



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

PATRÍCIA DA COSTA SANTANA

**A PONDERAÇÃO NA COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA
PROTEÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS RELIGIOSAS DE
MATRIZ AFRICANA E O DA PROTEÇÃO AOS ANIMAIS**

Salvador
Agosto 2007

PATRÍCIA DA COSTA SANTANA

**A PONDERAÇÃO NA COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA
PROTEÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS RELIGIOSAS DE
MATRIZ AFRICANA E O DA PROTEÇÃO AOS ANIMAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Saulo Casali Bahia

Co-orientador: Prof. Dr. Heron José de Santana

Salvador
Agosto 2007

TERMO DE APROVAÇÃO**PATRÍCIA DA COSTA SANTANA****A PONDERAÇÃO NA COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA
PROTEÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS RELIGIOSAS DE
MATRIZ AFRICANA E O DA PROTEÇÃO AOS ANIMAIS**

Dissertação julgada aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito,
Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Saulo Casali Bahia _____
Prof. Orientador
Doutor em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP
Universidade Federal da Bahia

Heron José de Santana _____
Doutor em Direito. Universidade Federal de Pernambuco, PE
Universidade Federal da Bahia

Doutor em Direito. _____

Salvador, de de 2007

A todos os que buscam o conhecimento e o aprimoramento permanentes, para
que nunca esmoreçam.

AGRADECIMENTOS

A Saulo Casali Bahia e a Heron José de Santana, por me aceitarem como orientanda, e por conduzirem o presente trabalho.

À minha família, Marinalva, Manuel, Rogéria, Andréia, Fabrício e Sandra pela profunda compreensão nos momentos de dificuldades e isolamento e por serem sempre fontes de carinho, inspiração e amor.

Aos professores do Programa da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia dos quais tive o prazer de auferir conhecimentos que muito me ajudaram.

Aos colegas da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, pelo companheirismo, apoio no fornecimento de material bibliográfico e incentivo.

Aos colegas do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, nas pessoas de Tiane Brasil Corrêa da Silva e Paulo Velloso Pinto, pelo estímulo, e a Eugênio de Ávila Lins pelo encorajamento e amizade.

À Escola da Advocacia-Geral da União, e às Procuradoras Federais Tereza Beatriz da Rosa Miguel e Ana Luiza Bretas da Fonseca pela confiança no resultado e pelo auxílio proporcionado com a licença que permitiu a elaboração da dissertação.

Na era da mundialização, em que a diversidade externa tende a tornar-se cada vez mais pobre, torna-se urgente manter e preservar a diversidade interna de cada sociedade, gestada por todos os grupos e subgrupos humanos que a constituem e que desenvolvem, cada um, diferenças às quais atribuem extrema importância. (Laurent Lévi-Strauss)

RESUMO

A dissertação tem como objetivo estudar um mecanismo para solução dos conflitos entre direitos fundamentais ou princípios constitucionais, mais especificamente do conflito entre a proteção das manifestações culturais imateriais de religiões de matriz africana, que utilizam animais de forma sacrificial, e a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, com ênfase na proteção da fauna. A técnica de Robert Alexy, denominada de ponderação de interesses, com análise de seus sub-princípios, é apresentada, como a mais adequada à solução da colisão. Os direitos fundamentais são estudados em sua gênese teórica e evolução legislativa, até a perspectiva atual do tratamento constitucional do tema. O trabalho segue a metodologia de estudo documental e bibliográfico e o raciocínio dedutivo. A pesquisa, de natureza teórico-aplicada, tem característica jurídico-científica, prescritiva e assumirá o discurso dissertativo, através de operação argumentativa. Baseia-se também em procedimento de levantamento e análise de decisões que compõem a Jurisprudência brasileira e que tratem especificamente do assunto da proteção e efetividade de direitos culturais e de sua colisão com direitos relativos a bens ambientais, no tocante à proteção da fauna. Ao final é oferecida uma solução para a colisão, que tenciona restringir os princípios de forma a possibilitar a permanência e realização de ambos, garantindo a efetividade constitucional.

Palavras-chave: Técnica da ponderação. Religiões de matriz africana. Proteção aos animais. Proteção ao patrimônio cultural imaterial. Colisão entre princípios.

ABSTRACT

This dissertation has as main objective to study a way to solve the conflicts between the fundamental rights or constitutional principles, more specifically the conflict between the protection of the immaterial cultural manifestation of African matrix religion that uses animals sacrifice and the environment protection ecologically balanced with emphasis in the fauna protection. The technique of Robert Alexy, named balance of interests with sub-principle analyses is represented as the most appropriate to the solution of collision. The fundamental rights are studied in their theoretical genesis and legislative evolution up to the present perspective of the constitutional treatment of the subject. The work follows the methodology of documental and bibliographic study and the deductive reasoning. The research on the theoretical applied nature has scientific-juridical characteristic, prescriptive and it will adopt the dissertative speech through the argumentative operation. It is also based on risen and analysis of decision procedure which forms the Brazilian jurisprudence and that is also about effectiveness and protection issues of cultural rights and its collision with rights related to environmental properties concerned to the fauna protection. In the end it is offered a solution to the collision which restricts the principles and makes possible the permanence and realization of both, guaranteeing the constitutional effectiveness.

Key words: Balance of interest. African matrix religions. Animal protection. Protection of the immaterial cultural heritage. Collision between principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL	15
2.1 O QUE É CULTURA	15
2.2 DO PATRIMÔNIO NACIONAL E TANGÍVEL AO INTANGÍVEL	22
2.3 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL – DO EXCEPCIONAL VALOR À DIVERSIDADE CULTURAL	28
2.4 DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO À REFERÊNCIA CULTURAL – A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA	38
2.5 A DEGRADAÇÃO DOS PATRIMÔNIOS CULTURAIS	46
2.5.1 Exigências específicas na tutela do patrimônio imaterial	47
3 A TUTELA DAS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS E DAS REFERÊNCIAS AFRO-BRASILEIRAS	50
3.1 A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DIFUSO	50
3.2 IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO ÀS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS RELIGIOSAS DE MATRIZ AFRICANA	53
3.2.1 A proteção das manifestações culturais como tutela da dignidade humana	59
3.3 O CANDOMBLÉ E A QUESTÃO SACRIFICIAL	60
4 MEIO AMBIENTE E A PROTEÇÃO DA FAUNA	72
4.1 A ÉTICA EM RELAÇÃO AOS RECURSOS AMBIENTAIS	72
4.1.1 O novo paradigma no tratamento dos animais	78
4.2 O DIREITO AO AMBIENTE NO SISTEMA INTERNACIONAL	85
4.3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA NA PROTEÇÃO AOS BENS AMBIENTAIS	90
4.4 DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO	96
4.4.1 Antropocentrismo alargado	98
5 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS	103

5.1 A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS	103
5.2 CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS – A PONDERAÇÃO NA PROPOSTA DE ALEXY	105
5.3 COLISÃO ENTRE A PROTEÇÃO DA FAUNA E A PROTEÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS RELIGIOSAS DE MATRIZES AFRICANAS	115
5.3.1 Das hipóteses de adoção unilateral da teoria biocêntrica/ecocêntrica em detrimento das manifestações culturais	115
5.3.2 Da ponderação entre os princípios da proteção das manifestações culturais religiosas de matriz africana e o da proteção aos animais	120
6 CONCLUSÃO	134
REFERÊNCIAS	139

1 INTRODUÇÃO

Conflitos que envolvem aspectos do patrimônio cultural material são comumente encontrados no âmbito do Poder Judiciário. Tombamentos de bens e as conseqüências de sua incidência são temas que, com freqüência, comparecem em ações judiciais, em especial nas ações civis públicas. Com menor ocorrência surgem os conflitos que abrangem os bens de natureza imaterial¹. A constitucionalização apenas em 1988 e a recente instituição de meio de defesa por Decreto Federal tornam o assunto rarefeito nas discussões que envolvem estes bens em disputa judicial.

Dos poucos casos já levados para discussão nos Tribunais Brasileiros cumpre lembrar, pois bastante conhecida, a disputa em derredor da Farra do Boi, apreciada e decidida pelo Supremo Tribunal Federal, que determinou a paralisação da prática, considerando-a ofensiva ao princípio da proteção ao meio ambiente e à vedação de condutas que possam significar crueldade com animais.

Alguns livros situam a polêmica antropológica e jurídica, e estão disponíveis na literatura especializada trabalhos que abordam especificamente o conflito², trazendo argumentos na defesa dos bens ambientais, especificamente na defesa da fauna, em detrimento dos bens culturais.

Alinham-se considerações que apóiam a visão ecocêntrica, consistentes no crescente conhecimento acerca dos limites do ecossistema planetário e na consciência de que o mundo natural tem seu valor próprio, intrínseco e inalienável, vez que é muito anterior ao aparecimento do homem sobre a Terra, e por isso necessita de tutela, independentemente das avaliações e dos interesses humanos.

Segundo o prisma ecocêntrico, é questionável submeter a natureza aos exclusivos interesses humanos e de certo modo, caberia à antropologia subordinar-se à ecologia, cujo alcance estende-se ao ecossistema global. Segundo seus defensores, a assunção da concepção

¹ Quando se fala em patrimônio imaterial ou intangível, não se está referindo a meras abstrações, porque para que haja qualquer comunicação é necessário suporte físico. Mas cabe distinguir entre aqueles bens que, uma vez produzidos, passam a apresentar relativo grau de autonomia em relação a seu processo de produção, e aquelas manifestações que precisam de atualização por meio de mobilização de suportes físicos. (LONDRES, Cecília. Para além da “pedra e cal”: por uma concepção ampla de patrimônio. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out.-dez., 2001, p. 191).

² LEIS, Maria Fernanda. *A influência do tratamento cruel aos animais domésticos no patrimônio cultural imaterial brasileiro*. 2002. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006. LOURENÇO, Daniel Braga. A liberdade de culto e o direito dos animais não-humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 13, n. 51, abr./jun. 2005, p. 295-318.

ecocêntrica forçaria os indivíduos e os governos a contrariarem seus próprios interesses, tirando-nos do “conforto” para passarmos a nos preocupar com a sobrevivência do planeta³.

Por vislumbrar a possibilidade de semelhante conflito se estabelecer com referência a outras manifestações culturais imateriais, e para contribuir com o debate, a proposta da presente dissertação é o estudo de mecanismo que viabilize solução para a colisão entre os princípios constitucionais brasileiros da proteção ao meio ambiente e da proteção ao patrimônio cultural imaterial, com ênfase nas práticas culturais de comunidades religiosas de matrizes africanas, em que ocorre a utilização e o sacrifício de animais.

