titularizados, propriamente, por múltiplas pessoas, determináveis ou indetermináveis. Quem os polariza seria um único sujeito, “...uma comunidade no caso dos direitos difusos, uma coletividade no caso dos direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogêneos”.²⁸²

Como, então, possibilitar que tantos sujeitos admitidos num padrão abstrato, quanto à vivência dos direitos materiais, ganhem concretude perante o Poder Público para que não prossigam sofrendo pela lesão ou ameaça de lesão a seus direitos, ou mesmo para que consiga vê-los declarados e efetivos, a despeito da remansosa inércia do Estado?

Em primeiro lugar e pelos mais variados motivos – ausência de recursos financeiros para contratar advogados e pagar custas, estrutura ainda incipiente das defensorias públicas, desconhecimento dos próprios direitos, etc. -, nem todos os indivíduos a princípio indeterminados, mas ligados por uma certa situação de fato, reúnem condições para dar início

²⁸¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel A. *Contratos: aspectos generales*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005. *passim*

²⁸² *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e integração*, p.488

a processos que os socorram em seu patrimônio jurídico. O processo coletivo que contemple seus interesses representa, para todos eles, meio de efetivar-se o princípio da ubiquidade, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CR/88, ao mesmo tempo em que faz cumprir-se o princípio da universalidade da jurisdição.²⁸³

Por certo, um ordenamento que não contemple meios de acesso à jurisdição disponíveis a todos os seus cidadãos, frustra o compromisso de empenhar-se pelo bem de todos, e de antemão fere a isonomia na fruição das prestações estatais.

Lado outro, mesmo que todos os sujeitos pudessem, individualmente, desincumbir-se dos meios materiais úteis para requerer em Juízo a providência necessária para a tutela de um interesse difuso, a opção legislativa por um processo coletivo melhor atenderia ao objetivo fundamental do artigo 3º, inciso IV, da Lei Maior. É a vez de se propugnar pelo princípio do acesso à justiça.

Em linhas anteriores, quando aviado exemplo acerca da intrincada rede de interesses envolvidos nas questões de preservação ambiental, foi possível contemplar a hipercomplexidade do direito material controvertido. Exige-se dos sujeitos de uma lide nele versada, bem como da autoridade que preside o processamento e/ou tem competência para decidir a questão, um olhar multidisciplinar – jurídico, político, econômico, sociológico, etc. - dinâmico e compromissado com a preservação da dignidade da pessoa humana, e demais direitos fundamentais conferidos ao homem pelo direito vigente.

Não há como negar uma função normativa relacionada à tutela jurisdicional dos interesses coletivos. Esta nova dimensão no exercício da função jurisdicional do Estado implica necessariamente uma mudança de mentalidade não somente de partes, no debate travado em juízo, como ainda dos próprios órgãos judiciais. A solução dos conflitos não reflete mais simplesmente a aplicação ou não do direito positivo, mas também a realização de opções políticas, e ainda a interferência de amplo espectro da vida em sociedade. (...) É a visão do processo coletivo como instrumento de integração democrática, participativa, de cunho técnico-jurídico e político, como vertente metodológica do denominado instrumentalismo substancial.²⁸⁴

O processo coletivo é instrumento adequado ao tratamento multifacetário das matérias. Caso fossem deduzidas à profusão perante o Poder Judiciário, em processos diversos, envolvendo os mais diversos advogados e suas respectivas teses, seria sobrelevado o risco de decisões conflitantes. Ao invés de se obter pacificação social e proteção de direitos, maiores chances haveria de acirramento das controvérsias, diante de divergências de

²⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*, p.28-29

²⁸⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, p.33

comandos sentenciais igualmente válidos e imponíveis. Esse problema já acontece por multiplicação desordenada, *verbi gratia*, de ações civis públicas, exigindo das instâncias superiores a reunião de feitos, ao analisar as ainda controversas discussões quanto à competência, conexão e continência relativamente às ações coletivas.

A amplitude do direito discutido não suprime o princípio da ação: a jurisdição é inerte e depende de provocação para prestação da tutela no caso concreto. Mas no corpo social, qualquer sujeito direta ou indiretamente atingido pela lesão a interesses difusos é legitimado ativo *ad causam*? Aludindo à obra de Antônio Gidi, embora adiante indiquem como titulares dos direitos subjetivos difusos “[...] as pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato[...]”, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.²⁸⁵ trazem à tona entendimento de que não são vários sujeitos indeterminados os titulares dos interesses difusos. Quem ostenta esse caráter é a comunidade ou a coletividade como um todo, que exercita seu direito público subjetivo à prestação jurisdicional, quando necessário, por intermédio de entidades legitimadas pelo direito à propositura de ação.

Nas palavras de Nelson Nery Jr., a opção legislada por pessoas que exercerão a representatividade adequada não guarda correlação direta com o direito material. Discorre: “a lei diz que, como não sabe quem são esses titulares, escolhe-se um rol com alguns legitimados. A lei traz aqueles que tem condição de mover a ação judicial, porque senão o direito acaba sem poder ser defendido em uma eventual situação de ameaça ou lesão.”²⁸⁶ O artigo 5º da Lei n.º 7.347/85, com a redação que lhe conferiu a Lei n.º 11.448/2007, agora contempla como legitimados para a Ação Civil Pública o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes da Administração Pública direta e indireta, e as associações constituídas há pelo menos um ano, e cujo objeto social inclua a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Serão essas pessoas, eleitas pelo legislador por sua capacidade técnica, domínio jurídico, deveres constitucionais de providências por zelo e efetivação dos direitos metaindividuais, as envolvidas na concreção do princípio de participação.²⁸⁷

[...] são pontos importantes do anteprojeto [...] a ampliação dos esquemas da legitimação, para garantir maior acesso à justiça, mas com a paralela observância de requisitos que configuram a denominada “representatividade adequada” e põem em realce o necessário aspecto social da tutela dos

²⁸⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, p.81

²⁸⁶ NERY JR., Nelson. *Codificação ou não do processo coletivo?*, p.153

²⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*, p.30

interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, colocando a proteção dos direitos fundamentais de terceira geração a salvo de uma indesejada banalização.²⁸⁸

Uma das marcas da pós-modernidade é a auto-organização da sociedade civil em prol da satisfação de interesses segmentados. Esse ânimo associativo não raro redundando na criação de novas pessoas jurídicas, as associações²⁸⁹, cuja atuação no campo judicial passa por evidente alargamento, em razão do reconhecimento pelos relevantes serviços prestados à sociedade, nem sempre exclusivos a bem de seus associados.

Necessário falar da legitimação das associações de consumidores. Enquanto a lei fala em representação, deve ser entendida em sentido amplo, para: a) requerer, em nome próprio, a tutela dos direitos de seus associados (legitimação extraordinária); b) defender seus próprios interesses; c) representar os direitos violados pertencentes a uma massa indeterminada de sujeitos, mesmo os que não sejam membros da associação. Desnecessário identificar, em Juízo, quais associados, especificamente, estão por ela representados.²⁹⁰

Em termos de normas principiológicas, fala-se ainda em princípios do impulso oficial, da economia e da instrumentalidade de formas, em seu conjunto dando a entender que, para bom termo das ações coletivas, serão conferidos aos agentes processantes maiores poderes para decidir os rumos procedimentais de condução do processo, para melhor atender às peculiaridades do caso concreto e à projeção esperada de efeitos na sociedade civil. Age-se com o menor esforço possível, e sem sacrifício de direitos fundamentais, com vistas à maior extensão de resultados.²⁹¹

No primeiro ponto, a tendência é de maior adaptação do processo à realidade objetiva e subjetiva da lide. Se da sentença serão extraídos efeitos aproveitáveis até mesmo por indivíduos dos quais não se tem sequer conhecimento da existência, melhor que o processo se amolde ao máximo às necessidades do caso concreto, para garantir que na maior medida possível, todas as pessoas titulares dos direitos transindividuais discutidos alcancem resultado jurídico proveitoso a seus interesses. Um processo ascético, conduzido sob norte rígido de abstração que não permita ao julgador aprofundar-se no conhecimento da realidade conflituosa, caminha na esteira de afastamento entre os interessados desconhecidos e o

²⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Exposição de motivos*.

²⁸⁹ MOURÃO, Henrique Augusto. *Patrimônio cultural como um bem difuso: o direito ambiental brasileiro e a defesa dos interesses coletivos por organizações não governamentais*, p.149-156

²⁹⁰ ESTÉVEZ, José B. Acosta. *Tutela procesal de los consumidores*, p.131

²⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*, p.31-32

comando sentencial a que depois terão que reportar-se, como se cada um, isoladamente, houvesse ensejado pronunciamento judicial que o aproveita.

O interesse público pela adoção das formas processuais coletivas é demonstrado, de início, pela facilitação da existência e tramitação processual, a partir da isenção de custas, honorários e outras despesas processuais, salvo comprovada má-fé, nos termos do artigo 18 da Lei n.º 7.347/85 e do artigo 87 do CDC. Em seu curso, propiciam-se contraditório e ampla defesa inafastáveis do modelo constitucionalizado de devido processo legal. E ao final, está a sociedade diante de resultado replicável: a sentença coletiva, exigível em lugar da comunidade, e sujeita a individual liquidação e execução, se necessário for para a satisfação de interesse particular nela arrimado, nos termos do artigo 16 da Lei n.º 7.347/85, com redação da Lei n.º 9.494/97, e do artigo 103 da Lei n.º 8.078/90.

Por todo o exposto, decorre da principiologia processual coletiva suporte adicional de condução do processo administrativo de registro, agregando-lhe orientações de adequação de suas práticas a consensos já experimentados no processo judicial, como mecanismos úteis ao satisfatório atendimento dos interesses difusos.

No capítulo que segue, as conclusões extraídas ao longo dos primeiros capítulos serão aplicadas à análise das etapas de tramitação do processo administrativo federal de registro, com vistas à apuração dos meios jurídicos disponíveis de conformação de seu rito, a imperativos outros de ordem pública e às exigências fáticas e axiológicas de seu objeto de tutela e dos princípios que o orientam.

03 - PROCEDIMENTO DE REGISTRO À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO

Reportando-se aos termos dos dois capítulos antecedentes, foi possível vislumbrar a imbricação dos temas cultura e pluralismo, seja de valores envolvidos em sua concreção, realidades componentes da base produtiva e destinatárias de sua replicação, seja de atores envolvidos em sua vivência, alteração criativa com fins numa releitura axiológica ou novas necessidades sociais de convivência e trabalho.

Houve espaço para verificação de que seu tratamento representa desafio de efetivação de direitos fundamentais, em especial por sua titularidade difusa, e é matéria útil à preservação de direitos das minorias em tempos de globalização político-econômica e dos costumes. Há de socorrer-se pela via processual em seu caminho de satisfação jurídica, porém no que tange aos instrumentos normativos disponíveis para tanto, a tutela do patrimônio cultural imaterial brasileiro não encontra um que se ajuste, por si só, ao satisfatório preenchimento dos requisitos formais de compatibilidade com o sistema de competências e matérias reservadas ao legislador.

Notaram-se o avanço do direito processual coletivo em seara judicial e a disponibilidade de sua principiologia, a par daquela ditada pelo direito administrativo material e processual, enquanto nortes condutores para os progressos legislativos, doutrinários e do cotidiano do aplicador desse direito.

Ante o entendimento dos contextos substantivo e adjetivo do patrimônio intangível juridicizado, prossegue-se com a compreensão do procedimento de Registro ditado pelo Decreto n.º 3.551/200 e Resolução n.ª 01/2006/IPHAN, para na sequência reconstruí-lo à luz dos diplomas vigentes de imediato aproveitáveis, e com a sugestão de um diploma unificado que porventura possa atendê-lo, revestido das formalidades que o tornem um elemento da categoria legal, em sentido estrito.

3.1 A condução procedimental do registro: segmentação do *iter* a partir dos diplomas infralegais nacionais

O encadeamento sucessivo de atos finalisticamente ordenados ao registro do patrimônio cultural imaterial brasileiro, não necessariamente redundante em resultado positivo à propositura, encontra-se ainda disciplinado, primordialmente, pela conjugação dos dispositivos do Decreto Federal n.º 3.551/2000 e pela Resolução n.º 01/2006/IPHAN.

Num viés descritivo, serviente à apresentação sistemática de sua dinâmica, diz-se que o processo tem início por impulso de um de seus legitimados (art. 2º Dec.), que dirige ao Presidente do IPHAN (art. 3º Res.) o requerimento de instauração, consistente em documento original escrito, datado, assinado e devidamente instruído com a documentação técnica pertinente, incluída uma declaração formal de interesse e anuência da comunidade produtora do bem (art. 4º Res.). Constatada a ausência de documento indispensável, e perdurando a omissão pelo prazo prorrogável de 30(trinta) dias, a contar da notificação do proponente para complementação, o pedido pode ser arquivado.

O feito é encaminhado à Câmara do Patrimônio Imaterial (art. 5º Res.), órgão colegiado permanente criado no âmbito do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, para exercício do juízo de admissibilidade, consistente no exame preliminar da pertinência do pedido. Os autos seguem acompanhados de avaliação técnica preliminar do IPHAN e indicação de instituição externa ou de uma sua unidade que poderá instruí-lo (art. 6º Res.).

Sendo julgado pertinente o pedido, a Câmara científica o Conselho Consultivo e o IPHAN notifica o proponente para proceder à instrução. Lado outro, se concluir pela inviabilidade do interesse vertido processualmente, submete seu entendimento, em caráter necessário, à deliberação do Conselho Consultivo. A decisão superveniente é encaminhada ao IPHAN para tomada das providências necessárias (art. 6º Res.).

Com o prosseguimento do trâmite processual, passa-se à fase de instrução, sob a responsabilidade do Departamento de Patrimônio Imaterial, com a possibilidade de delegação por ato formal, mediante prévia oitiva da Câmara do Patrimônio Imaterial (art. 7º Res.). Em termos gerais, a produção de provas é supervisionada pela autarquia federal, que pode solicitar complementação de terceiros, no que couber, ou realizá-la de ofício (art. 3º, §1º Dec.; art. 8º Res.). Outras peculiaridades de sua execução seriam a realização de atos por órgãos do Ministério da Cultura ou unidades do IPHAN, e a previsão de delegação a uma ou

mais instituições públicas ou privadas, e ao proponente, desde que reúna competência técnica para tanto (art. 3º, §3º Dec.; art. 7º Res.).