A pergunta que se impõe e motiva o estudo é saber se a concepção ecológica ecocêntrica, que vem se apresentando como a mais consentânea com uma nova ética no relacionamento do homem com a natureza, torna justificável a proibição da realização de práticas culturais que envolvam animais.

De outra forma, ante os termos da Constituição Federal de 1988, no capítulo dedicado à cultura, é sustentável dizer que o ecocentrismo deverá sempre guiar e resolver os conflitos entre a garantia do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e a salvaguarda da manifestação cultural? Ou existe a possibilidade de que bens culturais de natureza imaterial, consistentes em práticas de religiões de matriz africana, mereçam ser salvaguardados e ter sua execução e difusão garantidas, mesmo ao utilizarem animais de forma sacrificial?

A percepção da cultura como bem indispensável a todos não se exprime com a mesma contundência que a luta pelos meios materiais de sobrevivência. Todavia, falar em direitos culturais significa ter em consideração os bens que garantem a integridade espiritual do indivíduo e da coletividade a que pertence⁴. Ou seja, se ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com todos os seus elementos, se atribui a característica de ser essencial à qualidade de vida, não é menos importante para a vida digna que se garanta o direito ao exercício, à promoção, à difusão da cultura, em suas diversas formas de apresentação.

Cabe ressaltar que em outubro de 2003 a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO - aprovou a Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, a qual já foi ratificada pelo Brasil, em 2006, demonstrando grande preocupação com o tema. Mostra-se necessário atualmente investigar o conflito entre princípios relativos ao meio ambiente e ao patrimônio cultural, destacando-se a importância

³ MILARÉ, Édís; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 09, n. 36, out.-dez. 2004, p. 26.

⁴ Antonio Candido citado por FONSECA, Maria Cecília Londres. *O Patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; MinC – Iphan, 2005, p. 78.

de buscar a devida efetividade para ambos.

Em face da igual previsão dos direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, relativo a proteção da fauna e ao exercício das manifestações culturais portadoras de referência à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira, os conflitos entre ambos, caracterizados como casos difíceis, não podem ser resolvidos pelo método da subsunção, exigindo o desenvolvimento de técnica especialmente voltada para a concepção dialética da Constituição⁵.

Os direitos fundamentais, numa Constituição pluralista, não podem ser desconectados das outras partes da Constituição, e por isso se irradiam em direção a todas elas, encontrando suas fronteiras ou guias de interpretação. Ou se consideram todos os direitos absolutos, ou se deixa para os casos concretos o deslinde de eventuais contenções⁶.

A técnica a ser manejada para a resolução do conflito é a da ponderação, proposta por Robert Alexy, em sua obra *Teoría de los derechos fundamentales*, e que vem recebendo acréscimos em trabalhos posteriores.

Cuida-se de estabelecer uma ponderação em abstrato para um conflito não deduzido judicialmente, ou seja, para uma colisão percebida teoricamente. “É possível, mesmo em tese, isto é, independentemente de um caso concreto real, proceder a um raciocínio de natureza ponderativa para propor um parâmetro de solução”.⁷

Modelos assim elaborados podem servir de parâmetros para a aplicação a casos concretos quando surjam perante o operador do direito, que podem, em contrapartida, aprimorar o modelo geral formulado pela ponderação em abstrato⁸.

Para o fim de desenvolver os elementos necessários à realização da ponderação, evitando, assim, a crítica dos que intitulam o método de não racional, serão, nos capítulos segundo, terceiro e quarto, apresentados os argumentos que buscam delimitar as condições fáticas e jurídicas que possibilitarão a análise da colisão, e sua fundamentação de forma

⁵ BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 345.

⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca (Orgs.). *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 103.

⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 60.

⁸ *Ibidem*, p. 65.

objetiva⁹.

No capítulo segundo são desenvolvidas idéias acerca do conceito e significado de cultura, sua evolução a partir da noção inicial de refinamento e progresso, passando pela valorização das conquistas espirituais, até culminar no relativismo cultural, que caracteriza as modernas teorias, e na ênfase na diversidade humana que conduz à acentuação da importância da identidade e da referência.

Esse percurso teórico que expõe as alterações do conceito de cultura é refletido na transformação do conceito de patrimônio cultural, com evidente influência na redação de textos que visam a proteção dos bens culturais no âmbito das organizações internacionais e na legislação brasileira. Passou-se da prática de valorização, apenas dos bens de excepcional valor ligados, no caso brasileiro, no mais das vezes, a uma herança colonial, de índole grandiosa e vinculada a uma identidade nacional, à ênfase no que reconhece, valoriza e promove a identidade dos povos através dos seus conhecimentos, expressões, práticas e técnicas.

A idéia de herança cultural tem sido cada vez mais valorizada, como fonte de intercâmbios sociais e como memória cultural de uma comunidade. O próprio modo de ser e de interpretar a vida passam a ser levados em consideração na definição de bens culturais, na categoria de patrimônio imaterial, que não têm outra importância senão pela evocação ou representação que sugerem.

É preciso destacar que as práticas culturais somente se mantêm, desaparecem ou se modificam à medida que os homens as realizam ou deixam de realizá-las. A natureza imaterial de um bem cultural exige que a sua conservação seja realizada pela vivência da manifestação.

O capítulo terceiro cuida da caracterização da proteção do patrimônio cultural como um direito fundamental uma vez que se refere a interesses coletivos e tem matriz no princípio da dignidade da pessoa humana. Não pode existir cultura sem o homem e, uma vez que o homem não é sozinho, sua existência em sociedade significa muito, sendo a cultura o seu modo de viver.

Considerando que cultura, valores e concepções ligados à história e à herança cultural africana são estruturantes para a história de vida pessoal de cada um e da comunidade em que se desenvolve, e que é forte a imposição constitucional para a promoção das ações que valorizem as referências, a identidade e a memória dos povos formadores na sociedade

⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 157.

brasileira, são, por fim, desenvolvidos os argumentos que expõem os fundamentos, os caracteres, as funções e as técnicas das práticas sacrificiais de animais adotados pelas religiões de matriz africana.

No capítulo quarto, a dissertação passa a tratar de como a ética no trato com o ambiente modificou-se, através dos conceitos de antropocentrismo, biocentrismo e ecocentrismo. Destaca-se que uma orientação teórico-dogmática que pende, ora para a centralidade do humano, enquanto destinatário de um ambiente ecologicamente equilibrado que visa a sadia qualidade de vida, ora para a linha de defesa dos recursos naturais por seus próprios fins e interesses, impede a assunção de qualquer dos parâmetros como último e definitivo para a solução dos conflitos que se observam nos entrecosques dos princípios. A aceitação do antropocentrismo alargado não prescinde de um mecanismo que viabilize a resolução da tensão sempre presente e simbolizada pela expressão desenvolvimento sustentável.

Tanto por isto, o capítulo quinto, além de apresentar sumariamente a construção de Alexy, expondo as distinções necessárias entre as normas e os critérios de apreciação em que se desdobra a técnica de ponderação, discute algumas das soluções já expostas pela doutrina e pelos tribunais brasileiros em torno de colisões de natureza assemelhada à presente na dissertação, e propõe um resultado, decorrente da aplicação dos conceitos e categorias do professor alemão.

Há que se ressaltar o caráter interdisciplinar da pesquisa, que assumirá conceitos da Antropologia e da História, porque não se pode discutir o patrimônio cultural sem tratar da questão da cultura, como dimensão do ser humano situado no tempo e no espaço.

Aguarda-se que ao final, os objetivos de compreender o conflito entre direitos fundamentais, e identificar argumentos e técnica para fundamentar a solução da colisão, além de resolvê-la, à luz da teoria da ponderação de Alexy, tenham sido cumpridos.

2 TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

2.1 O QUE É CULTURA?

Vinda do verbo latino *colere*, que significa cultivar, criar, tomar conta, cuidar, tratar, cultura significava o cuidado do homem com a natureza. Passou o termo, a partir do século XVIII, a significar os resultados da formação ou educação dos seres humanos, de seu trabalho, tendo início, neste momento, a separação, e posteriormente a oposição, entre natureza e cultura. Esta dicotomia é fundamental para os pensadores do Iluminismo, que concebem a cultura como um caráter distintivo da espécie humana¹.

Do aspecto originário da significação do termo que diz respeito à atividade ou intervenção do homem para modificar o ambiente, o termo passou a compreender o refinamento progressivo da intervenção humana na natureza².

Tornando-se, posteriormente, sinônimo de civilização, ou aprimoramento e aperfeiçoamento da humanidade, a palavra cultura passa a dar ensejo à classificação das culturas segundo estágios que variavam de atrasadas às avançadas, e a simbolizar a relação dos humanos com o tempo³.

Explica Adam Kuper que, segundo tal conceito, na tradição francesa, a civilização é representada como um triunfo, ou uma conquista progressiva, cumulativa e distintamente humana, sendo todos os seres humanos semelhantes em potencial e capazes de criar uma civilização, até alcançar os moldes da França, onde, segundo seus defensores, ela mais se desenvolveu, tornando-se universalmente almejada⁴. A palavra reunia noções de requinte e refinamento, de progresso intelectual e político.

À medida que esse credo se espalhou pelo resto da Europa, sua maior oposição ideológica surgiu entre os intelectuais alemães, de regra, ministros protestantes incitados a defender a tradição nacional contra a civilização cosmopolita: Kultur contra Civilização. Para esta visão alemã, a civilização universal racional ameaçava a cultura espiritual; as nações não deveriam permitir que seus valores singulares fossem engolidos por uma civilização comum. Não se opor os valores chamados “espirituais” dos alemães, considerados autênticos,

¹ CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*. Tradução Viviane Ribeiro. 2. ed. Bauru: EDUSC, 2002, p. 20.

² BELLO, Angela Ales. *Culturas e religiões: uma leitura fenomenológica*. Tradução de Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 1998, p. 42.

³ CHAUÍ, Marilena. *Cidadania cultural: o direito à cultura*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 105-107.

⁴ KUPER, Adam. *Cultura: a visão dos antropólogos*. Tradução Mirtes Frange de Oliveira Pinheiros. Bauru: EDUSC, 2002, p. 26, 48 e 51-52.

profundos, aos ditos superficiais da França⁵.

De qualquer forma, nestas duas tradições, cultura e civilização representavam os valores supremos, sobre os quais acreditava-se estar apoiada a ordem social⁶, que com o tempo, no século XIX, vai passar a significar a oposição entre nações⁷.

Essas duas correntes de pensamento sobre cultura se desenvolveram em oposição dialética uma à outra. Um tema importante dos pensadores iluministas era o progresso do ser humano, ao passo que seus oponentes estavam interessados no destino específico de uma nação.⁸

É assim que a idéia alemã de cultura evolui no século XIX sob a influência do nacionalismo, aparecendo a cultura como um conjunto de conquistas intelectuais, morais e artísticas que constituem o patrimônio de uma nação⁹.

Segundo o Antropólogo Roque de Barros Laraia a palavra inglesa Culture foi obra de síntese de Edward B. Tylor, em 1871, entre os vocábulos germânicos Kultur, que era utilizado para simbolizar todos os aspectos espirituais de uma comunidade, e o francês Civilization, que se referia principalmente às realizações materiais de um povo. Com a síntese, Tylor rompia com as definições restritivas e individualistas, e abrangia todas as possibilidades de realização humana (conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem, como membro de uma comunidade), além de marcar o caráter de aprendizado da cultura em oposição à idéia de aquisição inata ou de hereditariedade¹⁰.

O problema com a definição de Tylor era a reunião de uma grande quantidade de elementos díspares, o que permitia uma descrição, mas nunca uma análise. É possível, todavia, dizer que ele tentava conciliar, em uma mesma explicação, a evolução da cultura e a universalidade da unidade psíquica da humanidade, que permitia a demonstração de similitudes entre sociedades distintas¹¹.

Após a publicação das obras de Charles Darwin, em 1859 e em 1871, que explicavam os padrões de comportamento ou de progresso, e diferenças entre os humanos, em termos biológicos, a teoria de que todos os seres humanos tinham uma origem em comum reafirmava

⁵ Ibidem, p. 27, 49, 53-54 e 58.

⁶ Ibidem, p. 29-30.

⁷ No século XX, a rivalidade dos nacionalismos e seu enfrentamento na guerra de 1914-1918 vão exacerbar o debate ideológico entre estas duas concepções de cultura. (CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*. Tradução Viviane Ribeiro. 2. ed. Bauru: EDUSC, 2002, p. 25-30).

⁸ KUPER, op.cit., p. 27.

⁹ CUCHE, op. cit., p. 28.

¹⁰ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 25-28.

¹¹ CUCHE, op.cit., p. 37.

a crença do Iluminismo na unidade da humanidade. A evolução dos macacos aos seres humanos poderia representar a evolução das raças inferiores e suas civilizações até as superiores.

Em reação, uma nova concepção de cultura passou a ser considerada; cultura era o oposto da biologia. Era a cultura que diferenciava os seres humanos dos outros animais e distinguia as nações umas das outras e não era transmitida biologicamente, mas assimilada, adquirida¹².

Nesta linha, Franz Boas no início do século XX, numa América que compreendia o termo cultura como eufemismo de raça, avesso à existência de leis universais de evolução, dizia que a cultura é que nos faz, e não a biologia. Nos tornamos o que somos ao crescer num determinado ambiente cultural. Mesmo a raça ou o sexo não são condições naturais imutáveis, mas construções culturais¹³. Boas via poucas chances de descobrir leis universais de funcionamento e de evolução das culturas, que deveriam ser tratadas de forma singular, com respeito e tolerância, o que de certa forma lhe atribui a primazia no pensamento do relativismo cultural, ainda que não tenha criado o termo, ou mesmo chegado a teorizar sobre ele¹⁴.

Outra abordagem partia da premissa de que a cultura era um discurso simbólico sobre conhecimentos, crenças e valores, conforme a formulação de Talcott Parsons. Concepção alternativa entendia a cultura como muito semelhante à linguagem, com leis universais. Disto derivaram as teorias que tentavam explicar a cultura ora pela teoria do discurso, ora pela teoria literária¹⁵.

Roque de Barros Laraia enumera as teorias modernas para conceituar cultura¹⁶. Há as teorias que consideram a cultura como um sistema adaptativo, segundo o qual o homem necessita se ajustar ao seu embasamento biológico. Outras teorias, classificadas de idealistas de cultura¹⁷, subdividem-se em três diferentes abordagens: a primeira considera a cultura como sistema cognitivo, que promove a análise dos modelos construídos pelos membros da comunidade a respeito de seu próprio universo; a segunda considera a cultura como sistemas estruturais, definindo-a como um sistema simbólico, que é uma criação acumulativa da mente

¹² KUPER, Adam. *Cultura: a visão dos antropólogos*. Tradução Mirtes Frange de Oliveira Pinheiros. Bauru: EDUSC, 2002, p. 33.

¹³ *Ibidem*, p. 35.

¹⁴ CUCHE, Denys. *A noção d Denys. A noção de cultura nas ciências sociais*. Tradução Viviane Ribeiro. 2. ed. Bauru: EDUSC, 2002, p.44.

¹⁵ KUPER, op.cit., p. 73 et seq.

¹⁶ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 59 et seq.

¹⁷ Associadas à tradição alemã.

humana; a última também considera a cultura como sistema simbólico, embora enfatize sua natureza constitutiva¹⁸. São expoentes desta última abordagem Clifford Geertz e David Schneider.

Consoante Clifford Geertz, que informa buscar uma abordagem semiótica para a cultura, todos os homens são geneticamente aptos para receber um programa, que é o que chamamos de cultura, e depende dele, como condição essencial, para ordenar seu comportamento. Ele acredita que o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu, e assume a cultura como sendo essas teias e a sua análise¹⁹. Geertz afasta a possibilidade das teorias evolucionistas e das universalistas ou generalistas, que tomam a variabilidade cultural como capricho, apontarem para um conceito viável da situação humana e da cultura²⁰.

Para Geertz,

Grosso modo, isso sugere não existir o que chamamos de natureza humana independente da cultura.

[...]

Sem os homens certamente não haveria cultura, mas, de forma semelhante e muito significativamente, sem cultura não haveria homens.

[...]

Não é diferente com os homens: eles também, até o último deles, são artefatos culturais.²¹

Distante da idéia original, a cultura confunde-se simplesmente com a existência humana. Ao invés da cultura funcionar para suplementar, desenvolver e ampliar capacidades organicamente baseadas, lógica e geneticamente anteriores a ela, ela parece ser o ingrediente dessas capacidades, ou seja, os recursos culturais são ingredientes, e não acessórios do pensamento humano. Acrescenta o autor, para não deixar dúvida, que as ferramentas, a caça, a organização familiar, e mais tarde, a arte, a religião e a ciência moldaram o homem somaticamente²².

Para Schneider, cultura é um sistema de símbolos e significados, que compreende categorias ou unidades e regras sobre relações e modos de comportamento. O relativismo de Schneider afirmava que os símbolos são arbitrários, assim como as idéias que eles representam. O prestígio de modelos lingüísticos reforçou a noção de que cultura era algo

¹⁸ Teorias essencialmente ligadas à moderna antropologia de raízes americanas.

¹⁹ GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989, p. 4, 32-33 e 48.

²⁰ *Ibidem*, p. 27 e 45.

²¹ *Ibidem*, p. 35-37.

²² *Ibidem*, p. 50 e 60.

como um sistema fechado e auto-referencial, como uma língua²³.

Também Claude Lévi-Strauss considerava a cultura como um conjunto de sistemas simbólicos, mas sua teoria a classificava como sistema estrutural, e afastando-se dos trabalhos dos antropólogos americanos, ele procurava ultrapassar a abordagem particularista das culturas, as quais não poderiam ser compreendidas sem referência à Cultura, ou ao “capital comum da humanidade” do qual elas, as culturas distintas, se alimentam para criar modelos específicos²⁴. Reaparece, então, o tema da universalidade da cultura, embora não esteja vinculado a qualquer nação.

Sobre as novas definições de cultura, como explica Adam Kuper,

[...] mesmo que fossem expressados em ternos modernos, os discursos sobre cultura não são inventados livremente; eles remontam a determinadas tradições intelectuais que persistiram por gerações [...] Vozes ancestrais perseguem os escritores contemporâneos. Novas formulações podem ser estabelecidas numa longa genealogia, mesmo que estejam relacionadas com as necessidades do momento.²⁵

Assim, é interessante notar como as recentes definições de cultura retomam algumas das antigas discussões e remodelam suas características, apresentando feições que renovam as teorias.

Entre os autores brasileiros, é possível reconhecer como herdeira da tradição da primeira significação, a afirmação de Francisco Humberto Cunha Filho acerca do que é cultura:

[...] fica assentado o entendimento de que a cultura é, em sentido antropológico, o instrumento de “rebeldia” da humanidade, pois consiste, no prisma referido, em qualquer intervenção sobre o ambiente natural. Por meio das manifestações culturais, o homem afronta (e não raro vence) até mesmo as inexoráveis leis da natureza.²⁶

Roque Laraia diz que genericamente ao adquirir cultura, o homem perdeu a propriedade animal de repetir os atos de seus antepassados, sem a necessidade de copiá-los ou de se submeter a um processo de aprendizado. O homem é um herdeiro de um longo processo acumulativo, que reflete o conhecimento e a experiência adquirida pelas numerosas gerações

²³ KUPER, Adam. *Cultura: a visão dos antropólogos*. Tradução Mirtes Frange de Oliveira Pinheiros. Bauru: EDUSC, 2002, p. 101 e 172-175.

²⁴ CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*. Tradução Viviane Ribeiro. 2. ed. Bauru: EDUSC, 2002, p. 95-97.

²⁵ KUPER, op. cit., p. 27. No mesmo sentido a avaliação de Denys Cuche, para quem: “O debate franco-alemão do século XVII ao século XX é arquetípico das duas concepções de cultura, uma particularista, a outra universalista, que estão na base das duas maneiras de definir o conceito de cultura nas ciências sociais contemporâneas.”(CUCHE, op.cit., p. 31).

²⁶ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Cultura e democracia na constituição federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 18.

que o antecederam, e que permitiram romper as barreiras das diferenças ambientais e transformar toda a terra em seu habitat²⁷. Algo próximo, como visto, ao conceito de Tylor.

Para José Eduardo Ramos Rodrigues, a capacidade de desenvolver a cultura é vista como característica estritamente humana. Parece ser exclusiva a esse ser a singular capacidade de procurar entender a si mesmo, ou seja, possuir consciência, uma vez que os animais podem saber, mas não sabem que sabem²⁸.

Marilena Chauí elabora uma definição de cultura “como sendo a maneira pela qual os humanos se humanizam por meio de práticas que criam a existência social, econômica, política, religiosa, intelectual e artística”²⁹. Tal noção, que se aproxima da noção de Geertz, corrobora a idéia de que os humanos são animais incompletos e inacabados que se completam através da cultura, ingrediente essencial na produção do animal humano, fornecendo esta o vínculo entre o que os homens são capazes de se tornar e o que eles realmente se tornam, individualmente³⁰.