As determinações e diligências efetivadas em seu cumprimento são orientadas a produzir uma descrição pormenorizada do bem a ser registrado, englobando todos os elementos que lhe sejam culturalmente relevantes (art. 3º, §2º Dec.), e prova técnica abarcante das informações identificadoras do bem intangível, suas características de inserção histórica, espaço-temporal e social (arts. 9º e 10 Res.).

O material de pesquisa é sistematizado num dossiê, composto de texto impresso e em meio digital, vídeo, fotos e outros documentos. Declarado o encerramento da instrução, o processo é submetido à apreciação da Procuradoria Federal, e conseguinte elaboração de parecer pelo IPHAN acerca da proposta de registro. Seu extrato é submetido a publicação no Diário Oficial. Durante o prazo de 30(trinta) dias, são apresentadas eventuais manifestações sobre o iminente registro. Os autos, munidos do parecer e petições apresentadas no trintídio legal, são conclusos para decisão do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural (art. 3º, §§4º e 5º c/c art. 4º Dec.; arts. 11 e 13 Res.).

O processo será relatado por Conselheiro designado pelo Presidente do IPHAN. Ressalva-se a possibilidade do Conselho Consultivo determinar a realização de audiência pública, havendo manifestações externadas pela sociedade civil em contrariedade ao registro. Findos os trabalhos com o julgamento colegiado, a decisão proferida constará de documento declaratório próprio, firmado pelos Conselheiros presentes e juntado aos autos do processo administrativo (arts. 13 e 14 Res.).

Sendo favorável a decisão do Conselho Consultivo, o próximo passo é a inscrição do bem intangível no Livro de Registro competente, a depender de sua categoria classificatória – Saberes, Celebrações, Formas de Expressão e Lugares (art. 1º, §1º Dec.). Por este ato, o Presidente do IPHAN lhe confere o título de “Patrimônio Cultural do Brasil”. No entanto, se a deliberação resultar em rechaço ao interesse de registro, o processo é arquivado e o proponente, comunicado formalmente da decisão (art. 5º Dec.; art. 14 Res.)

Não consta dos aludidos instrumentos normativos uma previsão recursal. Subsidiariamente, recorre-se ao Decreto Federal n.º 6.844/2009, versado na ordenação interna de atribuições do ente autárquico, para identificar na pessoa do Presidente do IPHAN a competência para reexame e decisão, em segunda e última instância, e na forma do regimento, sobre questões afetas à proteção e defesa dos bens culturais (art. 21, XI, Dec.).

É dever do ente autárquico conservar, guardar e disponibilizar para acesso os documentos produzidos no âmbito do processo administrativo (art. 16 Res.).

Por fim, a tutela administrativa é mantida em caráter *rebus sic stantibus*, e no máximo a cada 10(dez) anos, os bens culturais registrados são reavaliados, para verificação da subsistência dos valores que ensejaram o registro (art. 7º Dec.; art. 17 Res.).

3.2 A reconstrução do procedimento de registro: conjugação dos elementos impositivos materiais, constitucionais e do microsistema de processo administrativo coletivo

Ultimada a incursão descritiva, e assentadas as bases de apreciação normativa à luz da Lei Federal n.º 9.784/99 e do microsistema normativo processual de tutela coletiva, tem início a análise de conteúdo por comparação das fontes, em cada uma das fases de tramitação processual.

3.2.1 Instauração

Pelo exposto nos artigos 23, inciso III, e 24, inciso VII da CR/88, há competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para proteger os bens de valor cultural, enquanto os três primeiros são concorrentemente competentes para legislar sobre a referida matéria, sem prejuízo da suplementação municipal nos assuntos de interesse local, prevista no art. 30, incisos I e II da Lei Maior. O registro é forma especial de proteção do patrimônio cultural imaterial e, enquanto processo, subordina-se à atuação privativa da União na formulação de suas normas, a par da concorrência com Estados e Distrito Federal no estrito campo procedimental, tudo em consonância com o artigo 22, inciso I, c/c 24, inciso XI, do texto constitucional.

Pois bem, de todo o exposto é patente que a União tanto tem o dever de zelar pelo patrimônio cultural imaterial, como de erigir e aplicar as respectivas normas de caráter processual relativamente aos bens de relevância nacional. Com o intento de desincumbir-se deste segundo mister, editou o Decreto Federal n.º 3.551/2000 e a regulamentação procedimental da Resolução n.º 01/2006/IPHAN.

O processamento do feito se dá perante o IPHAN, e por previsão do art. 3º da Resolução e do art. 3º do Decreto, o Presidente da autarquia é a autoridade destinatária da peça inaugural. Recorrendo ao art. 21, inciso XI, de sua Estrutura Regimental, é possível aventar a hipótese de atuação do mesmo sujeito como autoridade competente para julgamento de recurso. Ora, disposição assim enunciada contraria a lógica do art. 17 da Lei n.º 9.784/99, que remete às instâncias de menor grau hierárquico o início de tramitação processual. Embora

controvertida a obrigatoriedade da dualidade de instâncias²⁹², carece de racionalidade a estrutura de competências que identifique, na mesma autoridade, a cumulação do primeiro e do último ato de manifestação do Poder Público no processo, ao passo que órgãos processantes de menor hierarquia também praticam outros atos no decorrer da tramitação processual.

As regulações hipotéticas sobre a estrutura e funcionalidade processuais transmutam-se em balizas de legalidade sobre uma determinada realidade, a partir de um impulso consubstanciado na prática de certo ato juridicamente relevante, na verdade, o primeiro da sequência ordenada de atos que comporão o desenvolvimento da relação processual. Provem dele o desdobramento entre a abstração normativa, campo de estudo teórico do objeto jurídico, e a existência de realidade sobre a qual incidirão aqueles mesmos comandos outrora em estado de latência.

Essa passagem de efeitos relevantes para o sistema jurídico – da hipótese à concretude – tem implicações no exercício das funções estatais. No caso em estudo, invoca o desempenho de tutela administrativa, cujo regime normativo se distingue, também no âmbito de seu direito material, pela cogência de suas disposições. Logo, seja pela natureza do invocado objeto processual, ou pela indisponibilidade das normas processuais, o ato inaugural do processo de registro se submete à qualificação especialmente designada pelo direito, sob pena de redundar na inviabilidade de seu prosseguimento.

Os atos primeiros de processamento do registro iniciam-se com requerimento dotado de prova pré-constituída, encaminhado à autoridade competente – e no item anterior foi firmada contrariedade a que seja o Presidente do IPHAN, caso também se lhe assegure a última instância decisória recursal -, que dará curso à apreciação da viabilidade do pedido.

Logo, quando se fala em instauração do processo, sobrelevam dois tópicos de necessário enfrentamento: quem é reconhecido pelo ordenamento jurídico como pessoa legitimada para fazê-lo, e pautando-se por quais critérios objetivos há de instrumentalizar o seu pleito. No viés subjetivo, a legitimação é qualidade própria de certa categoria de sujeitos, inviabilizando aos demais o exercício do mesmo direito processual. No universo de entes designados para o processamento de feitos, a instauração realiza-se perante autoridade competente para a condução daquela específica classe processual. Já no viés da objetivação, reveste-se de forma e conteúdo, e materializa-se no mundo físico, para a formação dos autos

²⁹² FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*, p.211

destinados à documentação de cada um dos atos do encadeamento processual. Prossegue-se com a análise em separado desses aspectos.

3.2.1.1 Sujeitos legitimados

Na medida em que conferido ao Estado o dever de tutelar determinado bem jurídico, e diante da exigência de atuação processual prévia à decisão que o protege e/ou efetiva, por lógico o ordenamento atribui ao mesmo ente de direito público a possibilidade de instauração de ofício do aludido processo, sob pena de, *a contrario sensu*, impor-lhe deveres de interesse público irrealizáveis sem a vontade particular. Não por outro motivo, é assente o entendimento de que o ente competente para a realização do direito material, em igual medida o é para o direito processual.

As redações do art. 2º do Decreto e do art. 2º da Resolução estabelecem o rol de sujeitos especialmente admitidos para instauração do processo. Ambos aludem aos mesmos sujeitos - Ministro de Estado da Cultura, instituições vinculadas ao Ministério da Cultura, Secretarias Estaduais, Municipais e do Distrito Federal e associações da sociedade civil – salvo as sociedades, referidas apenas pelo Decreto.

Na dicção doutrinária, seria o mesmo de interessados deflagradores²⁹³, a iniciar pelo Ministro de Estado da Cultura que, à frente de órgão autônomo da Administração Pública Federal, exerce sobre o IPHAN os poderes próprios da vinculação. Confere-se a iniciativa de instauração também para as instituições vinculadas ao Ministério da Cultura²⁹⁴. Neste ponto, o uso da expressão “legitimados” pelo Decreto merece ponderações, na medida em que conferida à mesma autarquia processante e com poderes decisórios, a possibilidade de dar início ao processo. Neste ponto, notar a lição de Tiago Marrara e Patrícia Nohara, *in verbis*:

Importante observar que a lei específica pode criar termos próprios para designar os participantes de certos processos administrativos de modo a tornar mais clara a função, posição e os direitos e deveres de cada um desses participantes no processo. (...) Porém, o termo legitimado e, mais

²⁹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*, p.98

²⁹⁴ No sítio eletrônico do Ministério da Cultura, são identificadas como instituições vinculadas: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan); Instituto Brasileiro de Museus (IBRAM); Agência Nacional de Cinema (Ancine); Fundação Casa de Rui Barbosa (FCRB); Fundação Cultural Palmares (FCP); Fundação Nacional de Artes (Funarte); Fundação Biblioteca Nacional (BN). Disponível em <<http://www.iphan.gov.br>> Acesso em 28 jun. 2011.

especificamente, o termo interessado abarcarão todos aqueles que atuam no processo, com exceção das autoridades que o conduzem e decidem.²⁹⁵

Admitida a viabilidade de concentração de todos os atos processuais por iniciativa e impulso do mesmo sujeito de direitos, no mínimo se há que garantir, dentro de sua estrutura de atribuições, que o mesmo órgão não participe, diretamente, da instauração, da decisão e do recurso.

Com a mesma finalidade atuam também as Secretarias estaduais, municipais e distritais. Veja-se a referência aos órgãos - centros de competência desprovidos de personalidade jurídica, nos termos do art. 1º, §2º, inciso I, da Lei n.º 9.784/99, e não aos entes públicos aos quais pertencem, o que se pode admitir como especial legitimação de entes despersonalizados. Sobre o assunto, Bandeira de Mello adverte que “[...] não há, em sentido próprio, relações entre os órgãos, e muito menos entre eles e outras pessoas, visto que, não tendo personalidade, os órgãos não podem ser sujeitos de direitos e obrigações.”²⁹⁶

Lado outro, se os órgãos manifestam por seus agentes vontade diretamente imputável à pessoa jurídica, entende-se inexistirem razões impeditivas da atuação do próprio Estado, Município e Distrito Federal, assim identificados independentemente de sua Secretaria de Cultura, para o desempenho da mesma atividade processual.

Prosseguindo, as associações e sociedades civis são referidas para iniciar a marcha processual. O bem cultural intangível, por definição referente à identidade, ação e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, ultrapassa as esferas jurídicas particulares para angariar o *status* da transindividualidade, permitindo invocarem-se as previsões do art. 9º, incisos III e IV, da Lei n.º 9.784/99, para justificativa da legitimação dos entes morais no âmbito dos processos de registro.

Porquanto orientados pelo princípio da especialidade, a regularidade de sua atuação perante a Administração Pública submete-se ao cumprimento de seu objeto social, no limite dos poderes que lhes confere o ordenamento para a consecução de suas finalidades. A Lei n. 9.784/99, Decreto e Resolução em estudo silenciam acerca da vinculação entre o objeto social das pessoas jurídicas e seu pleito administrativo. Contudo, é de se apurar que a vida civil dessas instituições caminha na senda da regularidade, na medida em que se afina com as finalidades de sua própria criação. Ademais, se ao tratar de direito difuso o legislador ordinário houve por bem conceder-lhe a especial legitimação da representatividade adequada,

²⁹⁵ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: lei n.º 9.784/99 comentada. Processo administrativo*, p.106

²⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p.129

em alguma medida buscou bases materiais de correspondência entre a existência e atuação dessas pessoas, e o desdobramento de benefícios à matéria e/ou categoria afins a seu objeto social.

Recorrendo ao diálogo de fontes possível por aproximação dos institutos de tutela coletiva e a existência no Brasil de um microsistema concatenado de tutela coletiva²⁹⁷, vê-se no artigo 5º da Lei n.º 7.347/85 serviente à Ação Civil Pública, a qualificação das associações legitimadas como sendo constituídas há pelo menos um ano nos termos da lei civil, e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção à matéria ou categoria envolvida no litígio (meio ambiente, consumidor, ordem econômica, livre concorrência, patrimônio artístico, estético e paisagístico). Previsão correlata está grafada no art.82, inciso IV, da Lei n.º 8.072/90. Na seara administrativa, há omissão acerca da exigência temporal de um ano de pré-constituição.

A considerar que os processos administrativos pautam-se pela simplificação dos procedimentos e iniciativa de alargamento do rol de legitimados, em prol da democratização de seus institutos, não há espaço para que se somem às exigências da lei específica outras de outros diplomas, cujo resultado seja a imposição de maior ônus aos interessados. Em suma, “[...] ao administrador caberá apenas verificar se a entidade está constituída em conformidade com a lei civil a respeito, sem entrar em qualquer consideração sobre o momento em que se ultimou a constituição.”²⁹⁸

Inexiste referência à figura das pessoas físicas individuais ou de um agrupamento delas desprovido de personalidade jurídica. O art. 2º da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial é bem claro ao disciplinar que se caracteriza como patrimônio cultural imaterial o que, em alguns casos, apenas indivíduos (e não grupos ou comunidades) reconhecem como tal. Seria, portanto, aplicável o disposto no art. 9º, inciso I, da Lei n.º 9.784/99, para permitir que indivíduos isolados, lancem a iniciativa de tramitação do registro? E nesse contexto, não seria essa uma forma de reconhecer-lhes a viabilidade de acesso à tutela estatal, enquanto seus maiores interessados, uma vez que se encontram implicados diretamente na caracterização do bem jurídico relevante?