É possível dizer que a tradição de Clifford Geertz permaneça também na definição que apresenta Carlos Frederico Marés de Souza Filho, quando diz que a cultura é o elemento identificador das sociedades humanas e engloba a língua na qual o povo se comunica, conta histórias e faz poemas, as lendas e canções, a forma como prepara os alimentos, o modo como se veste e suas edificações, suas crenças, religião e o direito, os instrumentos de trabalho, as armas e técnicas agrícolas³¹.

Na incessante busca do conceito de cultura, cabe destacar que o contexto próprio dos estudiosos americanos³², os que mais se debruçaram sobre o tema durante o século XX, favoreceu uma interrogação sistemática das diferenças culturais e dos contatos interculturais³³. Estes conceitos não se restringiam à representação unitária da nação, o que cerceou o desenvolvimento da reflexão sobre a diversidade cultural nas ciências sociais na

²⁷ LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 42 et seq.

²⁸ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio Cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 6, n. 21, jan./mar. 2001, p. 176.

²⁹ Marilena Chauí cita três sentidos principais para cultura, em termos antropológicos: a) a criação da ordem simbólica da lei; b) a criação de uma ordem simbólica da linguagem, do trabalho, do espaço, do tempo, do sagrado e do profano, do visível e do invisível; c) o conjunto de práticas, comportamentos, ações e instituições pelos quais os humanos se relacionam entre si e com a natureza e dela se distinguem, agindo sobre ela ou através dela, modificando-a. (CHAUÍ, Marilena. *Cidadania cultural: o direito à cultura*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 113).

³⁰ GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989, p. 33-34.

³¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 15.

³² Cujá nação foi formada, predominantemente, por imigrantes.

³³ CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*. Tradução Viviane Ribeiro. 2. ed. Bauru: EDUSC, 2002, p. 67.

França.

Segundo as últimas teorias sobre cultura, ainda existe a pressuposição de que as pessoas vivem num mundo de símbolos, sendo notável que nas últimas décadas, o relativismo apregoa que toda cultura é fundamentada em premissas singulares, sendo impossível a generalização e extremamente problemática a comparação³⁴.

Na formulação, relativista, adotada por T. S. Eliot, é exatamente a diversidade das culturas que deve ser valorizada, com o que se deve aspirar, a uma cultura mundial comum, mas que não diminua a particularidade das partes que a compõem³⁵.

Adam Kuper diz, a respeito deste último conceito, que cultura e identidades estão em fluxo constante; elas não são estáveis e concedidas, mas fluidas e não podem mais ser desprezadas. Para o antropólogo, "O conceito de cultura fornece a única forma que conhecemos para falar sobre as diferenças entre os povos do mundo [...]"³⁶.

Todavia, o relativismo cultural que defende a resistência à civilização imperial e universal agora se coloca ao lado das minorias e não das nações. Numa sociedade multicultural as diferenças devem ser respeitadas, e até mesmo estimuladas³⁷.

Numa concepção dinâmica da relação entre cultura e identidade cultural, não se vê esta como um atributo original e permanente ligado àquela. A identidade é uma construção decorrente da relação que opõe um grupo aos outros com os quais estabelece contato; identidade existe sempre em relação a uma outra, nunca em si mesma. "No entanto, considerar a situação relacional na qual é elaborada uma cultura, não deve levar a negligenciar o interesse pelo conteúdo desta cultura, o interesse pelo que ela significa em si mesma", como afirma Denys Cuche³⁸.

Esta exposição sobre a noção de cultura revela uma incessante discussão sobre o

³⁴ KUPER, Adam. *Cultura: a visão dos antropólogos*. Tradução Mirtes Frange de Oliveira Pinheiros. Bauru: EDUSC, 2002, p. 41-42 e 85.

³⁵ *Ibidem*, p. 63.

³⁶ *Ibidem*, p. 270-272. Mas há quem entenda que não se pode confundir as noções de cultura e de identidade cultural, apesar da estreita ligação. A cultura depende, em grande parte, de processos independentes, enquanto a identidade remete a uma norma de vinculação, necessariamente consciente. (CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*. Tradução Viviane Ribeiro. 2. ed. Bauru: EDUSC, 2002, p.176).

³⁷ Apesar das vozes da resistência que vêm, na ênfase nas diferenças culturais, uma forma de exploração política de divisão, hierarquia e controle, como ocorreu na África do Sul. (VIANNA, Hermano. *Diversidade e construção do futuro*. In: BRANT, Leonardo (Org.). *Diversidade Cultural: globalização e culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras Editora; Instituto Pensarte, 2005, p. 118). Na expressão de Armand Mattelart "A negação do direito à autodeterminação ressuscita a visão de povos infantis, postos sob tutela pelos doadores de lições das nações adultas." (MATTELART, Armand. *Diversidade cultural e mundialização*. Tradução Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2005, p. 35).

³⁸ CUCHE, op.cit., p. 183, 202 e 238.

significado da palavra, seu conteúdo e a relação com o destino de povos e nações³⁹, e suas sucessivas reformulações, com alusões às tradições iluminista, ou francesa, e romântica, ou alemã, e finalmente americana, transparece no discurso oficial ou no conceito de patrimônio cultural a ser preservado, como será evidenciado em seguida.

As noções de cultura que significavam civilização e progresso, refinamento e elevação da produção material, que podem ser comparadas com as da excepcionalidade da produção cultural, modificaram-se para alcançar as aquisições e produções do espírito, e bens culturais sem a expressão da valorizada grandiosidade de outrora. O reconhecimento e a ênfase na diversidade humana conduzem à acentuação da importância da identidade e da referência.

2.2 DO PATRIMÔNIO NACIONAL E TANGÍVEL AO INTANGÍVEL

Pedro Paulo Funari e Sandra de Cássia Araújo Pelegrini referem que o conceito de patrimônio, surgido no âmbito privado do direito de propriedade, estava intimamente ligado aos pontos de vista e interesses aristocráticos. Com a difusão do cristianismo e o predomínio da Igreja a partir da Antigüidade tardia (séculos IV-V) e, em especial, da Idade Média (séculos VI-XV), a este caráter acrescentou-se o simbólico e coletivo: o religioso. O culto aos santos e a valorização das relíquias deram às pessoas comuns um sentido de patrimônio muito próprio. Como estas leituras populares fugiam ao controle das concepções aristocráticas, a reação não tardou e veio com a monumentalização das igrejas e criação das catedrais⁴⁰.

São ainda os mesmos autores que explicam que o Renascimento viria a produzir uma mudança de perspectiva, quando os homens de então lutaram contra o teocentrismo e buscaram inspiração na Antigüidade grega e romana, venerando-os com a leitura de obras antigas e colecionando objetos e vestígios da Antigüidade⁴¹.

Arrematam dizendo que a preocupação com o patrimônio, embora derive do Antiquariado, rompe com as próprias bases aristocráticas e privadas do colecionismo e resulta de uma transformação profunda nas sociedades modernas, com o surgimento dos Estados

³⁹ Como fica claro a partir da crítica, desenvolvida após os anos 70, da ligação de culpa entre a antropologia e o colonialismo.

⁴⁰ FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. *Patrimônio histórico e cultural*. Coleção Passo-a-passo, 66. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 11-12.

⁴¹ O que não iria garantir a conservação dos edifícios, sejam da Antigüidade clássica grega e romana, seja da Antigüidade nacional, salvo graças a circunstâncias excepcionais e à instigação de personalidades incomuns. Exceção seja feita ao estilo gótico, assumido pelos ingleses, como estilo nacional e que passou a ser protegido a partir de medida oficial em 1560, como contragolpe à Reforma, para evitar o vandalismo que se exercia contra os antigos monumentos do catolicismo. (CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. Tradução de Luciano Vieira Machado. 3. ed. São Paulo: Estação Liberdade: UNESP, 2006, p. 74-75 e 90).

nacionais. Segundo Maria Elvira Bonavita, o significado de patrimônio esteve ligado a uma moderna concepção de mundo, a partir da idéia de progresso⁴².

Sendo detectado no sentimento de piedade religiosa e de devoção às relíquias, característico da civilização européia, a origem do sentimento de apego a bens simbólicos que evocam a idéia de pertencimento a uma comunidade, o conceito de patrimônio só vai se constituir efetivamente como conjunto de bens a serem cultuados, preservados e legados para uma coletividade, em função de valores leigos, como os valores histórico e artístico, e enquanto referências a uma identidade nacional, asseguradas pelo Estado nacional⁴³.

A formação de patrimônios históricos e artísticos nacionais, como informa Maria Cecília Londres Fonseca, é uma prática característica dos Estados modernos que delimitam um conjunto de bens no espaço público, que passam a ser merecedores de proteção, visando a sua transmissão para as gerações futuras, pelo valor que lhes é atribuído, enquanto manifestações culturais e símbolos da nação. As políticas de preservação se propõem a atuar no nível simbólico, tendo como objetivo reforçar uma identidade coletiva⁴⁴.

A idéia de posse coletiva como parte do exercício da cidadania inspirou a utilização do termo patrimônio para designar o conjunto de bens de valor cultural que passaram a ser propriedade da nação, ou do conjunto de todos os cidadãos⁴⁵.

⁴² FEDERICO, Maria Elvira Bonavita. *Meio ambiente e degradação cultural*: Mário de Andrade põe em visibilidade um monumento ausente na cidade. São Paulo: Associação Editorial Humanitas; Fapesp, 2005, p. 133.

⁴³ FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo*: trajetória da política federal de preservação no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; MinC – Iphan, 2005, p. 54-55. Conforme Marilena Chauí, o Estado-nação se viu compelido a inventar o patrimônio cultural nacional. “É nessa disputa de prestígio, poder e riqueza que o Estado-nação inventa a idéia de patrimônio cultural da nação como patrimônio artístico, histórico e geográfico, ou seja, aquilo que o poder político detém contra o poder religioso e o poder econômico.” (CHAUI, Marilena. *Cidadania cultural*: o direito à cultura. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 119).

⁴⁴ FONSECA, op.cit., p. 21.