Responder a essa pergunta revolve a discussão sobre representatividade adequada travada no segundo capítulo. A legitimidade extraordinária conferida pelo ordenamento permite a não-coincidência entre o sujeito de direito material e seu respectivo

²⁹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4.ed. rev.e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p.30-31

²⁹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*, p.103

postulante²⁹⁹, porém não a inviabiliza. Nada prejudica a hipótese de que se pleiteie também em nome próprio no contexto em que o requerente o faça por si e por muitos indetermináveis, deliberadamente, ou ainda que com a intenção de socorrer apenas seus próprios interesses, no que se chamaria de dimensão individual dos direitos difusos, objeto de consideração em momento anterior.

Veja-se que a permissão jurídica a que os destinatários das exações de poder participem e/ou impulsionem sua gestão tem espaço destacado no Direito Administrativo, contemplando assim o princípio da participação.

O *princípio da participação* está intimamente referido à expansão da consciência social e ao natural anseio das pessoas em sociedade de influir de algum modo nas decisões de poder que repercutam sobre seus respectivos interesses; é nessa linha que se estão produzindo as transformações dos modelos simples de *democracias representativas* em modelos politicamente mais complexos de *democracias participativas*, possibilitando aos cidadãos, na tersa lição de Jean Rivero, não apenas escolher *quem* os governará, mas *como* querem ser governados.

Esta ampliação juspolítica do conteúdo de *cidadania* faz do *princípio da participação* um conceito abrangente de todas as formas de ação do Estado e instrumento indispensável para valorizar o princípio substantivo da *legitimidade*, dando-lhe efetividade no modelo contemporâneo de Estado Democrático de Direito [...].³⁰⁰

Por mais difícil que se considere eleger quem, em meio à multidão de sujeitos, pode representar elenco indeterminável, e quiçá marcada por pouca objetividade a exclusão de alguns, em despeito de outros, é de quem produz a lei o dever de fazê-lo quanto a um processo coletivo.³⁰¹ No caso do registro, o legislador nada fez, pois inexistente a lei específica desse processo. À falta de restrição legal, portanto, defende-se que a pessoa física tem, sim, com fincas no art. 9º, inciso I, da Lei n.º 9.784/99, o direito de requerer à autoridade competente a instauração do processo. A limitação por decreto que não a contempla não se trata de mera regulamentação de lei, e sim de medida restritiva desprovida de respaldo normativo.

Há de se considerar, lado outro, a conveniência do legislador em, futuramente, por lei ordinária vir a normatizar de forma que não a contemple no rol de legitimados, sem com isso discrepar da tendência vista nos processos coletivos judiciais de

²⁹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Legitimação e despolarização da demanda. *Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, Brasília, v.25, n. 92, p.281-318, 1 sem.2012. p.287

³⁰⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v.11, n. 45, p.13-37, jul./set.2011. p.32

³⁰¹ NERY JR., Nelson. *Codificação ou não do processo coletivo?*, p.153

conferir a legitimidade extraordinária às pessoas jurídicas. Esta é a opção com a qual se coaduna o entendimento aqui externado, por razões que contemplam a maior capacidade técnica dessa sorte de postulante para identificar e retratar o que de fato reclama tutela declaratória pela via de registro, sem prejuízo do direito constitucional de petição resguardado a todos os interessados, como via de solicitar às autoridades competentes que, no exercício de suas atribuições, impulsionem o trâmite do registro.

Está no artigo 5º, inciso I, da Lei da Ação Civil Pública e no artigo 82, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, a legitimação extraordinária conferida ao Ministério Público, tipicamente associado à proteção dos direitos difusos.³⁰² Tem-se como medida conveniente que venha a aplicar-se ao processo de Registro, pois sentido nenhum se encontra em impedir que o mesmo sujeito legitimado para providências de proteção à cultura em via judicial, não possa atuar perante a Administração Pública. Rogando pela tutela substitutiva da vontade dos envolvidos, por certo tem respaldo sistêmico também para requerê-la diretamente a quem pode proferi-la em caráter primário.

Somente não se sustenta a aplicabilidade em caráter imediato, pois “no direito brasileiro, em contrapartida, os legitimados para propor ação coletiva são fixados por lei (*ope legis*), em rol taxativo que não admite ampliação através da jurisprudência”.³⁰³ Conquanto a Lei n.º 9.784/99 não se tenha prestado a elencá-lo expressamente, remanesce por ora como contribuição de *lege ferenda* que a falha venha a corrigir-se em momento próximo.

O mesmo vale para a atuação legitimada da Defensoria Pública, contemplada no artigo 5º, inciso II, da Lei n.º 7.347/85, também com a redação que lhe conferiu a Lei n.º 11.448/2007. Nesse caso, diga-se, sói observar sua função institucional de proteção do hipossuficiente, na forma do artigo 134 da Constituição Federal, em combinação com o art. 4º, inciso I, da Lei Complementar n.º 80/1994, enquanto parâmetro de novas incursões protetivas dos direitos e interesses das populações carentes³⁰⁴. Tratando-se de tutela do patrimônio cultural imaterial, há nessas linhas múltiplas referências à importância da iniciativa para abarcar as produções identitárias de grupos minoritários e de baixo poder aquisitivo, inseridos em práticas inter-geracionais de replicação da cultura popular.

³⁰² ANDRADE, Renato Faloni de. Apontamentos sobre a legitimação ativa do cidadão, do Ministério Público e da Defensoria Pública para as ações coletivas, a partir da análise evolutiva do constitucionalismo. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n. 185, p.321-339, jul.2010.

³⁰³ SANTIAGO Y CALDO, Diego. Legitimidade e a representatividade adequada nas ações coletivas: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a experiência norte-americana. *Revista de Processo*, São Paulo, v.37, n. 205, p.231-248, mar.2012. p.238

³⁰⁴ ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o mandado de segurança coletivo: uma análise a partir do microssistema de direito processual coletivo brasileiro e o diálogo das fontes. *Revista de Processo*, São Paulo, v.37, n. 203, p.321-343, jan.2012.

3.2.1.2 Peça de ingresso

Ultrapassados os elementos subjetivos da instauração, merece abordagem a peça de ingresso. Na lei geral de processo administrativo, o regramento de seu art. 6º quanto a um rol limitado de exigências formais, com a possibilidade, inclusive, de redução a termo de requerimentos feitos oralmente, ou a utilização de formulários padronizados referidos pelo art. 7º, coaduna-se com o princípio do formalismo moderado expresso em seu art. 2º, inciso VIII. Está afinado também com a lógica de facilitação do exercício de direitos pela redução das formalidades ao mínimo essencial, eis que o requerimento administrativo se funda no direito de petição³⁰⁵, garantido pelo art. 5º, inciso XXXIV, “a” da CR/88.

[...] o princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa; em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas [...]³⁰⁶

Lembrada também a lição de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari sobre a desnecessidade, via de regra, da prova pré-constituída no âmbito do processo administrativo, pelo que se entende que a atuação ordinária da Administração Pública está orientada por instaurações em peças simplificadas, não raro desacompanhadas por quaisquer documentos que não os de qualificação pessoal do interessado.

Em vista do caráter oficioso do processo administrativo, não é obrigatório que o requerimento inicial se faça acompanhado, desde então, da prova documental que o suporte. Mas não só o interessado deverá assim agir (para favorecer um deslinde mais rápido), como também poderá ser a tanto intimado pelo órgão (entidade ou autoridade) processante, mediante determinação fundamentada (e recorrível), que salientará a conveniência, para o próprio processo, de assim se fazer.³⁰⁷

A realidade é diversa na disciplina do processo federal de registro.³⁰⁸

Quando abordada a complexidade do objeto processual, ficou clara a propensão de crescente

³⁰⁵ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo*, p. 95

³⁰⁶ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*, p.131-132

³⁰⁷ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*, p.122

³⁰⁸ Art. 4º, Res. 01/2006/IPHAN: O requerimento será apresentado em documento original, datado e assinado, acompanhado das seguintes informações e documentos: I. identificação do proponente (nome, endereço, telefone, e-mail, etc.); II. justificativa do pedido; III. denominação e descrição sumária do bem proposto para Registro, com indicação da participação e/ou atuação dos grupos sociais envolvidos, de onde ocorre ou se situa,

complexidade também dos eventos de instrução, na medida em que sobrelevadas as dificuldades de caracterização e proteção do objeto tutelado, e mesmo quanto à imprescindibilidade dessa apuração ao satisfatório resultado do processo.

Nos atuais processos de patrimonialização da cultura, constata-se a necessidade de mobilização dos atores sociais envolvidos na produção desses bens. O patrimônio imaterial é fonte de identidade, criatividade e diversidade e se constitui por meio de múltiplas manifestações culturais (conhecimentos, técnicas, representações e práticas singulares). Somente a boa condução dos inventários de referências culturais e a identificação do objeto do registro possibilitarão ações de salvaguarda consistentes e compatíveis com os objetivos dos grupos e comunidades.³⁰⁹

No entanto, a imposição de tamanho rigorismo já na conformação da vestibular, exigindo do interessado que, previamente, se desincumba de dispendiosa iniciativa probatória, redundando em imposição onerosa a extensivo número de legitimados – associações, sociedades e indivíduos -, que não raro são desprovidos dos recursos financeiros e técnicos para viabilizar tal sorte de estudos antes mesmo de iniciado o processo.

A exposição dos elementos essenciais de identificação do bem intangível – inclusive com arrimo em fotografias e documentos outros de fácil consecução e baixo dispêndio - torna incontroversa a causa de pedir e o aventado objeto da relação jurídica processual. No entanto, outras provas, declarações e demonstrações ou se perfazem em momento de futura fase de instrução, ou são produzidas por iniciativa da própria Administração Pública, se o legitimado não puder fazê-lo, com o fito de proteger acervo patrimonial coletivo e indisponível, ainda em momento anterior ao juízo de admissibilidade. A atuação de ofício do Estado rumo à produção de provas encontra-se prevista no *caput* do art. 29 da Lei n.º 9.784/99, e deve ser invocada, senão prontamente exigida, quando o ônus probatório tornar-se excessivamente desgastante ou mesmo impossível aos interessados, sob pena de inviabilizar, no nascedouro, o desenvolvimento do processo e, conseqüentemente, frustrar o intuito de proteção determinado pelo art. 216 da CR/88.

do período e da forma em que ocorre; IV. Informações históricas básicas sobre o bem; V. documentação mínima disponível, adequada à natureza do bem, tais como fotografias, desenhos, vídeos, gravações sonoras ou filme; VI. referências documentais e bibliográficas disponíveis; VII. declaração formal de representante de comunidade produtora do bem ou de seus membros, expressando o interesse e anuência com a instauração do processo de Registro. Parágrafo único. Caso o requerimento não contenha a documentação mínima necessária, o Iphan oficiará ao proponente para que a complemente no prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável mediante solicitação justificada, sob pena de arquivamento do pedido.

³⁰⁹ SIMÃO, Luciene de Menezes. *A documentação do patrimônio imaterial: desafios e perspectivas*. Disponível em <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao43/materia04/texto04.pdf>> Acesso em 16 abr. 2011

Neste ponto, é razoável a aplicação extensiva do art. 7º, §2º da Resolução n.º 01/2006/IPHAN. Se o proponente carente de recursos financeiros e técnicos não fica por isso prejudicado na fase de instrução, pelas mesmas razões deve ser amparado pelos deveres materiais de instrução oponíveis ao Poder Público, quando iniciado o processo.

Alternativa há quanto ao pedido desse mesmo interessado, antes de qualquer processo de registro, para que se viabilizem, pelas autoridades competentes, os inventários dos bens imateriais cuja proteção e divulgação se pretende. De iniciativas dessa natureza provém larga produção de prova pré-constituída que, mais tarde, pode subsidiar a instauração de processo de registro, de antemão sabida a relevância daquele bem jurídico cultural e a importância de qualificá-lo, juridicamente, por essa natureza.

Veja-se que quanto maior o rol de indivíduos que possam, de alguma forma, impulsionar a máquina administrativa para conhecer e proteger o pluralismo cultural brasileiro, menos provável se torna que maquinações de interesses particulares sejam matrizes do agir estatal no âmbito da cultura, tanto ao selecionar os bens, como na forma de promovê-los.

O porquê das escolhas não vem desmerecer ou desqualificar os referidos processos de Inventário e muito menos o Registro dos bens. O público interessado, como os comerciantes da Feira de Caruaru ou maestros e músicos que fazem o Frevo, participou diretamente da pesquisa e da elaboração do dossiê. [...] a ação governamental não se inicia com o processo de Inventário, é algo que existe *a priori*, o que podemos chamar de uma "criação do bem cultural". Essa criação pode ser encontrada num material técnico e teoricamente isento de uma interferência política. Como foi visto, o preenchimento das fichas do INRC é condicionado não por ações políticas, porém por conceitos que se iniciaram dessas ações, ou, simplesmente, foram apropriadas e insufladas de sentido.

Os dois bens culturais aqui tratados são exemplos claros disso - e expressões como a Feira de Caruaru é a "*maior Feira do Nordeste*" ou é a "*Feira onde se encontra de tudo*" são bastante representativos. E aplicado valor, que verdadeiro ou não, passa a ter um potencial de significado que é incorporado pelos feirantes, lembrando que estes são os principais informantes para o preenchimento dos formulários do INRC.

O mesmo pode ser dito do Frevo, quando ele é tratado como o ritmo do carnaval pernambucano. E como se o bem cultural elegido para a "patrimonialização" sintetizasse uma *representação* ou *identidade* de uma região: o Frevo do Recife/Olinda, o Samba do Rio de Janeiro, o Samba de Roda do Recôncavo Baiano, etc, e isto o legitimasse para sua elevação a patrimônio nacional. O ganho econômico trazido por tais bens culturais fomenta caracterizações que tentam unificar supostas identidades (nem sempre as únicas, nem sempre as existentes, e geralmente passando por cima do caráter de resistência étnica e de classe que elas podem abarcar)!. Isso de certo modo exclui manifestações de igual importância, mas talvez com menor apelo nacional. O que ocorre é uma legitimação do discurso hegemônico, embora, como bem apresentado por Laclau e Moufee (2004),

outros discursos permaneçam presentes e estejam em disputa por essa hegemonia. E para isso, o governo - representado pelo Iphan - deve possibilitar o acesso às demandas de outras identidades.³¹⁰

A Resolução n.º 01/2006/IPHAN, no parágrafo único do art. 4º, fixa o prazo de 30(trinta) dias para apresentação dos documentos faltantes pelo proponente, sob pena de extinção. Entendido na sistemática do regime jurídico administrativo, o dispositivo deve ser compreendido em consonância com outras normas que afastam a causação automática do evento extintivo.

Primeiramente, a falta de documentos que não sejam imprescindíveis à identificação do objeto processual, nas circunstâncias evidenciadas acima, enseja a complementação pela autoridade competente, e não a extinção do processo. Por mais que num caso concreto estejam evidentes interesses particulares na efetivação do registro, eles são coexistentes, e não substitutivos do dever jurídico de proteção do bem cultural precedida de processo. Cabe à Administração Pública desincumbir-se de todo o necessário para a verificação da existência desse interesse público – na fase inaugural do processo, a partir da demonstração da plausibilidade, e não certeza, do preenchimento dos requisitos de registro, a teor do art. 39, parágrafo único, da Lei n.º 9.784/99. Somente na falta dele é que se justifica a prematura extinção do feito, a exemplo da peça vestibular que não identifica o suposto patrimônio cultural ou mantém incógnita a pessoa do proponente, inviabilizando a aferição da legitimidade.

O art. 3º, inciso II, da Lei n.º 9.784/99 estatui como direito dos administrados ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenham a condição de interessados. Porquanto vislumbrada a transindividualidade do direito material, de toda sorte já não se conceberia a regularidade de extinção comunicada apenas ao proponente, sem a prévia intimação coletiva da existência do feito. Considerando-se ainda que o inciso III do mesmo artigo assegura o direito de apresentar documentos antes da decisão, seria simultaneamente eficaz ao suprimento das duas exigências a veiculação de publicação oficial, inclusive na página da instituição na internet, consoante previsão do art. 12, §1º, da Resolução n.º 01/2006/IPHAN, para noticiar a instauração do processo e intimar todos os possíveis interessados para juntada de documentos essenciais ao juízo de pertinência do pedido.

³¹⁰ MÜLLER, Elaine; FRANÇA, João Paulo de. A “patrimonialização” dos bens culturais de natureza imaterial: notas a partir das experiências de registro em Pernambuco, p.244

O Código de Defesa do Consumidor, a propósito do chamamento à participação de todos quantos possam contribuir para o deslinde da matéria, em seu artigo 94 determinada seja “[...] publicado no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.” Ainda que inexistente a atuação litisconsorcial, pelas razões acima esposadas demonstra-se o quão salutar é a iniciativa de propiciar a pluralidade de fontes na coleta de informações, alegações e provas úteis aos rumos da tramitação processual.

Sendo possível a identificação da comunidade diretamente envolvida na reprodução da prática cultural, é adequada também a intimação pessoal, tudo em conformidade com os arts. 26, §§ 3º e 4º, e 39 da Lei n.º 9.784/99.

Eis que não só o proponente, mas o extenso rol de interessados podem prestar efetiva colaboração para o prosseguimento do feito. Seguindo os ditames da celeridade havidos do art. 5º, inciso LXXVIII, da CR/88, mostra-se recomendável o decurso simultâneo dos 30(trinta) dias para todos os intimados, ao invés de prosseguir-se em sucessivas intimações postergando sobremaneira o avanço para outras fases processuais.

A Administração Pública tem ainda à sua disposição, eis que já nesta fase está adiantando atos típicos da instrução, a possibilidade de requisitar documentos e informações a órgãos públicos, nos moldes do art. 37 da lei geral de processo.

Um dos documentos destacados no art. 4º da Resolução é a declaração de anuência da comunidade produtora do bem, por seu representante ou membros. A ausência dessa formalidade, por si só, não deve ser impeditiva do prosseguimento do feito, vez que é perfeitamente possível à Administração Pública verificar, por manifestações formalizadas e submetidas ao contraditório, eventuais oposições ao registro de um patrimônio que, a despeito de atrelar-se ao cotidiano mais de certos grupos que de outros, continua desbordando a esfera de direitos da cada um de seus membros, para integrar a identidade cultural de todo um país.

Além disso, se ninguém se prontificasse a subscrevê-la, as características do bem intangível justificariam, objetivamente, providências das autoridades competentes para resguardá-lo.

Não parece ser esta, entretanto, a orientação jurídica do IPHAN, que sem respaldo em lei insiste em reproduzir nos seus atos administrativos normativos, ordenações proibitivas de que, sem a aludida anuência, nada pode ser pesquisado ou divulgado. Para exemplificar, cite-se a restrição encadeada na Instrução Normativa n.º 01/2009/Iphan, serviente às regras do Inventário Nacional de Referências Culturais – INRC, que é a

metodologia empregada pelo IPHAN, para “[...] produzir conhecimento sobre os domínios da vida social aos quais são atribuídos sentidos e valores e que, portanto, constituem marcos e referências de identidade para determinado grupo social”.³¹¹

A divulgação pelo interessado dos dados obtidos com base no uso da metodologia do INRC sobre os bens culturais estudados, seus processos de produção e seus produtores deverão receber prévia autorização do Iphan e da comunidade ou grupos inventariados.

De posse das manifestações e documentos, passa-se à fase de verificação da plausibilidade do direito, com prosseguimento da tramitação processual, ou arquivamento do feito sem dar azo à pretensão.

3.2.1.3 Juízo de admissibilidade, ordem de processamento e extinção prematura

Esgotadas todas as medidas para a formação da prova pré-constituída e intimações necessárias, aí sim segue o feito devidamente autuado³¹² – expressão física da fase de instauração – com avaliação técnica preliminar do IPHAN e indicação de instituição externa ou unidade dessa autarquia federal, para apreciação da pertinência do pedido e da recomendação para os atos instrutórios, pela Câmara do Patrimônio Imaterial, segundo exposto no art. 6º, *caput*, da Resolução de 2006.

Sobrevindo julgamento pela improcedência, segundo disposto no art. 6º, §2º, da Resolução, o entendimento da Câmara será submetido à deliberação do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural. O que o enunciado prescritivo apresenta como remessa obrigatória³¹³ pode ser compatibilizado com uma previsão democrática de recurso, a partir da intimação do proponente e, por publicação de edital, de todos os demais interessados. Intimam-se para, no prazo comum de 10(dez) dias, nos moldes do art. 59, *caput*, c/c art. 60 da Lei n.º 9.784/99, apresentarem seus apelos e documentos, sem prejuízo do controle automático de legalidade pelo Conselho, se decorrido *in albis* o prazo conferido aos interessados.

Confirmada a improcedência pelo colegiado, caberá ao IPHAN, novamente, conferir ampla publicidade à ordem de arquivamento e fazê-la cumprir-se, com a baixa na distribuição e conservação dos autos, seguindo o disposto no art. 16 da Resolução n.º

³¹¹ Disponível em <<http://www.iphan.gov.br>> Acesso em 18 jun.2012.

³¹² BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de processo administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.96.

³¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*, p. 272

01/2006. O ato decisório terminativo será necessariamente motivado, por força do art. 50, incisos V e VI da Lei n.º 9.784/99, e publicado na imprensa oficial, em consonância com o art. 14, §4º dessa resolução.

Por outro lado, se a Câmara do Patrimônio Imaterial julgar pertinente o pedido, efetuadas as comunicações internas, terá início a fase de instrução, forte no art. 6º, §1º da Resolução.

3.2.2 Instrução

Pelo que por ora já se expôs, a abertura da fase instrutória do processo de registro se identifica com a concentração, em número e qualidade, dos atos de coleta de provas sem, no entanto, operacionalizá-los com exclusividade, tendo a seu par toda sorte de diligências e reunião de documentos abordadas como providências prévias ao juízo de pertinência, conforme enunciado pelo art. 9º, *caput*, da Resolução n.º 01/2006/IPHAN.

É de dicção constitucional o dever do Estado de proteção e promoção da cultura. Logo, está duplamente condicionado à condução profícua do respectivo processo: a uma, por imperativos do direito processual, que lhe impõem uma tramitação marcada pela celeridade, economia e eficiência de seus atos; a duas, pela indisponibilidade do objeto, sujeitando-o a providenciar *ex officio* se necessário, tudo quanto se apresente razoavelmente exigível à prestação da tutela administrativa a seu poder confiada.

Assomam-se nesta fase processual as maiores dificuldades da Administração Pública e dos interessados em levar a efeito o seu intento, uma vez que pressupõe a concatenação das atividades de especialistas das mais variadas áreas do conhecimento; a utilização de técnicas sobremodo díspares a depender das peculiaridades do objeto sob análise; o enfrentamento de questões éticas e jurídicas de proteção da dignidade de todos os indivíduos cujas práticas, saberes e formas de expressão são retratados, revelando mesmo de forma indireta traços de personalidade, valores e costumes; a necessidade de levar a registro a essência do bem intangível, captando-lhe os traços perpetuados culturalmente ao longo de gerações, a despeito das variações intersubjetivas decorrentes do modo individual de vivenciar uma realidade comum; os custos de deslocamentos e diligências outras; etc.

Lidando com todos esses aspectos, são apontadas múltiplas tarefas traduzíveis em respostas ao questionamento sobre a natureza cultural do patrimônio

pesquisado, e se ele preenche as características juridicamente relevantes para ensejar o reconhecimento e especial proteção do Estado, a teor do art. 9º da Resolução.³¹⁴

O art. 29 da Lei n.º 9.784/99 congrega a possibilidade de produzirem-se provas tanto por iniciativa do ente processante, como a requerimento dos interessados. O direito destes, a propósito, encontra-se consagrado no já aludido art. 3º, inciso III, e no art. 38 da mesma lei, e se manifesta sob a forma de ônus, relativamente à prova dos fatos alegados, na redação do art. 37.

A conjugação do Decreto n.º 3.551/2000 com a Resolução n.º 01/2006/IPHAN, no que diz respeito à divisão de tarefas e responsabilidades relativamente à produção das provas, gera resultado à primeira vista assistemático. A organização lógica de seus mandamentos, de modo compatível com a dinâmica probatória ínsita ao arquétipo processual administrativo pátrio, é medida que se impõe.

O mencionado art. 6º, §1º da Resolução, se refere à notificação do proponente para que proceda à instrução do processo, após o julgamento pela pertinência do pedido. Essa comunicação há de ser vista como solicitação administrativa de colaboração do interessado para uma proveitosa incursão no campo probatório. Não se confunda com mera exortação ao cumprimento, vez que o direito do administrado de participar da dilação probatória tampouco é uma faculdade. Basta lembrar o teor do art. 4º da Lei n.º 9.784/99, que estatui enquanto deveres tanto a prestação de informações solicitadas, como a colaboração para o esclarecimento dos fatos.

Em tudo quanto possa contribuir o interessado para o sucesso da instrução processual, sem tumultuar-lhe o andamento nem sacrificar-se sobremodo em seus direitos patrimoniais, deverá atuar sob a supervisão do poder público. Lembre-se que o constituinte previu expressamente, no art. 216, §1º da Lei Maior, a colaboração da comunidade com as iniciativas estatais de proteção do patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários,

³¹⁴ Art. 9º, *litteris*: A instrução técnica do processo administrativo de Registro consiste, além da documentação mencionada no art. 4º, na produção e sistematização de conhecimentos e documentação sobre o bem cultural e deve, obrigatoriamente, abranger: I. descrição pormenorizada do bem que possibilite a apreensão de sua complexidade e contemple a identificação de atores e significados atribuídos ao bem; processos de produção, circulação e consumo; contexto cultural específico e outras informações pertinentes; II. referências à formação e continuidade histórica do bem, assim como às transformações ocorridas ao longo do tempo; III. referências bibliográficas e documentais pertinentes; IV. produção de registros audiovisuais de caráter etnográfico que contemplem os aspectos culturalmente relevantes do bem, a exemplo dos mencionados nos itens I e II deste artigo; V. reunião de publicações, registros audiovisuais existentes, materiais informativos em diferentes mídias e outros produtos que complementem a instrução e ampliem o conhecimento sobre o bem; VI. avaliação das condições em que o bem se encontra, com descrição e análise de riscos potenciais e efetivos à sua continuidade; VII. proposição de ações para a salvaguarda do bem. Parágrafo único. A instrução técnica deverá ser realizada em até 18(dezoito) meses a partir da avaliação da pertinência do pedido pela Câmara do Patrimônio Imaterial, podendo ser prorrogada por prazo determinado, mediante justificativa.

registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. Para a doutrina, apresenta-se a norma como princípio da participação popular.³¹⁵

A participação preceituada é intrínseca à existência do bem jurídico sob tutela. Especialmente quanto ao patrimônio imaterial, ao longo dos séculos se transmite como mecanismo de preservação. A novidade do registro representa o ganho de reconhecimento de determinada prática, vivência, saber, comportamento, como traço cultural relevante para a identidade do povo brasileiro, abrindo portas para investimentos e políticas de salvaguarda. Nas mãos desses mesmos indivíduos agora chamados a participar do processo, já se perpetuam ao longo do tempo, no mecanismo natural de sua replicação.