⁴⁵ Cuida-se, aqui, da situação que seguiu ao que Maria Cecília Londres Fonseca denomina de vandalismo pós-reforma e pós-revolução francesa, que fez surgir, com a destruição e o confisco de bens, algumas iniciativas visando evitar a destruição de edificações já identificadas à fisionomia da cidade. (FONSECA, op.cit., p. 58). Igualmente referida por Françoise Choay, a invenção da conservação do monumento histórico, com seu aparelho jurídico e técnico, foi antecipada pelas instâncias revolucionárias. Cabe destacar que o sentido mais antigo para monumento é tudo aquilo que é edificado por uma comunidade de indivíduos para rememorar ou fazer com que outras gerações rememorem acontecimentos, ritos ou crenças; ele é selecionado para fins vitais, na medida em que pode contribuir para manter e preservar a identidade de uma comunidade étnica ou religiosa, nacional, tribal ou familiar. O monumento é uma defesa contra o traumatismo da existência. O papel do monumento, em seu sentido original foi perdendo sua importância nas sociedades ocidentais, assumindo um valor arqueológico, estético e de prestígio, evoluindo para significar o encantamento ou o espanto provocados pela proeza técnica e por uma versão moderna do colossal. Diverso é o significado de monumento histórico, uma invenção datada do ocidente, e que é constituído a posterior, pela união dos olhares convergentes do historiador e do amante da arte. Embora seja possível situar o nascimento do monumento histórico em Roma, por volta de 1420, com relação aos monumentos da Antigüidade, a expressão aparece em 1790, no momento em que, no contexto da Revolução Francesa, elaboram-se o conceito de monumento histórico e os instrumentos de preservação a ele associados. Pode-se dizer que antes do fim da idade média, grande número de obras e de edifícios tenha sido, com interesse utilitário ou não, objeto de conservação deliberada e estimulada pelo clero, sendo, todavia, interdito denominar qualquer conduta anterior relativa às antiguidades greco-romanas de preservação do monumento histórico, em

A noção de patrimônio se inseriu no projeto mais amplo de construção de uma identidade nacional e passou a servir ao processo de consolidação dos Estados-nações modernos⁴⁶. Cumpria funções simbólicas, como: a) reforçar a noção de cidadania, por identificar no espaço público, bens de propriedade de todos os cidadãos, a serem utilizados em nome do interesse público; b) objetivar essa entidade ideal que é a nação, que tem, na necessidade de proteger o patrimônio comum, o reforço da coesão nacional; c) funcionar como prova material da versão oficial da história nacional, que constrói o mito de origem da nação e da ocupação do território, visando a legitimar o poder estatal. O sentimento nacional se desenvolveu com ênfase nos aspectos culturais típicos, diferenciadores de cada nação⁴⁷.

Nesta atividade, o desafio era, através da seleção de bens móveis e imóveis (conforme o preceito legal que vigora na maioria dos países), construir uma representação da nação que, levando em conta a pluralidade cultural, funcione como propiciadora de um sentimento comum de pertencimento, como reforço de uma identidade nacional.

O patrimônio é entendido como bem material, concreto⁴⁸, assim como objeto de alto valor simbólico para a nação.

No caso dos patrimônios históricos e artísticos nacionais, o valor que permeia o conjunto de bens, independentemente de seu valor histórico, artístico, etnográfico etc., é o valor nacional, ou seja, aquele fundado em um sentimento de pertencimento a uma comunidade, no caso a nação. Como observa José Reginaldo Gonçalves (1990), esses bens viriam objetivar, conferir realidade e também legitimar essa “comunidade imaginada”.

[...]

A noção de patrimônio é, portanto, datada, produzida, assim como a idéia de

razão da ausência de distanciamento. Em verdade, dois processos distintos ocorreram: o primeiro é a transferência dos bens do clero, da Coroa e dos emigrados para a nação, que como valor econômico exigiam ser conservados, e utilizados, às vezes, porém, para subvencionar despesas militares e até como fornecedores de materiais de construção; o segundo é a destruição ideológica, a partir de 1792, de que foi objeto uma parte destes bens, o que suscita uma reação de defesa imediata (do mesmo aparelho revolucionário de que deriva o vandalismo ideológico), comparável à que foi provocada pelo vandalismo dos reformadores na Inglaterra, visando, contudo à conservação não apenas das igrejas medievais, mas da totalidade do patrimônio nacional. (CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. Tradução de Luciano Vieira Machado. 3. ed. São Paulo: Estação Liberdade: UNESP, 2006, p.18-19, 25, 28, 31, 36-37, 44-52 e 95-109).

⁴⁶ Até o século XVIII, na Europa, os Estados eram religiosos e monárquicos.

⁴⁷ FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; MinC – Iphan, 2005, p. 59 e 62.

⁴⁸ Apesar da importante advertência que faz Carlos Frederico Marés de Souza Filho, ao dizer que os bens culturais só o são porque guardam uma evocação, existindo, por mais materiais que sejam, uma grandeza imaterial que é justamente o que os faz culturais. Todo bem cultural contém uma parte imaterial, intangível que lhe dá esta característica, porque é a cultura humana que lhe atribui valor de ordem estética. (*Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 48). Em sentido semelhante conferir SANTOS, Angelo Oswaldo de Araújo. A desmaterialização do patrimônio. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 12. De outro modo pode-se dizer que os bens de natureza material têm também a sua face imaterial, na medida em que se manifestam ou se expressam em coisas, objetos, gestos, modos e atos concretos (como roupas, objetos, músicas, textos, dentre outros). (SANT’ANNA, Márcia. Patrimônio imaterial: do conceito ao problema da proteção. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 160).

nação, no final do século XVIII, durante a Revolução Francesa, e foi precedida, na civilização ocidental, pela autonomização das noções de arte e de história. O histórico e o artístico assumem, nesse caso, uma dimensão instrumental, e passam a ser utilizados na construção de uma representação de nação.⁴⁹

Neste contexto, o objetivo das políticas de preservação é garantir o direito à cultura dos cidadãos, entendida como aqueles valores que indicam, e em que se reconhece, a identidade da nação⁵⁰.

A ênfase da idéia de nação atinge o ápice no período que vai de 1914 a 1945, quando duas guerras mundiais eclodem sob o impulso dos nacionalismos. Posteriormente, a interação das nações em organismos como a Organização das Nações Unidas - ONU - e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO -, contribuiu para a dissolução dos conceitos nacionalistas, levando a convivência à eleição da diversidade, humana e ambiental, como valor a ser promovido universalmente. Surgiram gradativamente variedades de âmbitos patrimoniais de comunidades, como as indígenas, e as sociedades foram interpretadas como compostas por diversos grupos sociais⁵¹.

Começam a ser introduzidas nos patrimônios as produções dos esquecidos pela história factual, mas que passaram a ser o objeto principal de interesse da história das mentalidades: os operários, os camponeses, os imigrantes, as minorias étnicas etc.

[...]

Do mesmo modo, a ideologia do nacionalismo que, durante dois séculos, sustentou as políticas estatais de patrimônio, vem sendo substituídas pela noção de direitos culturais como nova forma de legitimar essas políticas.⁵²

Maria Cecília Londres Fonseca reforça esta idéia ao dizer que a legitimação da

⁴⁹ FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; MinC – Iphan, 2005, p. 36-37 e 51.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 39. Cabe notar que Gordon Mathews aponta que o nacionalismo surgiu como ideologia somente no final do século XVIII, no período anterior à Revolução Francesa. (MATHEWS, Gordon. *Cultura global e identidade individual: à procura de um lar no supermercado cultural*. Tradução de Mário Mascherpe. Bauru: EDUSC, 2002, p. 28). Haroldo Leitão Camargo fala que é na França revolucionária, que pregava que os cidadãos eram livres e iguais perante a lei e, nascidos no mesmo país, todos irmãos e herdeiros do mesmo pai, que surgiu o Estado Nacional. As obras e os monumentos deveriam exprimir e testemunhar o “gênio do povo francês” e constituir a materialização da identidade nacional, visto que por meio deles os cidadãos se reconheceriam como franceses. (*Patrimônio histórico e cultural*. 3. ed. Coleção ABC do Turismo. São Paulo: Aleph, 2005, p. 18 et seq). Outra é a lição de Marilena Chaui ao dizer que é Napoleão quem instaura a nação, a partir do momento em que substitui o “exército profissional” pelo “povo armado” ou pela “nação em armas”, não sendo casual que o sentimento nacionalista se alastre pela Europa com as invasões napoleônicas. (*Cidadania cultural: o direito à cultura*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 30 e 114). A pequena divergência temporal, no entanto, não desmente a percepção de que a lealdade à nação parece ser coisa nova na história da humanidade. Embora a questão não seja clara, “impérios e reinos da história passada, na maior parte, não geraram lealdade em massa: a lealdade, para a maioria das pessoas, era a lealdade ao seu lugarejo, possivelmente à sua religião ou ao seu grupo étnico, mas não a nenhuma nação.” (MATHEWS, op.cit., p. 28).

⁵¹ FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. *Patrimônio histórico e cultural*. Coleção Passo-a-passo, 66. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 20.

⁵² FONSECA, op.cit., p. 70-71.

proteção de bens culturais pelo Estado via nacionalismo vem declinando, junto com essa ideologia, nas últimas décadas. A criação de organismos internacionais especificamente voltados para a cultura e a incorporação pela UNESCO, da figura de Patrimônio Cultural da Humanidade junta as noções de humanidade e de cultura universal^{53, 54}.

A ampliação do conceito de cidadania [...], como também o reconhecimento de que produzir e consumir cultura são fatores fundamentais para o desenvolvimento da personalidade e da sociabilidade, veio contribuir para que o enfoque da questão do patrimônio cultural fosse ampliado para além da questão do que é nacional, beneficiando-se do aporte de áreas como a antropologia, a sociologia, a estética e a história.⁵⁵

A partir da década de 1960, os monumentos históricos já não representam senão uma parte de uma herança que não pára de crescer, com a inclusão de novos tipos de bens e de novos períodos cronológicos e áreas geográficas no interior das quais esses bens se inscrevem, extravasando, no que respeita ao patrimônio mundial, os limites da Europa⁵⁶.

A perspectiva reducionista inicial que reconhecia o patrimônio apenas no âmbito histórico, acabou, aos poucos, suplantada por uma visão mais abrangente, passando a definição de patrimônio a ser pautada pelos referenciais culturais dos povos, pela percepção dos bens culturais nas dimensões testemunhais do cotidiano e das realizações intangíveis. Isto permitiu que construções menos prestigiadas ou populares, como mercados públicos, fossem reconhecidas como patrimônio, incluindo no rol produções contemporâneas e bens culturais de natureza imaterial, como conhecimentos, expressões, práticas e técnicas.

A partir da década de 1970, no Brasil, que reproduziu o modelo universal, essa política começou a ser criticada, e seu caráter nacional contestado, por se referir apenas às produções das elites, e que enfatizavam um patrimônio homogêneo⁵⁷.

⁵³ Ibidem, p. 64-65.