Ações humanas, gestos, toques, movimentos, posturas do corpo, não tem solidez das fortalezas, nem a grandiosidade das catedrais, podem, porém, mais que elas, restar preservadas por muitos milênios na memória corporal dos homens. [...] Tais ações, tomadas tradicionais, não apenas expressam nosso modo de ser enquanto povo, como revelam nossa universalidade, porque à medida que afirmam nossa singularidade, nos ligam a outras gentes e eras, tornando-nos parte do cosmos e, como tal, infinitos e eternos... Cada povo criou, assim, um modo de viver e raciocinar, mas também de buscar utopias, que aos poucos foi se inscrevendo em seu próprio corpo, como também em suas ações mais recorrentes... Constituem patrimônio que, para ser preservado, necessita não apenas de inventários, registros, proteções e estímulos, como exige, principalmente, estar gravado nos músculos, nos sentidos, no pensamento e no coração da gente que o criou. Preservá-lo, pois, é usá-lo, praticá-lo, mas também renová-lo, juntar a ele nossa contribuição, tornando-o nosso, vivo, contemporâneo.³¹⁶

A proporcionalidade insculpida no art. 2º, inciso VI, da lei de processo administrativo³¹⁷ coaduna-se com o art. 7º, inciso I, da Resolução n.º 01/2006, na medida em que condiciona a produção de provas à pessoa do proponente, à reunião de aptidão técnica para tanto. Outro reflexo se encontra no §2º do mesmo artigo, quando incumbe ao IPHAN, dentro de suas possibilidades orçamentárias, destinar recursos ao custeio da instrução técnica, ou angariá-los por meio do Programa Nacional do Patrimônio Imaterial – PNPI ou junto a outras instituições públicas ou privadas, na hipótese do proponente, mesmo tecnicamente idôneo à produção das provas, não detiver condições financeiras para realizá-la. Neste viés, é digno de nota também o art. 29, §2º da Lei n.º 9.784/99, ao estabelecer que os atos probatórios que envolvam a participação dos interessados, serão realizados do modo menos oneroso para estes.

³¹⁵ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*, p.39

³¹⁶ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional*, p.121-122

³¹⁷ VELOSO, Waldir de Pinho. *Direito processual administrativo*, p.93

Noutras passagens foi reiterado o dever constitucional que impõe ao Estado a proteção da cultura. Consequentemente, em tudo quanto não consiga encontrar auxílio externo para a satisfação processual de seu mister, suportará, subsidiariamente, o ônus de demonstrar a reunião dos requisitos caracterizadores do patrimônio cultural imaterial, a inadequação do objeto investigado ao conceito juridicizado de cultura tradicional e popular, ou a inexistência de razões atuais para a tutela. Se provado que a manifestação consiste em mera referência cultural de um tempo passado, desprovida de atualidade, não faz sentido proceder ao registro, posto que em situação semelhante submetida ao processo de revalidação do título, nos moldes do art. 7º do Decreto n. 3.551/2000 c/c art. 18 da Resolução n.º 01/2006/IPHAN, o julgamento seria pela denegação.

O art. 7º, *caput* da Resolução dispõe, textualmente, que a instrução técnica do processo administrativo de registro é de responsabilidade do Departamento do Patrimônio Imaterial, órgão do IPHAN cujas atribuições são especificadas no art. 18 do Decreto Federal n.º 6.844/2009, dentre as quais o acompanhamento da instrução técnica e apreciação das propostas de registro de bens culturais de natureza imaterial. Desde já assente na possibilidade de delegação a sujeitos de direito público e também a instituições privadas, conquanto detenham competência técnica para a atividade.

A previsão não esbarra em nenhuma das vedações constantes do art. 13 da Lei n.º 9.784/99, se perfaz por ato formal, e exige a prévia manifestação da Câmara do Patrimônio Imaterial, segundo o art. 7º, §1º, da Resolução n.º 01/2006.

Sobre a delegação preceituada, aplicam-se as regras dos artigos 11 a 14 da lei de processo administrativo, a começar pela correlação de seus motivos a uma das justificativas autorizadoras: o ato é conveniente por razões técnicas, sociais, econômicas, jurídicas ou territoriais. Consistirá em ato formal, sujeito a publicação pela imprensa oficial, com especificação das matérias e poderes transferidos, limites de atuação do delegado, duração e objetivos da delegação e recurso cabível.

A parte final do art. 14, §1º da Lei n.º 9.784/99, ao facultar a ressalva de exercício da atribuição delegada, coaduna-se com o art. 8º da Resolução n.º 01/2006, por deixar a cargo do IPHAN a complementação da instrução técnica no que couber, sem prejuízo de seu dever de supervisão de toda a tramitação processual, a teor do art. 3º, §1º do Decreto n.º 3.551/2000.

Entende-se que a normatização da matéria limita os atos decisórios do agente delegado apenas ao que tange à condução da instrução. Podem ser anulados pelo

IPHAN, que remanesce titular de todas as competências de processamento do registro, e da possibilidade de, a qualquer tempo, revogar a delegação.

Fala-se, no art. 3º, §3º do Decreto n.º 3.551/2000, da possibilidade de produção de provas também por órgãos do Ministério da Cultura e unidades do IPHAN. Consta do art. 20, inciso V, do Decreto n.º 6.844/2009 a atribuição das Superintendências Estaduais do IPHAN, de instruírem as propostas de registro de bens culturais de natureza imaterial. Muito mais próximas, geograficamente, dos locais de concentração das práticas culturais, diminuem as distâncias entre a autarquia federal e o centro da dilação probatória, o que facilita não só a produção das provas, como a fiscalização do que lhes diga respeito.

Por lógico, a especificação de provas precede sua coleta, e mediando-as está o ato de apreciação de sua pertinência pela autoridade processante.

Embora as Resoluções e Decreto silenciem a respeito, o bem tutelado é coletivo e a amplitude de seu rol de interessados, evidentemente legitimados para a participação no processo mesmo não sendo proponentes, justifica que, antes do início dos trabalhos instrutórios, se perfaça intimação pessoal do proponente e, por edital, de terceiros para que, no prazo legal de 05(cinco) dias previsto no art. 24 da Lei n.º 9.784/99, especifiquem suas provas nos moldes do art. 38 desse diploma. Findo o prazo, são conclusos os autos à autoridade competente do Departamento do Patrimônio Imaterial, para decidir, fundamentadamente, quais atos serão realizados, com rechaço dos pedidos impertinentes, desnecessários e protelatórios.

Em conformidade com passagem anterior, fala-se agora que a pesquisa sobre o patrimônio intangível toma contato com a realidade material, de onde provem os dados sujeitos à documentação imprescindível à identificação da natureza e características do patrimônio protegido. Sobre os desafios e finalidades da conversão em prova da natureza do bem intangível, veja-se excerto formulado por Vera Dodebei, em pesquisa sobre a ciência da informação:

É no âmbito desse processo de patrimonialização do presente que se inicia a inclusão de uma “nova” categoria do patrimônio, a do bem intangível ou imaterial. A proteção do fazer cultural deve ser considerada como um ato de preservação dos produtos e do ambiente no qual esse fazer se produz, e não como uma outra categoria de patrimônio. Compreende-se que esta questão surge a partir da preocupação de não apenas salvaguardar os vestígios do passado, como também incluir nesse processo as ações desencadeadas no tempo presente. Os bens de natureza imaterial são classificados na ordem dos saberes, dos fazeres, das comemorações, da tradição oral, quer seja a música, a dança a literatura, a língua. São circunstanciais, vivos e se preservam por tradição. A falta aparente de um corpo material na condição efêmera de produção não exclui a materialidade do

imaterial, nem a imaterialidade do material. Preservar uma construção religiosa sem a liturgia, uma língua sem o falante, é observar uma única face ou natureza do objeto. Mesmo com a criação de leis, normas e procedimentos para a proteção dos bens patrimoniais de natureza intangível ou imaterial é necessário compreender o caráter de virtualidade desses bens e a impossibilidade prática de separar o material do imaterial.³¹⁸

A finalidade pública do processo impõe que o resultado do trabalho realizado remanesça à total disposição do IPHAN, jurídica e materialmente³¹⁹, e mais tarde seja divulgado como mecanismo de promoção e divulgação do bem registrado, por aplicação do art. 6º, incisos I e II do Decreto n.º 3.551/2000.

As diligências realizadas, desde que a presença de público extensivo não lhe prejudique os trabalhos, deverão ser divulgadas para acompanhamento, forte no art. 28, parte final, da Lei n.º 9.784/99.

Ultimada a coleta de provas, serão sistematizadas em documentação formal designada por “dossiê”³²⁰, desdobrado em via impressa e digital, e que faz parte, para todos os fins, do processo de registro.

Prossegue-se a tramitação com a emissão de parecer técnico pelo IPHAN, nos termos do art. 11, §2º, e apreciação do feito pela Procuradoria Federal, forte no art. 12, *caput*, ambos da Resolução. Merece destaque a atuação de procurador para maior controle da regularidade jurídica do processo. Os demais agentes envolvidos, como alhures salientado, são representantes notórios de outras áreas do conhecimento, e antes da decisão do mérito propriamente dito do processo, faz-se conveniente que todos os vícios processuais sejam tempestivamente sanados, para não prejudicarem o conteúdo da tutela administrativa.

Embora não prevista sua atuação, a considerar a natureza e repercussão dos interesses envolvidos, defende-se a futura previsão em lei da atuação ministerial enquanto

³¹⁸ DODEBEI, Vera. *Digitalização do patrimônio e organização do conhecimento*. Disponível em: <<http://www.enancib.ppgci.ufba.br/artigos/GT2--071.pdf>> Acesso em 16 abr. 2011.

³¹⁹ Art. 10, Resolução n.º 01/2006/IPHAN, *litteris*: Conforme estabelecido no Decreto n.º 3.551/2000, para assegurar ao bem proposto para Registro ampla divulgação e promoção, a instituição responsável pela instrução técnica do processo administrativo de Registro deverá: I. ceder gratuitamente ao Iphan os direitos autorais para fins de promoção, divulgação e comercialização sem fins lucrativos; e o direito de uso e reprodução, sob qualquer forma, dos produtos e subprodutos resultantes do trabalho de instrução técnica, resguardado o crédito de autor; II. colher todas as autorizações que permitam ao Iphan o uso de imagens, sons e falas registrados durante a instrução do processo.

³²⁰ Art. 11, Resolução n.º 01/2006/IPHAN, *litteris*: Finalizada a fase de pesquisa e documentação, o material produzido na instrução do processo administrativo de Registro será sistematizado na forma de um dossiê que apresente o bem, composto de: I. texto, impresso e em meio digital, contendo a descrição e contextualização do bem, aspectos históricos e culturais relevantes, justificativa do Registro, recomendações para sua salvaguarda e referências bibliográficas; II. produção de vídeo que sintetize os aspectos culturalmente relevantes do bem por meio da edição dos registros audiovisuais realizados e/ou coletados; III. fotos e outros documentos pertinentes. [...]

custos legis, ainda que na fase opinativa que se segue à coleta de provas. A necessidade dessa sorte de manifestação é a tal ponto evidente, que a autoridade administrativa ao formular a Resolução n.º 01/2006, tratou de repassar à Procuradoria Federal trabalho que, ordinariamente, se desempenha pelo Ministério Público nos processos judiciais.

Sobrevém, depois disso, a publicação de aviso contendo o extrato do parecer técnico do IPHAN, no Diário Oficial da União, consoante art. 3º, §5º, do Decreto n.º 3.551/2000 c/c art. 12, *caput*, da Resolução n.º 01/2006. Segue-se o decurso do prazo de 30(trinta) dias para manifestação de todos os interessados, com o que se consideram cumpridos também os propósitos do art. 44 da Lei n.º 9.784/99.

Juntam-se aos autos as manifestações apresentadas pela sociedade. Autuadas todas as peças processuais, segue o feito para apreciação de Conselheiro designado Relator pelo Presidente do IPHAN, em conformidade com o art. 13 da Resolução n.º 01/2006. É chegado o momento de exercício da competência decisória pelo Conselho Consultivo.

3.2.3 Abertura à participação popular

Em mais uma importante questão é omissa a previsão procedimental de registro: a criação de oportunidades para participação da sociedade civil na construção de uma decisão mais democrática e, possivelmente, ainda mais próxima da finalidade jurídica do instituto, a exemplo das audiências e consultas públicas. Os debates públicos sobre a matéria processual, segundo dicção do art. 13, parágrafo único, da Resolução n.º 01/2006, somente seriam abertos, por decisão discricionária do Relator, após o encerramento da instrução processual.

Ora, tal proposição parece deslocada na sequência dos atos processuais, pois um de seus possíveis e até mesmo prováveis resultados é a determinação de novas diligências para saneamento de dúvidas e/ou irregularidades na averiguação do suposto patrimônio cultural. Se a fase probatória já foi formalmente encerrada, sua retomada implicará em desperdício dos atos que a sucederam, algo plenamente evitável, se for tomada iniciativa de, legitimamente, observar o princípio da participação popular no momento adequado.

Note-se que a oportunidade de uma audiência pública cria, para a comunidade envolvida na produção do objeto cultural, condições objetivas de exteriorizar perante o Estado, suas conclusões e demandas³²¹ a respeito do objeto de tutela. Tratando-se de

³²¹ CABRAL, Antonio. Os efeitos processuais da audiência pública. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, v.4, n.14, p.107-123, jul.set/2006. p.109

um processo coletivo, perfaz significativa nota de observância do contraditório, já que por ocasião da propositura, a coletividade enfrenta os limites de legitimação ditados pelas opções políticas do legislador, de eleição pela representatividade adequada.

Com uma posição ativa frente ao processo, as comunidades contribuem para a diminuição das margens de escolha técnica-institucional incompatíveis com as reais necessidades dos envolvidos no fenômeno cultural sob estudo.

Além dos planos de Salvaguarda, o Registro tem um potencial de desencadear uma série de outras repercussões para o patrimônio imaterial - todas remetendo aos papéis do pesquisador e do técnico do lphan frente aos grupos com os quais trabalham. É preciso se pensar, por exemplo, na inserção destes bens culturais no circuito comercial, paralelo ao seu fomento e divulgação enquanto patrimônio imaterial brasileiro. Carvalho (2004) fala, por exemplo, da espetacularização das *performances* afro-brasileiras propiciada por um novo papel do pesquisador, o de produtor cultural. E aciona uma idéia de "responsabilidade" através da qual teríamos que pensar nas posturas dos pesquisadores.

“Mais do que um dilema moral, acredito que a discussão das posições assumidas atualmente pelos pesquisadores e suas consequências para a comunidade pesquisada deva ser equacionada dentro do quadro da idéia de responsabilidade. Seja o pesquisador uma pessoa distante, um porta-voz, um escudo, um mediador ou um converso que se apresenta como performer da arte tradicional, devemos colocar abertamente para as instituições a que pertencemos de que modo concebemos nossa responsabilidade para com o destino do grupo que pesquisamos e com que interagimos. Responsabilidade implica atitude responsiva, resposta, interação dialogante capaz de estabelecer uma ponte entre os valores e interesses do nosso mundo e os valores e interesses do mundo dos artistas populares.” (CARVALHO, 2004, p. 10).³²²

Cogita-se também da possibilidade assunção da figura do *amicus curiae* como sujeito interveniente no processo, com vistas a imprimir-lhe maior acuidade técnica³²³ num processo que, a despeito de abranger múltiplas áreas do conhecimento humano, tem natureza jurídica e deve primar por sua regularidade, se possível com a contribuição da sociedade civil e seus pontos de vista sobre a matéria que é de interesse coletivo.

Maior participação da sociedade civil também se viabiliza pelo alargamento do rol de legitimados, e pela prática de efetivas intimações ao longo do trâmite processual, permitindo-lhe que traga ao feito, oportunamente, alegações e provas úteis à etapa decisória, em exercício a seu direito constitucional de petição.

³²² MÜLLER, Elaine; FRANÇA, João Paulo de. *A “patrimonialização” dos bens culturais de natureza imaterial: notas a partir das experiências de registro em Pernambuco*, p.246-247

³²³ CAMBI, Eduardo. *Amicus curiae e o processo coletivo: uma proposta democrática*. *Revista de Processo*, São Paulo, v.36, n.º 192, p.13-46, fev.2011

3.2.4 Medidas cautelares e de antecipação de tutela

A Lei n.º 9.784/99, em seu art. 45, dispõe que “em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado”. A previsão é inexistente na regulamentação do registro.

Neste ponto, merece destaque a natureza declaratória do registro: ao longo de todo o processo, o que pretende o Poder Público é obter, ao máximo, provas da complexa realidade do objeto cultural intangível, sua inserção na vida social, potencial econômico, raízes históricas, para, aí sim, concluindo pelo preenchimento de seus pressupostos, declará-lo patrimônio cultural do Brasil. O registro, em si mesmo, não oferece a proteção para continuidade do bem tutelado.

Antecipar essa declaração significaria, na ótica ora sustentada, o esgotamento do objeto processual, sem que antes disso se cumpram as etapas previstas pelo ordenamento jurídico. Logo, não caberia no feito a antecipação de tutela enquanto providência liminar.

Lado outro, acerca das medidas cautelares, sabendo-se da importância e complexidade dos eventos instrutórios, bem poderiam coadjuvá-los, antecipando coletas de dados noutra momento inviáveis, ou permitindo, na medida da necessidade observada pela autoridade no caso concreto, a viabilidade do trâmite processual, razão do desestímulo à previsão de medidas cautelares em rol taxativo para a hipótese em apreço.

3.2.5 Decisão

A competência para proferir decisão de mérito no processo de registro, segundo o art. 4º do Decreto n.º 3.551/2000, é conferida ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, órgão colegiado de composição pluralista, na tentativa de conferir a seus julgados convicção arrimada em estruturados saberes das áreas do conhecimento tocadas pelo objeto processual. Consegue ainda um resultado de legitimação popular, porque a sociedade civil está também representada na pessoa dos Conselheiros.

O Conselho tem o dever legal de decidir, conforme o art. 48 da Lei n.º 9.784/99, sua decisão será lavrada em documento declaratório próprio, firmado por todos os Conselheiros presentes à reunião, e juntado aos autos do processo de registro, com espeque no art. 14, *caput*, da Resolução n.º 01/2006.

O relatório produzido é colocado em discussão, e se o julgamento resultar na procedência do pedido, nos moldes do art. 5º do Decreto n.º 3.551/2000 e art. 14, §1º da Resolução n.º 01/2006, haverá inscrição do bem cultural no livro correspondente a sua respectiva categoria – saberes, celebrações, formas de expressão, lugares ou outras criadas e aprovadas por Resolução específica do Conselho Consultivo, consoante exposto no art. 15, parágrafo único da aludida Resolução. Concede-se a ele o título de “Patrimônio Cultural do Brasil”, passível de renovação a cada 10(dez) anos, desde que mantidas ao longo do tempo as razões de tutela que motivaram o registro inicial.

Entretanto, se o órgão colegiado posicionar-se contrariamente ao registro, determina o art. 14, §3º da Resolução n.º 01/2006, que seja arquivado o processo e comunicado, formalmente, o proponente.

A ordenação conferida fere, frontalmente, o direito constitucional à ampla defesa pela via recursal, e deve ser afastada.

A publicação mediante aviso, na imprensa oficial, independentemente da decisão do Conselho Consultivo, deve servir a que quaisquer interessados, inclusive o proponente se mal sucedida a tentativa de intimação pessoal, interponham recursos no prazo comum de 10(dez) dias, forte no art. 59, *caput*, da Lei n.º 9.784/99.

As razões apresentadas e eventuais documentos juntados serão apreciados e considerados em decisão motivada, pelo Conselho Consultivo.

Se mantida a improcedência, a autoridade elencada pelo Decreto Federal n.º 6.844/2009 para exercício de juízo recursal, em segunda e última instância, é o próprio Presidente do IPHAN, com o que não se coaduna, pelas razões abaixo dispostas.

3.2.6 Recurso

A dinâmica resultante da conjugação dos textos normativos deve ser criticada não só por induzir à concentração dos atos inicial e final do processo em mãos do mesmo indivíduo, mas principalmente por conferir-lhe poderes de modificação da decisão de um colegiado de especialistas do qual ele é apenas um dos integrantes. Na prática, sobrevindo alteração pela via recursal será marcada pela deslegitimação. Lado outro, a justificativa de manutenção do entendimento inicial apenas em respeito à convicção da maioria esvazia o recurso de qualquer sentido.

Para conferir eficácia ao duplo grau pertinente também à atuação processual administrativa, salvo melhor juízo, é impositiva a reestruturação das competências de órgãos

do IPHAN, evitando as criticáveis consequências acima enunciadas. Por ora, a solução jurídica e legitimamente sustentável é o julgamento de pedido de reconsideração pelo próprio Conselho Consultivo, ao invés de proceder ao automático arquivamento do feito.

3.3 Contribuição de *lege ferenda*: proposta de processo administrativo federal de registro

Ultimadas as constatações acerca das medidas de incompatibilidade do procedimento de registro insculpido nos textos normativos administrativos, e os imperativos de contraditório, ampla defesa, legitimação e consonância dos limites regulatórios perante lei ordinária que lhe seja base de validade, com vistas a contribuir para que, futuramente, exista instrumento normativo único a englobar os aspectos procedimentais hoje dispersos consoante apreciado em momento anterior, apresenta-se esta proposta de processo administrativo federal de registro, dedutível em termos de lei ordinária federal.

Para aproveitamento da prática consolidada de aplicação da Resolução n.º 01/2006/IPHAN, mais extensa e detalhada que a exposição do Decreto Federal n.º 3.551/2000, seu texto servirá como suporte³²⁴ para as alterações sugeridas, abaixo identificadas em negrito.

Projeto de Lei n.º XX/XXXX

Regula o Processo de Registro do Patrimônio Cultural Imaterial Brasileiro no âmbito do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN

Art. 1º. O requerimento para instauração do processo administrativo de Registro poderá ser apresentado pela **União, Estados, Municípios e Distrito Federal, por seus Ministérios e Secretarias de Cultura**, pelas instituições vinculadas ao Ministério da Cultura, por

³²⁴ Destacados os artigos 1º e 19, porquanto atinentes à expressão administrativa, e não legislativa, de sua origem. Art.1º, Res.01/2006: [O Presidente do IPHAN resolve] Determinar os procedimentos a serem observados na instauração e instrução do processo administrativo de Registro dos Bens Culturais de Natureza Imaterial. ; art. 19: Esta Resolução entra em vigor da data e sua publicação, suprimindo, assim, revogadas as disposições em contrário.

associações da sociedade civil e sociedades **regularmente constituídas e em funcionamento, versadas na proteção e promoção da cultura, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública.**

Texto original: Art. 2º. O requerimento para instauração do processo administrativo de Registro poderá ser apresentado pelo Ministro de Estado da Cultura, pelas instituições vinculadas ao Ministério da Cultura, pelas Secretarias Estaduais, Municipais e do Distrito Federal e por associações da sociedade civil.

Art. 2º O requerimento para instauração do processo de Registro será sempre dirigido ao Presidente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan, **que determinará a autuação e distribuição do feito para exercício do juízo de admissibilidade**, podendo ser encaminhado diretamente a este ou por intermédio das demais Unidades da instituição.

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

Art. 3º O requerimento será apresentado em documento original, datado e assinado, acompanhado das seguintes informações e documentos:

I. identificação do proponente (nome, endereço, telefone, e-mail etc.);

II. justificativa do pedido;

III. denominação e descrição sumária do bem proposto para Registro, com indicação da participação e/ou atuação dos grupos sociais envolvidos, de onde ocorre ou se situa, do período e da forma em que ocorre;

IV. **se disponíveis ao interessado:** informações históricas básicas sobre o bem; fotografias, desenhos, vídeos, gravações sonoras ou filme; referências documentais e bibliográficas.

V. declaração formal de representante de comunidade produtora do bem ou de seus membros, expressando o interesse com a instauração do processo de Registro, **ou justificativa do proponente quanto à impossibilidade de obtê-la.**

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

§1º Serão expedidos editais para que, no prazo de 30(trinta) dias, quaisquer interessados tomem conhecimento da instauração do processo e providenciem a documentação faltante.

§2º A intimação será encaminhada, pessoalmente, à comunidade envolvida com a produção do objeto cultural imaterial.

§3º Independentemente da providência anterior, serão oficiadas as Unidades regionais do Iphan e as Secretarias Estaduais e Municipais de Cultura competentes no âmbito geográfico de produção do objeto cultural intangível, para encaminhamento dos documentos de que disponham sobre o objeto cultural do processo, no prazo de 30(trinta) dias.

§4º Findos os prazos e não havendo plausibilidade do direito invocado, o processo será extinto.

Texto original: Art. 4º O requerimento será apresentado em documento original, datado e assinado, acompanhado das seguintes informações e documentos:

I.identificação do proponente (nome, endereço, telefone, e-mail etc.);

II.justificativa do pedido;

III.denominação e descrição sumária do bem proposto para Registro, com indicação da participação e/ou atuação dos grupos sociais envolvidos, de onde ocorre ou se situa, do período e da forma em que ocorre;

IV.informações históricas básicas sobre o bem;

V.documentação mínima disponível, adequada à natureza do bem, tais como fotografias, desenhos, vídeos, gravações sonoras ou filme;

VI.referências documentais e bibliográficas disponíveis;

VII.declaração formal de representante de comunidade produtora do bem ou de seus membros, expressando o interesse e anuência com a instauração do processo de Registro.

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

Art.4º Ratifica-se, no âmbito do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, a criação da Câmara do Patrimônio Imaterial, com caráter permanente e as seguintes atribuições:

I. colaborar com o Iphan na formulação e implantação da política de salvaguarda da dimensão material do patrimônio cultural;

II.colaborar com o Iphan no exame preliminar da pertinência dos pedidos de Registro;

III.colaborar com o Iphan na indicação de instituições públicas ou privadas capacitadas a realização a instrução técnica de processos de Registro;

IV.manifestar-se sobre a abertura de novos livros de Registro;

V. colaborar com o Iphan na formulação de critérios para a reavaliação decenal dos bens registrados.

§1º A Câmara do Patrimônio Imaterial será composta por 4(quatro) Conselheiros cuja área de conhecimento e atuação seja relacionada ao patrimônio cultural de natureza imaterial.

§2º A Câmara do Patrimônio Imaterial será assistida por dois servidores do Iphan da área técnica afim, nomeados pelo Presidente da Instituição.

§3º A Câmara do Patrimônio Imaterial poderá convidar especialistas externos e servidores do Iphan para discutir assuntos específicos.

Art.5º O processo administrativo de Registro, acompanhado de avaliação técnica preliminar do Iphan e indicação da instituição externa ou da Unidade do Iphan que poderá instruí-lo, será submetido à Câmara do Patrimônio Imaterial para apreciação quanto à pertinência do pedido e quanto à indicação encaminhada.

§1º No caso do pedido ser julgado pertinente, a Câmara do Patrimônio Imaterial dará conhecimento ao Conselho Consultivo, e o Iphan informará e notificará o proponente para **que esclareça, no prazo de 15(quinze) dias, se reúne condições técnicas e financeiras para instrução do processo.**

§2º No caso do pedido ser julgado improcedente, a Câmara do Patrimônio Imaterial submeterá seu entendimento ao Conselho Consultivo, cuja deliberação **devidamente motivada**, será encaminhada ao Iphan para as devidas providências.

§3º O extrato decisório será publicado pela imprensa oficial e oficiado às autoridades públicas já participantes de sua tramitação, servindo a intimação para ciência do proponente, do Poder Público, e de toda a sociedade civil.

Texto original: Art.6º O processo administrativo de Registro, acompanhado de avaliação técnica preliminar do Iphan e indicação da instituição externa ou da Unidade do Iphan que poderá instruí-lo, será submetido à Câmara do Patrimônio Imaterial para apreciação quanto à pertinência do pedido e quanto à indicação encaminhada.

§1º No caso do pedido ser julgado pertinente, a Câmara do Patrimônio Imaterial dará conhecimento ao Conselho Consultivo, e o Iphan informará e notificará o proponente para que proceda à instrução do processo.

§2º No caso do pedido ser julgado improcedente, a Câmara do Patrimônio Imaterial submeterá seu entendimento ao Conselho Consultivo, cuja deliberação será encaminhada ao Iphan para as devidas providências.

Art. 6º A instrução técnica do processo administrativo de Registro é de responsabilidade do DPI, podendo ser delegada.

I. Ao proponente, desde que tenha competência técnica para tanto.

II.A uma ou mais instituições públicas ou privadas, desde que detenham competência para tanto.

§1º A delegação será feita mediante ato formal, ouvida previamente a Câmara do Patrimônio Imaterial.