⁵⁴ A moldagem dos cidadãos pelos Estados visando a um modo de vida comum está sendo contestada hoje e muito desta contestação se dá por causa do ressurgimento do etnicismo e da identidade étnica. (MATHEWS, Gordon. *Cultura global e identidade individual: à procura de um lar no supermercado cultural*. Tradução de Mário Mascherpe. Bauru: EDUSC, 2002, p. 31).

⁵⁵ LONDRES, Cecília. Para além da “pedra e cal”: por uma concepção ampla de patrimônio. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 198.

⁵⁶ CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. Tradução de Luciano Vieira Machado. 3. ed. São Paulo: Estação Liberdade: UNESP, 2006, p. 12 e 14. Destaque-se, porém, que esses bens a que a autora faz referência dizem respeito, sempre a edificações ou paisagens, como exemplifica com a arquitetura industrial e a arquitetura menor.

⁵⁷ Cecília Londres informa que “uma análise crítica dos Livros do Tombo do IPHAN revela que essa limitação tem conseqüências mais graves que a mera exclusão de tipos de bens culturais desse repertório. Na verdade, essa estratégia produziu um ‘retrato’ da nação que termina por se identificar à cultura trazida pelos colonizadores europeus, reproduzindo a estrutura de poder aqui implantada.” (LONDRES, op.cit., p. 190).

A idéia de bem⁵⁸ ou de herança cultural tem sido cada vez mais valorizada, como fonte de intercâmbios sociais, diálogo cultural e como memória cultural de uma comunidade e neste sentido o patrimônio cultural ampliou o campo de visão até outras manifestações.

Em lugar de uma memória social ilusoriamente única, ocorre a afirmação de memórias, histórias, sem a necessária relação com celebrações nacionais e afirmação da sociedade histórica, valorizando outros calendários, tendo presentes as determinações de classe, etnia, gêneros, lutas sociais e políticas como constitutivas da produção da memória e da história⁵⁹.

Danças, línguas, músicas, jogos, celebrações, literatura, artes plásticas, cinema, televisão, cozinha e o próprio modo de ser e interpretar a vida passaram a importar na definição de bens culturais, na categoria de patrimônio imaterial, numa insurgência de bens que não se revestindo de materialidade, não têm importância senão pela evocação ou representação que sugerem.

À primeira vista parece ter sido fundado ainda no nacionalismo que a Constituição da República de 1988 definiu os bens culturais dignos de proteção, incentivo e difusão estatal. São considerados dignos de tutela os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas e outras atividades possuidoras de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira⁶⁰.

Mesmo a doutrina acolhe esta visão, como se extrai da lição de Marcos Paulo de Souza Miranda, ao encampar a Ementa n. 01 da Carta de Goiânia, que sintetizou as conclusões alcançadas durante o 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural, realizado nos dias 22 e 23 de outubro de 2003, na cidade de Goiânia-GO, para dizer que a preservação do Patrimônio Cultural não é uma alternativa ou uma opção à

⁵⁸ Cabe referir a distinção que faz Maria Cecília Londres Fonseca entre bem cultural e bem patrimonial: ao se considerar um bem como bem cultural, ao lado de seu valor utilitário e econômico, enfatiza-se seu valor simbólico, enquanto referência a significações da ordem da cultura; no caso dos bens patrimoniais selecionados por uma instituição estatal, considera-se que esse valor simbólico refere-se fundamentalmente a uma identidade coletiva (FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; MinC – Iphan, 2005, p. 42).

⁵⁹ CHAUI, Marilena. *Cidadania cultural: o direito à cultura*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 105 e 125-126.

⁶⁰ Apesar de que não se pode pensar facilmente em uma cultura como algo em que as pessoas em um determinado lugar no mundo têm ou são, em comum em oposição a outros povos em outros lugares, considerando culturalmente complexo o mundo no qual vivemos. A este respeito ver a crítica contundente de Gordon Mathews: “De acordo com alguns comentaristas contemporâneos [...] estamos vivendo em um mundo de cultura como moda, no qual cada um de nós pode pegar e escolher identidades culturais da mesma forma que pegamos e escolhemos roupas.” Cabe frisar que o autor reconhece que apesar de até certo grau parecer que pegamos e escolhemos culturalmente quem somos, estas escolhas não são livres, mas condicionadas pela idade, gênero e nível de riqueza, e pela cultura nacional à qual pertencemos, entre outros fatores. (*Cultura global e identidade individual: à procura de um lar no supermercado cultural*. Tradução de Mário Mascherpe. Bauru: EDUSC, 2002, p. 21 e 25).

preservação da memória e da identidade. É uma imposição de natureza política de garantia, de soberania, de segurança nacional, e de manutenção da face da nação⁶¹.

Mas importante sublinhar que a ênfase constitucional recai sobre os grupos formadores da sociedade brasileira. A salvaguarda não deve ter em mira a proteção do patrimônio cultural porque é característica da nacionalidade, mas porque é significativo para referenciar a memória dos povos, com suas identidades próprias, que juntos formaram a sociedade brasileira. Como refere Marilena Chauí, a nação adquiriu, historicamente, uma dimensão simbólica em que se instalam o sentimento da identidade e a percepção da alteridade⁶².

O trecho a seguir bem evidencia esta característica:

Assim como a legislação espanhola não poderia deixar de sublinhar o caráter regional de sua formação e a genialidade de seus pintores, escultores e arquitetos, o Brasil não garantiria a preservação de sua cultura sem valorizar a profunda diversidade do ser cultural brasileiro. As mais de duzentas nacionalidades indígenas, os diversos grupos negros e a variada composição de europeus e asiáticos podem não se transformar em duzentos ou trezentos anos em “valor arqueológico, etnográfico, bibliográfico ou artístico”, mas formam fortes pressões e manifestações de cultura própria, miscigenada aqui, transfigurada ali, mas capaz de formar uma arquitetura, um desenho, uma música singular.⁶³ (destaques no original).

2.3 A PROTEÇÃO⁶⁴ INTERNACIONAL – DO EXCEPCIONAL VALOR À DIVERSIDADE CULTURAL

Informa Armand Mattelart que a cultura entra no campo de competência do sistema das Nações Unidas no fim da Segunda Guerra Mundial, embora não seja a noção objeto de unanimidade entre os países-membros. A criação da UNESCO encontra entre os países-

⁶¹ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Patrimônio ambiental cultural: usucapião de bens móveis tombados – uma análise em busca da efetividade protetiva do Dec.-Lei 25/37. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 11, n. 41, jan./mar. 2006, p. 168.

⁶² CHAUI, Marilena. *Cidadania cultural: o direito à cultura*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 54. “Ela (a nação) é uma *prática* sociopolítica, um conjunto de relações *postas* pelas falas e pelas práticas sociais e políticas para as quais ela serve de suporte empírico (o território), imaginário (a comunidade e a unidade por meio do Estado) e simbólico (o campo de significações, valores e normas culturais historicamente produzidas pelas lutas sociais e políticas).” (destaques no original) (Ibidem, p. 55).

⁶³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 66.

⁶⁴ Proteção é o termo preferencialmente usado por órgãos como a Organização Mundial de Propriedade Intelectual – OMPI, e Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI, e se refere a instrumentos de propriedade intelectual e à sua atuação no mercado; em contraste, salvaguarda consta do vocabulário dos órgãos relacionados à cultura, como a UNESCO e o IPHAN. (CUNHA, Manuela Carneiro da. Introdução. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Patrimônio imaterial e biodiversidade. Brasília, n. 32, 2005, p. 16). Não obstante, no presente trabalho as expressões serão usadas indistintamente, seguindo a literatura nacional.

membros um sentimento de indefinição resultado da larga dimensão do conceito de cultura. Mas os anos de opressão da guerra reforçam os ideais de paz, fazendo apologia em favor da abordagem cultural entre as nações⁶⁵.

No plano internacional, a preocupação com a preservação da cultura encontra-se desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que enuncia a concepção contemporânea de cidadania⁶⁶, e do Pacto Internacional⁶⁷ dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966⁶⁸, que estabelece:

Art. 15 – 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

a) Participar da vida cultural;

[...]

2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.

[...]

Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

Deve-se mencionar, ainda, o Protocolo adicional à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁶⁹

Art. 14. Direito aos benefícios da cultura.

1. Os Estados-Partes neste Protocolo reconhecem o direito de toda pessoa a:

a) Participar na vida cultural e artística da comunidade;

[...]

2. Entre as medidas que os Estados-Partes neste Protocolo deverão adotar para assegurar o pleno exercício deste direito, figurarão as necessárias para a conservação, desenvolvimento e divulgação da ciência, da cultura e da arte.

Revela José Afonso da Silva que “A tutela do patrimônio cultural constitui uma preocupação universal. Cada país procura estabelecer normas de proteção desse patrimônio,

⁶⁵ MATTELART, Armand. *Diversidade cultural e mundialização*. Tradução Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2005, p. 53-54.

⁶⁶ Inclui em seu elenco direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

⁶⁷ Tem a natureza jurídica de convenção ou de tratado internacional, termos, aliás, considerados sinônimos por PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 44. Da mesma forma entende MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 32-34. Posição um pouco diversa é a de Saulo José Casali Bahia, que refere, na prática internacional, o uso da expressão quando se trata de criação ou estruturação de uma organização internacional. (*Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 8-10). Dos autores extrai-se a lição do reduzido valor jurídico das Declarações Internacionais.

⁶⁸ Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) (assinado pelo Brasil em 1985 e ratificado em 1992, passando a integrar o ordenamento jurídico nacional). (MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: RT, 2003, p. 470).

⁶⁹ Adotado pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988 e aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 56, de 19 de abril de 1995, sendo promulgado em 30 de dezembro de 1999, pelo Decreto 3.321. (MAZZUOLI, op.cit., p. 534-540).

porque nele se consubstancia e se reverencia a memória da formação nacional, que, por isso, se identifica com a própria nacionalidade”⁷⁰.

Especificamente como documento internacional que passa a cuidar dos bens culturais, pode-se listar, já a partir de 1931 a Carta de Atenas, surgida ainda no seio da Sociedade das Nações, que recomendava o respeito à fisionomia das cidades, sobretudo na vizinhança dos monumentos antigos⁷¹. Nela transparece o conceito de civilização a ser resguardada, em especial aquela expressada em seu nível mais alto.

No ano de 1950 o Acordo de Florença, passou a disciplinar a importação de objetos de caráter educativo, científico e cultural. Neste diploma, o conceito de bem cultural está muito ligado ao de civilização, compreendendo que passam a existir bens culturais que fazem reconhecer uma cultura internacional, mundial, como é impropriamente chamada, e que pertence a toda humanidade, sem excluir ou impedir a continuidade das identidades nacionais, locais e populares⁷².