§2º O ato de delegação será fundamentado com suas razões de conveniência técnica, social, econômica, jurídica ou territorial, especificando as matérias e poderes transferidos, os limites de atuação do agente delegado, a duração e objetivos da delegação, e o recurso cabível, seguindo-se de publicação de seu extrato na imprensa oficial.

§3º Caso o proponente não tenha condições financeiras para realizar a instrução técnica, o Iphan poderá, dentro de suas possibilidades orçamentárias, destinar recursos para esta ação e/ou envidar esforços para obtê-los por meio do Programa Nacional do Patrimônio Imaterial – PNPI ou junto a outras instituições públicas ou privadas.

Texto original: Art. 7º A instrução técnica do processo administrativo de Registro é de responsabilidade do DPI, podendo ser delegada.

I. Ao proponente, desde que tenha competência técnica para tanto.

II. A uma ou mais instituições públicas ou privadas, desde que detenham competência para tanto.

§1º A delegação será feita mediante ato formal, ouvida previamente a Câmara do Patrimônio Imaterial.

§2º Caso o proponente não tenha condições financeiras para realizar a instrução técnica, o Iphan poderá, dentro de suas possibilidades orçamentárias, destinar recursos para esta ação e/ou envidar esforços para obtê-los por meio do Programa Nacional do Patrimônio Imaterial – PNPI ou junto a outras instituições públicas ou privadas.

Art.7º A instrução técnica do processo administrativo de Registro será sempre acompanhada e supervisionada pelo Iphan, que solicitará sua complementação ou a complementar, no que couber, **com auxílio dos órgãos do Ministério da Cultura e das unidades do IPHAN.**

Texto original: Art.8º A instrução técnica do processo administrativo de Registro será sempre acompanhada e supervisionada pelo Iphan, que solicitará sua complementação ou a complementar, no que couber.

Art.8º A instrução técnica do processo administrativo de Registro consiste, além da documentação mencionada no art.3º, na produção e sistematização de conhecimentos e documentação sobre o bem cultural e deve, obrigatoriamente, abranger:

I. descrição pormenorizada do bem que possibilite a apreensão de sua complexidade e contemple a identificação de atores e significados atribuídos ao bem; processos de produção, circulação e consumo; contexto cultural específico e outras informações pertinentes;

II. referências à formação e continuidade histórica do bem, assim como às transformações ocorridas ao longo do tempo;

III. referências bibliográficas e documentais pertinentes;

IV. produção de registros audiovisuais de caráter etnográfico que contemplem os aspectos culturalmente relevantes do bem, a exemplo dos mencionados nos itens I e II deste artigo;

V. reunião de publicações, registros audiovisuais existentes, materiais informativos em diferentes mídias e outros produtos que contemplem a instrução e ampliem o conhecimento sobre o bem;

VI. avaliação das condições em que o bem se encontra, com descrição e análise de riscos potenciais e efetivos à sua continuidade;

VII. proposição de ações para a salvaguarda do bem.

Parágrafo único. A instrução técnica deverá ser realizada em até 18(dezoito) meses a partir da avaliação da pertinência do pedido pela Câmara do Patrimônio Imaterial, podendo ser prorrogada por prazo determinado, mediante justificativa.

§1º As provas serão especificadas pelo proponente, demais interessados e agentes públicos participantes da tramitação, intimados para fazê-lo no prazo de 15(quinze) dias.

§2º A decisão saneadora sobre os rumos da instrução será fundamentada e publicada, na suma, pela imprensa oficial.

§3º Findos os trabalhos de campo, será convocada audiência pública a realizar-se na localidade de produção do objeto cultural ou, constatada a impossibilidade de fazê-lo, na sede do IPHAN ou outro local designado que viabilize a participação da sociedade civil.

§4º A intimação para a audiência pública terá ampla divulgação incluída a publicação oficial, utilizando-se a autoridade processante dos meios disponíveis e idôneos à cientificação da população local.

§5º Verificada a necessidade, novas diligências probatórias poderão produzir-se em atendimento às demandas aferidas em audiência.

Texto original: Art.9º A instrução técnica do processo administrativo de Registro consiste, além da documentação mencionada no art.4º, na produção e sistematização de conhecimentos e documentação sobre o bem cultural e deve, obrigatoriamente, abranger:

I. descrição pormenorizada do bem que possibilite a apreensão de sua complexidade e contemple a identificação de atores e significados atribuídos ao bem; processos de produção, circulação e consumo; contexto cultural específico e outras informações pertinentes;

II. referências à formação e continuidade histórica do bem, assim como às transformações ocorridas ao longo do tempo;

III. referências bibliográficas e documentais pertinentes;

IV. produção de registros audiovisuais de caráter etnográfico que contemplem os aspectos culturalmente relevantes do bem, a exemplo dos mencionados nos itens I e II deste artigo;

V. reunião de publicações, registros audiovisuais existentes, materiais informativos em diferentes mídias e outros produtos que contemplem a instrução e ampliem o conhecimento sobre o bem;

VI. avaliação das condições em que o bem se encontra, com descrição e análise de riscos potenciais e efetivos à sua continuidade;

VII. proposição de ações para a salvaguarda do bem.

Parágrafo único. A instrução técnica deverá ser realizada em até 18(dezoito) meses a partir da avaliação da pertinência do pedido pela Câmara do Patrimônio Imaterial, podendo ser prorrogada por prazo determinado, mediante justificativa.

Art. 9º Para assegurar ao bem proposto para Registro ampla divulgação e promoção, a instituição responsável pela instrução técnica do processo administrativo de Registro deverá:

I. ceder gratuitamente ao Iphan os direitos autorais para fins de promoção, divulgação e comercialização sem fins lucrativos, e o direito de uso e reprodução, sob qualquer forma, dos produtos e subprodutos resultantes do trabalho de instrução técnica, resguardado o crédito do autor;

II.colher todas as autorizações que permitam ao Iphan o uso de imagens, sons e falas registrados durante a instrução do processo.

Art. 10 A qualquer tempo da tramitação processual, poderão ser tomadas, justificadamente, providências cautelares que assegurem a viabilidade de seu trâmite.

Art. 11 Finalizada a fase de pesquisa e documentação, o material produzido na instrução do processo administrativo de Registro será sistematizado na forma de um dossiê que apresente o bem, composto de:

I. texto, impresso e em meio digital, contendo descrição e contextualização do bem, aspectos históricos e culturais relevantes, justificativa do Registro, recomendações para sua salvaguarda e referências bibliográficas;

II.produção de vídeo que sintetize os aspectos culturalmente relevantes do bem por meio da edição dos registros audiovisuais realizados e/ou coletados;

III. fotos e outros documentos pertinentes.

§1º O dossiê é parte integrante do processo de Registro.

§2º O dossiê de Registro, juntamente com o material produzido durante a instrução técnica do processo, será examinado pelo Iphan, que emitirá parecer técnico.

Art.12. Após a conclusão da instrução técnica do processo administrativo de Registro, o Presidente do Iphan determinará a publicação, na imprensa oficial, de Aviso contendo o

extrato do parecer técnico do Iphan e demais informações pertinentes, para que a sociedade se manifeste no prazo de 30(trinta) dias, a contar da data da publicação.

§1º O extrato do parecer técnico e demais informações pertinentes deverão ser amplamente divulgadas pelo Iphan no limite de suas possibilidades orçamentárias e, obrigatoriamente, na página da instituição na Internet.

§2º As manifestações formais da sociedade serão dirigidas ao Presidente do Iphan e juntadas ao processo para exame técnico.

§3º Na sequência, terão vista de todo o processado para manifestação, o *amicus curiae*, se houver, a Procuradoria Federal e o Ministério Público, com atuação de *custos legis* caso não seja o proponente.

Texto original: Art.12. Após a conclusão da instrução técnica do processo administrativo de Registro e do seu exame pela Procuradoria Federal, o Presidente do Iphan determinará a publicação, na imprensa oficial, de Aviso contendo o extrato do parecer técnico do Iphan e demais informações pertinentes, para que a sociedade se manifeste no prazo de 30(trinta) dias, a contar da data da publicação.

§1º O extrato do parecer técnico e demais informações pertinentes deverão ser amplamente divulgadas pelo Iphan no limite de suas possibilidades orçamentárias e, obrigatoriamente, na página da instituição na Internet.

§2º As manifestações formais da sociedade serão dirigidas ao Presidente do Iphan e juntadas ao processo para exame técnico.

Art.13 O processo administrativo de Registro, devidamente instruído, será levado pelo Presidente do Iphan à apreciação e decisão do Conselho Consultivo.

Parágrafo único. O Presidente do Iphan designará um Conselheiro para relatar o processo.

Texto original: Art.13 O processo administrativo de Registro, devidamente instruído, será levado pelo Presidente do Iphan à apreciação e decisão do Conselho Consultivo.

Parágrafo único. O Presidente do Iphan designará um Conselheiro para relatar o processo, podendo o Conselho Consultivo decidir acerca da realização de audiência pública, caso tenham ocorrido manifestações em contrário por parte da sociedade, durante o prazo determinado no art.12.

Art.14 A decisão do Conselho Consultivo será expressa, no ato, em documento declaratório próprio, **com a devida fundamentação**, firmado por todos os Conselheiros presentes à reunião, e juntado ao processo administrativo de Registro.

§1º Se a decisão do Conselho Consultivo for favorável, o Iphan procederá à inscrição do bem no Livro de Registro correspondente às **categorias Saberes, Celebrações, Formas de Expressão, Lugares ou outra criada e aprovada por Resolução específica do Conselho Consultivo**, e emitirá Certidão de Registro.

Referência ao texto original: Art.15 Para atender a demanda específica e com base em parecer circunstanciado da Câmara do Patrimônio Imaterial, o Conselho Consultivo poderá determinar a abertura de outros livros para a inscrição de Bens Culturais de Natureza Imaterial que não se enquadrem em qualquer um daqueles previstos no Decreto n.º 3.551/2000.

Parágrafo único. A abertura de outros livros será precedida por Resolução específica do Conselho Consultivo, contendo a justificativa e a especificação das categorias correspondentes.

§2º O Registro será feito em um dos seguintes livros:

I. Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;

II. Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;

III. Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;

IV. Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

§3º A inscrição num dos livros de registro terá sempre como referência a continuidade histórica do bem e sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira.

§4º Outros livros de registro poderão ser abertos para a inscrição de bens culturais de natureza imaterial que constituam patrimônio cultural brasileiro e não se enquadrem nos livros definidos no parágrafo segundo deste artigo.

§5º Em decorrência da inscrição em qualquer um dos Livros de Registro, o Presidente do Conselho Consultivo conferirá ao bem, em documento próprio, o título de “Patrimônio Cultural do Brasil”.

§6º Qualquer que seja a decisão do Conselho Consultivo, esta será publicada, mediante Aviso, na imprensa oficial.

§7º Se a decisão do Conselho Consultivo for contrária ao Registro, da intimação decorrerá o prazo recursal de 20(vinte) dias para que o proponente, demais interessados e intervenientes ou o Ministério Público exponham suas razões e pleitos de reconsideração.

§8º Conclusos os autos ao Relator, serão reincluídos em pauta para julgamento colegiado, com prévia intimação quanto à data designada.

§9º Facultativamente, e com pedido expresse formulado até a véspera do julgamento, serão deferidas sustentações orais dos recursos interpostos, franqueado o prazo de 10(dez) minutos a cada recorrente, limitado seu somatório a até 30 (trinta) minutos, caso sejam múltiplos os recursos interpostos, e eleitos no máximo 03 (três) representativos para sustentação.

§10 Preclusa a primeira decisão ou negado provimento ao recurso, a decisão irrecorrível será publicada, prosseguindo-se à baixa e arquivamento.

Texto original: Art.14 A decisão do Conselho Consultivo será expressa, no ato, em documento declaratório próprio, firmado por todos os Conselheiros presentes à reunião, e juntado ao processo administrativo de Registro.

§1º Se a decisão do Conselho Consultivo for favorável, o Iphan procederá à inscrição do bem no Livro de Registro correspondente, conforme o estabelecido no Decreto n.º 3.551/2000, e emitirá Certidão de Registro.

§2º Em decorrência da inscrição em qualquer um dos Livros de Registro, o Presidente do Conselho Consultivo conferirá ao bem, em documento próprio, o título de “Patrimônio Cultural do Brasil”.

§3º Se a decisão do Conselho Consultivo for contrária ao Registro, o Iphan arquivará o processo e comunicará o ato formalmente ao proponente.

§4º Qualquer que seja a decisão do Conselho Consultivo, esta será publicada, mediante Aviso, na imprensa oficial.

Art.15 Novo processo de Registro proposto para tutela do mesmo objeto cultural será unido, pelo proponente ou por indicação deste quanto aos órgãos públicos ou agentes privados que já detenham os documentos necessários para tanto, de prova pré-constituída de evento superveniente capaz de alterar a convicção negativa haurida da instrução anterior, ou indícios veementes de sua nulidade, sob pena de extinção.

Art. 16. O IPHAN promoverá as ações necessárias à conservação, guarda e acesso à documentação produzida nos processos de Registro.

Art.17 No máximo a cada 10(dez) anos, o Iphan procederá à reavaliação dos bens culturais registrados, emitindo parecer técnico que demonstre a permanência ou não dos valores que justificaram o Registro.

Parágrafo único. O parecer de reavaliação será enviado ao proponente e demais participantes do processo, que terão 15(quinze) dias para se manifestar por escrito.

Art.18 O processo administrativo de Registro, acompanhado do parecer de reavaliação e da manifestação dos participantes do processo, **da Procuradoria Federal e do Ministério Público**, será encaminhado ao Presidente do Iphan, que o submeterá ao Conselho Consultivo

para decisão sobre a revalidação ou não do título de “Patrimônio Cultural do Brasil”, conferido ao bem anteriormente.

§1º A decisão do Conselho Consultivo de revalidar ou não o título será averbada pelo Iphan à margem da inscrição do bem no Livro de Registro correspondente.

§2º Negada a revalidação do título pelo Conselho Consultivo, **segue-se a fase recursal nos moldes do artigo 14. A confirmar-se a negativa**, o Registro do bem será mantido como referência cultural do seu tempo.

§3º A decisão do Conselho Consultivo deverá ser publicada, mediante Aviso, na imprensa oficial.

Texto original: Art.18 O processo administrativo de Registro, acompanhado do parecer de reavaliação e da manifestação dos participantes do processo, será encaminhado ao Presidente do Iphan, que o submeterá ao Conselho Consultivo para decisão sobre a revalidação ou não do título de “Patrimônio Cultural do Brasil”, conferido ao bem anteriormente.

§1º A decisão do Conselho Consultivo de revalidar ou não o título será averbada pelo Iphan à margem da inscrição do bem no Livro de Registro correspondente.

§2º Negada a revalidação do título pelo Conselho Consultivo, o Registro do bem será mantido como referência cultural do seu tempo.

§3º A decisão do Conselho Consultivo deverá ser publicada, mediante Aviso, na imprensa oficial.

CONCLUSÃO

Ao longo da exposição empreendida, em resposta aos questionamentos que a motivaram, foi possível vislumbrar que o procedimento ditado pelo Decreto Federal n.º 3.551/2000 e respectiva Resolução regulamentadora não confere dinâmica suficiente, em quantidade e qualidade de atos para, por si só, regular um processo de registro afinado com as exigências do direito material, nem com os ditames do devido processo legal administrativo delineado pela Constituição da República e, em nível infraconstitucional, pela Lei n.º 9.784/99.

A lei geral de processo administrativo, pela extensão e expressividade das normas que lhe empresta, assume funções muito além da mera aplicação subsidiária; acaba por tornar-se o norte da tramitação processual, e o Decreto e Resolução, seu viés de especificidade, e nos pontos em que não constatada evidente incompatibilidade.

Na esteira das alterações encontradas diante do confronto comparativo entre a proposta inicial de procedimento, a Lei n.º 9.784/99 e o microssistema jurídico brasileiro de tutela processual coletiva, indicam-se: (i) mitigação do rigorismo da prova pré-constituída ou assunção do ônus de constituí-la pela Administração Pública, em prol da parte hipossuficiente; (ii) ampla publicidade da tramitação processual, como garantia do contraditório prévio aos atos decisórios; (iii) maior especificidade nas atribuições instrutórias e transparência dos atos de delegação; (iv) viabilidade de pleitos e realização de atos probatórios por solicitação e/ou iniciativa do hipossuficiente; (v) utilização de audiência pública antes do encerramento da instrução; (vi) formação de instância recursal não identificada com órgão singular de decisão substitutiva do colegiado de caráter técnico e representativo.

Perante as evidentes disparidades entre a estrutura proposta e a lógica processualmente exigível, evidencia-se a conveniência de que um novo procedimento seja legislado para gozar de maior legitimidade. Enquanto tal sorte de solução política não é efetivada, resta à comunidade jurídica amparar-se na normatização geral do processo administrativo, com vistas a proporcionar o exercício da função pública, em conformidade

com o princípio do devido processo legal e com a efetivação do direito fundamental à cultura, pela via processual.

REFERÊNCIAS

ABREU, Regina. A emergência do patrimônio genético e a nova configuração do campo do patrimônio. In: ABREU, Regina (org.) *Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e integração*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRADE, Renato Faloni de. Apontamentos sobre a legitimação ativa do cidadão, do Ministério Público e da Defensoria Pública para as ações coletivas, a partir da análise evolutiva do constitucionalismo. *Revista de Processo*, São Paulo, v.35, n. 185, p.321-339, jul.2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v.16, n.65, p.07-21, out./dez.2008.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. O poder normativo das agências reguladoras e o indivíduo como sujeito de direito. *Revista de Direito Público*, Brasília, v.5, n.27, p.108-188, maio/jun. 2009.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA, Denis Borges. Do bem incorpóreo à propriedade intelectual. In: Grau-Kuntz, Karin; Barbosa, Denis Borges. (org.) *Ensaio sobre o direito imaterial: estudos dedicados a Newton Silveira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de processo administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Rio de Janeiro: Editora 34, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BELAS, Carla Arouca. *Aspectos legais do INRC: relação com legislações nacionais e acordos internacionais*. Disponível em <<http://www.museugoeldi.br/institucional/texto%20ASPECTOS%20LEGAIS%20DO%20INRC.pdf>> Acesso em 16 abr.2011.

BOMBASSARO, Luiz Carlos. *As fronteiras da epistemologia: como se produz o conhecimento*. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

BUENO, Vera Scarpinella. Devido Processo Legal e a Administração Pública no Direito Administrativo Norte-Americano: uma breve comparação com o caso brasileiro. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.) *Devido Processo Legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CABRAL, Antonio. Os efeitos processuais da audiência pública. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, v.4, n.14, p.107-123, jul.set/2006.

CABRAL, Antonio do Passo. Legitimação e despolarização da demanda. *Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, Brasília, v.25, n. 92, p.281-318, 1 sem.2012.

CAMBI, Eduardo. Amicus curiae e o processo coletivo: uma proposta democrática. *Revista de Processo*, São Paulo, v.36, n.º 192, p.13-46, fev.2011.

CAMPOS, Eduardo Nunes. *O lugar do cidadão nos processos de integração: o déficit social na Comunidade Européia e no Mercosul*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Motta Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRACEDO, José Rubio; ROSALES, José María; MÉNDEZ, Manuel Toscano. *Ciudadanía, nacionalismo e derechos humanos*. Madrid: Trotta, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (coord.) *O poder normativo das agências reguladoras*. 2.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. rev., ampl.e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Processo administrativo federal: comentários à Lei n.º 9.784 de 29/1/1999*. 2.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTRO, Maria Laura Viveiros de; FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio imaterial no Brasil: legislação e políticas estaduais*. Brasília: UNESCO, Educarte, 2008.

CATTONI, Marcelo. *Devido processo legislativo*. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CAVALCANTI, Maria Laura Viveiros de; FONSECA, Maria Cecília Londres. *Patrimônio imaterial no Brasil: legislação e políticas estaduais*. Brasília: UNESCO, Educarte, 2008.

CELLA, José Renato Gaziero. A crise da razão no século XX e os discursos de legitimação dos direitos humanos: a superação da querela entre universalismo e relativismo cultural e a afirmação de um projeto cosmopolita de direitos humanos. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 5, n. 14, p. 160-192, jan./mar. 2011.

COELHO, Edihermes Marques. *Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

CORREIA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. 3.ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

COSTA, Vieira Rodrigo. A ideia do código de proteção do patrimônio cultural enquanto paradigma da simplificação dos direitos culturais. *IV Enecult – Encontro de estudos multidisciplinares em cultura*. 28 a 30 de maio de 2008. Universidade Federal da Bahia. Salvador. *Anais de congresso*. Disponível em < <http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14298-02.pdf> > Acesso em 16 abr.2011.

COUCEIRO, Sylvia. Patrimônio imaterial: debates contemporâneos. *Cadernos de Estudos Sociais*, Recife, v.24, n.2, p.151-160, jul./dez. 2008.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

CRUZ, André Luiz Vinhas da. *As tutelas de urgência e a fungibilidade de meios no sistema processual civil*. São Paulo: BH Editora e Distribuidora de Livros, 2006.

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*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

CUREAU, Sandra. Patrimônio: uma noção complexa, identitária e cultural. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada *et alli.* (org.) *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2.ed. São Paulo: Moderna, 2004.

_____. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DAL RI JÚNIOR, Arno. Evolução histórica e fundamentos políticos-jurídicos da cidadania. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de. (org.) *Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas: nacionais – regionais – globais*. 2.ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v.4. Salvador: JusPodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 2.ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DODEBEI, Vera. *Digitalização do patrimônio e organização do conhecimento*. Disponível em: <<http://www.enancib.ppgci.ufba.br/artigos/GT2--071.pdf>> Acesso em 16 abr. 2011.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

ESTÉVEZ, José B. Acosta. *Tutela procesal de los consumidores*. Barcelona: José Maria Bosch, 1995.

FEGHALI, Jandira. Cidades e cultura. *Princípios*, São Paulo, n.110, p.36-41, nov./jan. 2010/2011.

FEITOSA, Maria Luiza de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FERRARESI, Eurico. *O “Código de Processo Coletivo” de Antonio Gidi*. Disponível em <<http://www.gidi.com.br/Ada%20P%20Grinover/C%20Resposta%20de%20Eurico%20Ferraresi.pdf>> Acesso em 05 dez.2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. Princípios do processo administrativo e a importância do processo administrativo no Estado de Direito. (arts. 1º e 2º) In: FIGUEIREDO, Lucia Valle. (coord.) *Comentários à lei federal de processo administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

FLORES, Joaquín Herrera. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (coord.) *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FLÓREZ-VALDES, Joaquín Arce. *El derecho civil constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1991.

FRANCO, Fernão Borba. *Processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

GANDELMAN, Silvia Regina Dain. Propriedade intelectual e patrimônio cultural imaterial: uma visão jurídica. *Doutrina Adcoas*, São Paulo, v.17, n.7, p.339-343, 1 quin. set.2004.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *A tutela coletiva no Estado Democrático de Direito: democracia e participação política*. Disponível em <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo1_alexandre.pdf> Acesso em 10 nov.2011.

GEERTZ, Clifford James. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1989.

GONÇALVES, Alícia Ferreira. Sobre o conceito de cultura na antropologia. *Cadernos de Estudos Sociais*, Recife, v.25, n.º 01, p.61-74, jan./jun.2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. (coord.) *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. *Exposição de motivos do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Disponível em <http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2897> Acesso em 10 nov.2011.

GUEDES, Demian. *Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUSMÃO, Milene Silveira; FARIAS, Edson. (org.) *O mesmo e o diverso: olhares sobre cultura, memória e desenvolvimento*. Vitória da Conquista: UESB, 2010.

HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Trad. Waltensir Dutra. 21.ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1986.

JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao pensamento epistemológico*. 2.ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1977.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 16.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003.

MAGALHÃES, Aloísio. *E triunfo?: a questão dos bens culturais no Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

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

MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.º 235, p.321-381, jan./mar. 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direito administrativo moderno*. 16.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31.ed. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo *et alli*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELO, Verônica Vaz de. *Direitos humanos: a proteção do direito à diversidade cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves. *Direitos humanos: coletânea de legislação*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4.ed. atual., rev. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v.11, n. 45, p.13-37, jul./set.2011.

MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel A. *Contratos: aspectos generales*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

MOURA, Elizabeth Maria de. *O devido processo legal na Constituição brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

MOURÃO, Henrique Augusto. *Patrimônio cultural como um bem difuso: o direito ambiental brasileiro e a defesa dos interesses coletivos por organizações não governamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MÜLLER, Elaine; FRANÇA, João Paulo de. A “patrimonialização” dos bens culturais de natureza imaterial: notas a partir das experiências de registro em Pernambuco. *Cadernos de Estudos Sociais*, Recife, v.24, n.2, p.237-249, jul./dez.2008.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 22.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NAPOLITANO, Carlo José. A regulação da propriedade imaterial na Constituinte de 87/88: direito à comunicação, direitos fundamentais e econômicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.48, n.189, p.95-104, jan./mar.2011.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita*. São Paulo: LTr, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Codificação ou não do processo coletivo?* Palestra proferida na Semana do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em 14.09.2005, na sede da Procuradoria-Geral de Justiça, em Belo Horizonte. Publicação autorizada, mas sem a revisão final do autor. Disponível em <http://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/269/codifica%C3%A7ao%20ou%20nao%20processo_Nery%20junior.pdf?sequence=1> Acesso em 07 dez.2011.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: lei n.º 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVAES SOBRINHO, Lafayette Garcia. Da mundialização da proteção patrimonial à proteção do patrimônio mundial. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.) *O novo direito internacional do meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (coord.) *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Odete Maria de. A era da globalização e a emergente cidadania global. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de. (org.) *Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas: nacionais – regionais – globais*. 2.ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.

PELEGRINI, Sandra C.A.; FUNARI, Pedro Paulo. *O que é patrimônio cultural imaterial*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção ao patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, v.7, n.42, p.63-72, nov./dez.2008.

PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PORTA, Marcos. *Processo administrativo e o devido processo legal*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

QUIRINO, Matheus Adolfo Gomes. Breves noções do conceito doutrinário de direito coletivo no ordenamento jurídico brasileiro. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n.12, p.301-310, 2009.

REALE, Miguel. *Experiência e cultura*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Filosofia do direito*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Lições preliminares de direito*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Teoria do direito e do Estado*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. A Evolução do conceito de patrimônio cultural - seu reflexo nas Constituições Brasileiras. *Atuação Jurídica*, Florianópolis, v. 3, n. 4, p. 7-20, dez. 2000.

SANTIAGO Y CALDO, Diego. Legitimidade e a representatividade adequada nas ações coletivas: um estudo comparado entre a legislação brasileira e a experiência norte-americana. *Revista de Processo*, São Paulo, v.37, n. 205, p.231-248, mar.2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel *et alli*. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Frederico A. Barbosa da. *Economia e política cultural: acesso, emprego e financiamento*. Brasília: Ministério da Cultura, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Ordenação constitucional da cultural*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SIMÃO, Luciene de Menezes. *A documentação do patrimônio imaterial: desafios e perspectivas*. Disponível em <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/antiores/edicao43/materia04/texto04.pdf>> Acesso em 16 abr. 2011.

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

TORREÃO, Marcelo Pires. Devido processo de regulação: encontro entre o direito flexível e a instrumentalidade processual administrativa nas agências reguladoras. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v.9, n.33, p.129-160, abr./jun. 2011.

VELOSO, Waldir de Pinho. *Direito processual administrativo*. Curitiba: Juruá, 2010.

VIANNA, Letícia C.R. *Legislação e preservação do patrimônio imaterial: perspectivas, experiências e desafios para a salvaguarda das culturas populares*. Disponível em <<http://www.tecap.uerj.br/pdf/v1/vianna.pdf>> Acesso em 16 abr.2011.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4.ed. rev.e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o mandado de segurança coletivo: uma análise a partir do microsistema de direito processual coletivo brasileiro e o diálogo das fontes. *Revista de Processo*, São Paulo, v.37, n. 203, p.321-343, jan.2012.