Já sob a égide da ONU, convocada pelos Países Baixos, a Conferência Geral da UNESCO reuniu-se em Haia, 21.04 a 14.05.1954 e adotou a Convenção conhecida como Convenção para a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado, da qual o Brasil é signatário desde 12.09.1958. Esta Convenção tem especial importância porque criou, em seu art. 8º, um registro internacional de bens culturais sob especial proteção e promoveu a identificação de refúgios destinados a abrigá-los em caso de conflito armado, além de determinar a sinalização de centros monumentais e outros bens culturais imóveis de alta significação⁷³.

A nona reunião da Conferência Geral da UNESCO, realizada em Nova Delhi, em 05.12.1956, aprovou recomendação que define princípios a serem aplicados nas escavações arqueológicas⁷⁴. A recomendação se fundamenta na idéia de que é importante para a história do homem o conhecimento das diversas civilizações, seus antecedentes e sua pluralidade, sendo necessária a proteção internacional dos achados arqueológicos de monumentos e obras

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 148.

⁷¹ Deve-se frisar o caráter restrito do documento, vez que a Conferência era composta apenas por países europeus. (CURY, Isabelle (Org.). *Cartas patrimoniais*. 3. ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004, p. 13-19).

⁷² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 129.

⁷³ *Ibidem*, p. 129-130.

⁷⁴ Esta recomendação, composta de 33 artigos, define o que se entende por escavações arqueológicas e descreve os bens protegidos; propõe a cada Estado-membro uma legislação que crie um órgão especial de proteção, além da organização de museus nacionais e regionais; trata dos problemas internacionais que podem ser gerados nas escavações em colaboração, e recomenda a países beligerantes o respeito a achados arqueológicos, ainda que fortuitos. Apenas em 1961 o Brasil transformou parte dessa recomendação em lei, de nº 3.924, de 26.07.1961, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos.

do passado que revelam aspectos dessas diversas civilizações, assim como medidas de proteção contra as pesquisas clandestinas e de repressão ao tráfico destes bens.

Para a proteção dos bens culturais em território americano⁷⁵, patrocinado pela Organização dos Estados Americanos, foi subscrito o Tratado denominado Unión Panamericana sobre a proteção dos bens móveis de valor histórico, assinado em Washington em 1962. Este tratado utiliza o nome de monumentos móveis para designar os bens juridicamente protegidos e define quatro tipos de monumentos móveis: os da época pré-colombiana; os da época colonial; os da época da emancipação e da república; e os de todas as épocas. De cada uma destas três épocas diferenciadas, o Tratado define como objeto de proteção as armas, tecidos, jóias, moedas e amuletos, livros raros, obras de arte, que inequivocamente pertençam a uma ou outra época. Por bens de todas as épocas, entende, de um lado, as bibliotecas e demais arquivos e conjuntos ou coleções de alta significação histórica e, de outro lado, as que chamou riqueza móvel natural, como os espécimes zoológicos. Ademais, regulamenta as exportações de bens deste tipo, proibindo o comércio internacional, salvo com expresse consentimento do governo do país exportador e sempre que este tenha em seu território peças similares⁷⁶.

Sobre o comércio de bens culturais, a UNESCO por duas vezes esteve reunida para tratar da questão. Na primeira oportunidade, em 1964, aprovou uma recomendação sobre medidas para proibir e impedir a exportação, importação e transferência de propriedade ilícita de bens culturais que se constituem em elementos fundamentais da civilização e da cultura dos povos, definindo-os como os bens móveis e imóveis de grande importância para o patrimônio cultural de cada país, tais como as obras de arte e de arquitetura, os manuscritos, livros e outros bens de interesse artístico, histórico ou arqueológico, documentos etnológicos, espécimes da flora e fauna, coleções científicas e de livros e arquivos, incluindo arquivos musicais. Por uma segunda vez, a transformou em Convenção em 1970⁷⁷, em que conceitua o que seja bem cultural, e estabelece critérios para definir o que seja um bem cultural nacional, isto é, estabelece os limites da nacionalidade de um bem cultural, tudo tendo em consideração a sua excepcionalidade.

⁷⁵ Segundo Flávia Piovesan os sistemas regionais, buscam ao lado do sistema normativo global, internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, interagindo ambos em benefício dos indivíduos protegidos, a fim de proporcionar mais efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais, que é a lógica e principiologia próprias do Direito dos Direitos Humanos. (Direito internacional dos direitos humanos e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coords.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPIR, 2006, p. 21).

⁷⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 139.

⁷⁷ Ratificada pelo Brasil pelo Decreto 72.312, de 31.05.1973.

A aceitação jurídica de que há bens culturais que interessam universalmente e que devem ser protegidos pelo conjunto das nações, só ocorreu em 1972, com a aprovação da Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, pela Conferência Geral da UNESCO⁷⁸. Cria-se a figura do patrimônio cultural da humanidade, que pertence a todos os povos do mundo, pelo interesse excepcional de que se reveste⁷⁹. São considerados patrimônios culturais: os monumentos, tais como obras arquitetônicas, de escultura, pintura, elementos ou estruturas de natureza arqueológica, inscrições, cavernas que adquirem presença monumental e que tenham especial valor arqueológico, histórico, artístico ou científico; os conjuntos, como grupos de construções isoladas ou reunidas que tenham um valor universal excepcional do ponto de vista da história da arte ou ciência; os sítios, bem como as áreas que incluam sítios arqueológicos de valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico⁸⁰.

Conhecidos como Patrimônio Cultural da Humanidade, os bens assim declarados passam a ter uma preservação obrigatória pelo Estado-membro, que se compromete a preservá-los perante os demais membros da UNESCO. A preservação daqueles bens deixa de ser um problema de economia doméstica, para tornar-se um compromisso internacional⁸¹. Logo em seguida, em 1976, em Nairóbi, a UNESCO adota uma Recomendação relativa à proteção dos conjuntos históricos e tradicionais e ao seu papel na vida contemporânea⁸².

Cabe abrir um parêntesis para dizer que a noção de patrimônio cultural como bem de excepcional valor somente iria se modificar, mundialmente, entre os especialistas da área, Arquitetos, Engenheiros e Restauradores, em 1964, com a realização do II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos de Monumentos Históricos, que aprovou a noção de que monumento histórico compreende a criação arquitetônica isolada, bem como o sítio urbano ou rural que dá testemunho de uma civilização particular, de uma evolução

⁷⁸ Adotada na 17ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO, em 23 de novembro de 1972 e integrante do ordenamento jurídico pátrio desde 1977, quando aprovada, por Decreto Legislativo nº 74, de 30 de junho de 1977, e promulgada pelo Decreto 80.878 de 12 de dezembro de 1977. (SOUZA FILHO, op. cit., p. 129).

⁷⁹ REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 74.

⁸⁰ Segundo Laurent Lévi-Strauss como decorrência de uma aplicação estrita do artigo primeiro do ato constitutivo da UNESCO, dos anos 50 ao fim dos anos 70, todas os grandes documentos adotados, definiram seu campo de aplicação segundo concepção bastante restritiva de patrimônio cultural, limitada à sua dimensão física, sendo necessário esperar até o ano de 1989 para o advento de uma Recomendação para a salvaguarda da cultura tradicional e popular. (Patrimônio imaterial e diversidade cultural: o novo decreto para a proteção dos bens imateriais. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 23-24).

⁸¹ O Brasil passou a fazer parte da Convenção por sua ratificação, ocorrida em 01.09.1977, figurando na lista do Patrimônio Mundial o Centro Histórico de Olinda (PE), as Missões Jesuíticas dos Guaranis (RS), a cidade de Ouro Preto (MG), O santuário de Bom Jesus de Congonhas (MG), o Centro Histórico de Salvador (BA), o Plano Piloto de Brasília (DF) e o Parque Nacional do Iguaçu (PR).

⁸² CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. Tradução de Luciano Vieira Machado. 3. ed. São Paulo: Estação Liberdade: UNESP, 2006, p. 223.

significativa ou de um acontecimento histórico. Estende-se não só às grandes criações, mas também às obras modestas, que tenham adquirido com o tempo significação cultural e visam a salvaguardar tanto a obra de arte quanto o testemunho histórico⁸³.

Outra inovação foi introduzida com a Declaração de Amsterdã, de 1975⁸⁴, que incentiva a proteção de conjuntos, bairros de cidades ou aldeias, aí incluídos os parques e jardins históricos, que apresentem interesse histórico e cultural, além de inaugurar uma abordagem pautada pela noção de integração do patrimônio à vida social, com a observância dos valores ligados à identidade local⁸⁵. Também a Carta de Machu Picchu, de 1977, assinalava na conservação do patrimônio histórico monumental, que já não significava apenas a civilização ocidental, a defesa do patrimônio cultural, mantendo valores de fundamental importância para firmar a personalidade comunal ou nacional e aqueles que têm um autêntico significado para a cultura em geral⁸⁶.

A seguir a Declaração de Tlaxcala, de 1982, indica a preservação de pequenas aglomerações, onde se encontram reservas de modos de vida que dão testemunho de nossas culturas, e personalizam as relações comunitárias, conferindo uma identidade aos seus habitantes⁸⁷. Reconhece a Declaração que qualquer ação que vise à conservação e à revitalização das pequenas localidades seja inserida em um programa que leve em conta os aspectos históricos, antropológicos, sociais e econômicos da região, valores do patrimônio cultural que se foram ignorados ou minimizados podem causar danos às pequenas comunidades.

Em 1985, a Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais entendeu que a cultura pode ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais, materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade e um grupo social; que as tradições e as formas de expressão de cada povo constituem sua maneira mais acabada de estar presente no mundo e que a afirmação da identidade cultural contribui para a liberação dos povos. Afirma que identidade e diversidade cultural são indissociáveis, e que é um dever velar pela preservação e

⁸³ Carta de Veneza: Carta internacional sobre conservação e restauração de monumentos e sítios. Elaborada em maio de 1964, em Veneza, no II Congresso Internacional de arquitetos e técnicos dos monumentos históricos. Conselho Internacional dos Monumentos e Sítios - ICOMOS. (CURY, Isabelle (Org.). *Cartas patrimoniais*. 3. ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004, p. 91-95).

⁸⁴ Declaração de Amsterdã. Elaborada em outubro de 1975, no Congresso do patrimônio arquitetônico europeu. Conselho da Europa. (Ibidem, p. 199-210).

⁸⁵ FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. *Patrimônio histórico e cultural*. Coleção Passo-a-passo, 66. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 33.

⁸⁶ Carta de Machu Picchu. Elaborada em dezembro de 1977, no Encontro Internacional de Arquitetos. (CURY, op.cit., p. 235-245).

⁸⁷ Declaração de Tlaxcala, elaborada em 28 de outubro de 1982, em Tlaxcala, Trindade, no 3ª Colóquio Interamericano sobre a Conservação do Patrimônio Monumental. Conselho Internacional dos Monumentos e Sítios - ICOMOS. (CURY, op.cit., p. 265-269).

defesa destas em cada povo, o que reclama políticas de proteção, estímulo e enriquecimento, além de estabelecerem o mais absoluto respeito e apreço pelas minorias culturais. Declara que é direito de cada povo e de cada comunidade afirmar e preservar sua identidade cultural e exigir respeito a ela. Ressalta que a cultura não pode ser privilégio da elite, nem quanto à sua produção, nem quanto a seus benefícios. Proclama que o patrimônio cultural de um povo compreende as obras de seus artistas, arquitetos, músicos, escritores e sábios, assim como as criações anônimas surgidas da alma popular e o conjunto de valores que dão sentido à vida. Ou seja, as obras materiais e não materiais que expressam a criatividade desse povo: a língua, os ritos, as crenças, os lugares e monumentos históricos, a cultura, as obras de arte e os arquivos e bibliotecas. Recomenda a valorização das línguas nacionais como vínculos do saber e a cooperação internacional fundada no respeito à identidade cultural, à dignidade e ao valor de cada cultura, à independência, à soberania nacional e à não-intervenção⁸⁸.

Com o despertar para a importância da diversidade, já não fazia sentido valorizar apenas, e de forma isolada, o mais belo, o mais precioso ou o mais raro. Ao contrário, a noção de preservação passava a incorporar um conjunto de bens que se repetem, que são, em certo sentido, comuns, mas sem os quais não pode existir o excepcional. É nesse contexto que se desenvolve a noção de imaterialidade do patrimônio.⁸⁹

A ampliação do campo das políticas de patrimônio, na UNESCO, é fruto da crítica ao eurocentrismo da noção tradicional de patrimônio histórico e artístico, como da reivindicação de países de tradição não-européia, para serem reconhecidos os testemunhos de sua cultura como patrimônio da humanidade⁹⁰.

Essa visão vem mudando com o crescente reconhecimento do valor da diversidade humana. O principal fundamento da crítica era o predomínio do interesse das potências econômicas e a valorização do patrimônio ligado às elites, resultado de soluções eruditas ou acadêmicas, e à Europa, em particular. O olhar das sociedades sobre si mesmas, seus valores e relações que mantém com outras culturas evoluiu e a história da arte e da arquitetura, a arqueologia, a antropologia e a etnologia não se limitam mais ao estudo dos monumentos em

⁸⁸ Declaração do México. Elaborada em 1985, no México, na Conferência mundial sobre as políticas culturais. Conselho Internacional dos Monumentos e Sítios - ICOMOS. (Ibidem, p. 271-280).

⁸⁹ FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. *Patrimônio histórico e cultural*. Coleção Passo-a-passo, 66. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 24.

⁹⁰ LONDRES, Cecília. Para além da “pedra e cal”: por uma concepção ampla de patrimônio. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 189. No mesmo sentido Márcia Sant’Anna, que ademais assinala que enquanto a noção de monumento histórico e de patrimônio são datadas e ocidentais, a noção de patrimônio imaterial é eminentemente oriental, ocorrendo sua assimilação pelo mundo ocidental a partir dos anos 80, sendo a Carta de Veneza, de 1964, o primeiro documento a introduzir a importância de sua valorização. (Patrimônio imaterial: do conceito ao problema da proteção. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 152-153).

si voltando-se para os conjuntos que traduzem no espaço as organizações sociais, os modos de vida, as crenças, os saberes e as representações das diferentes culturas presentes no mundo inteiro⁹¹. Foi ampliada a acepção do conceito de patrimônio, que ficou compreendido não apenas por produções de artistas reconhecidos, mas por criações anônimas, oriundas da cultura e alma popular.

Imbuída deste espírito, em 1989 a UNESCO estabeleceu a Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular, na qual fornece elementos para a identificação, preservação, continuidade e disseminação deste patrimônio, bem como de instrumentos para salvaguarda de direitos das coletividades sobre seus conhecimentos, cosmologias e técnicas aplicadas⁹². Reconhece-se na Recomendação a tarefa de fomento e difusão da cultura popular e tradicional, através de apoio moral e financeiro aos indivíduos e instituições que estudem, tornem público ou possuam elementos da cultura tradicional e popular.

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 história, gerando um sentimento de identidade e continuidade, contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana.⁹³

Para estimular os Estados e as comunidades a valorizar o patrimônio intangível, a UNESCO criou um título internacional para destacar locais e manifestações que os traduzam. É o que ocorre com a declaração de Obra-Prima do Patrimônio Oral e Intangível da Humanidade⁹⁴, que desde 2001 já atribuiu o título, no Brasil, à Arte Gráfica e Pintura Corporal Kusiwa dos índios Wajãpi, do Amapá, em 2002, e ao Samba de Roda do Recôncavo Baiano, em 2005⁹⁵.

Houve, como sentenciar Eloy Martos Nuñez, uma modificação do conceito de patrimônio. Se, como exemplo, em 1946 a Carta de Turismo Cultural adotada pelo Conselho Internacional de Monumentos e Sítios - ICOMOS - associava o turismo cultural ao

⁹¹ LÉVI-STRAUSS, Laurent. Patrimônio imaterial e diversidade cultural: o novo decreto para a proteção dos bens imateriais. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 24-25.

⁹² Elaborada em Paris, em 15 de novembro de 1989, durante a 25ª Reunião da Conferência Geral da UNESCO. (CURY, Isabelle (Org.). *Cartas patrimoniais*. 3. ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004, p. 293-301). Conforme Márcia Sant'Anna surgida do processo de reação ao conceito de patrimônio estrito e material expresso na Convenção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972, por parte de países menos desenvolvidos, liderados pela Bolívia. (Patrimônio imaterial: do conceito ao problema da proteção. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 153-154).

⁹³ IPHAN. *Relatório de Atividades 2003/2004*. Brasília: IPHAN, 2005, p. 27.

⁹⁴ Que teve como critérios de seleção das primeiras proclamações, as raízes das tradições culturais, a afirmação da identidade cultural, a fonte de inspiração e as trocas interculturais, a cultura contemporânea e o papel social, a excelência na aplicação das práticas, o testemunho único de uma tradição cultural viva e o risco de desaparecimento. (GÓES, Fred. Bens imateriais em desfile: a caminhada axé. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 67-68).

⁹⁵ Dados extraídos do sítio do IPHAN.

conhecimento de monumentos e sítios históricos, a emergência do conceito de patrimônio oral e imaterial cria uma divisão com o patrimônio tangível, confluindo para o patrimônio intangível o conjunto de memórias coletivas, mitos, usos e costumes, saberes e crenças, rituais e festas e, em geral, o patrimônio lingüístico, os valores ou ícones identitários de uma comunidade que se veiculam e se explicam graças à palavra⁹⁶.

Posteriormente, a UNESCO, em outubro de 2001, adota uma Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural. Nela é elevada a diversidade cultural à posição de patrimônio comum da humanidade, e considerada tão vital para o gênero humano, quanto a biodiversidade para a ordem dos seres vivos⁹⁷. Em 2005, foi aprovada pela UNESCO, uma Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais, buscando garantir a sua especificidade, e afirmando-as como uma característica essencial da humanidade, constituindo um patrimônio comum, a ser valorizado e cultivado em benefício de todos. Destaca, ainda, a importância da diversidade cultural para a plena realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais proclamados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e outros instrumentos universalmente reconhecidos e acentua que a cultura assume formas diversas através do tempo e do espaço. Esta diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade das identidades, assim como nas expressões culturais dos povos e das sociedades que formam a humanidade. A Convenção reconhece a necessidade de adoção de medidas para proteção da diversidade das expressões culturais⁹⁸.

O conceito de patrimônio cultural passa a abranger o conceito de diversidade cultural⁹⁹, que pode ser vista como a nossa biodiversidade e que, como destaca Daniel Pires

⁹⁶ NUÑEZ, Eloy Martos. Del patrimonio tangible al intangible: por el valor de la palabra. In: RETTENMAIER, Miguel; BARBOSA, Márcia H. S.; RÖSING, Tânia M. K. (Orgs.). *Leitura, identidade e patrimônio cultural*. Passo Fundo: UPF, 2004, p. 34.

⁹⁷ A Conferência Geral de 2003 decide elaborar para o ano de 2005 uma Convenção Internacional para a Preservação da Identidade Cultural, posteriormente alterada para Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. Seu propósito é conferir força de lei à Declaração adotada em 2001, para assegurar o direito dos indivíduos e dos grupos a criar, difundir e ter acesso aos bens e serviços culturais, especialmente quando se encontrarem em perigo ou em situação vulnerável, cuidando para que a proteção à diversidade não se faça em prejuízo da abertura a outras culturas. (MATTELART, Armand. *Diversidade cultural e mundialização*. Tradução Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2005, p. 139 e 141).

⁹⁸ UNESCO. *Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais*. Adotada na 33ª reunião, em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/foruns_de_cultura/diversidade_cultural/a_convencao/index.php?p=24174&more=1&c=1&pb=1>. Acesso em: 11 jul. 2007. Aprovada pelo Decreto-legislativo 485, de 20 dez. 2006. Informação disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em: 11 jul. 2007. Ratificada pelo Brasil em 16 jan. 2007 e vigorando a partir de 18 de mar. 2007, três meses após o depósito do trigésimo instrumento de ratificação pelos Estados-parte na UNESCO. Informação disponível em: <<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?language=E&KO=31038>>. Acesso em: 11 jul. 2007.

⁹⁹ “Este termo, que é bastante novo, tem origem na terminologia ambientalista, como paralelismo à diversidade biológica. Diversidade cultural, portanto, quer dizer que a cultura e suas diversas manifestações são um recurso imprescindível e precioso, não-renovável, que permite a sobrevivência de um ‘ecossistema’[...]” (SEGÓVIA,

Alexandrino Barreto, deveríamos preservar se não quisermos atrofiar em um mundo globalizado que seria desprovido dos conteúdos, valores, símbolos e identidades que nos dizem respeito¹⁰⁰.

Frente a esta visão, o chamado “fake-lore” (folclore falsificado) ou a imposição de certos modelos culturais são sintomas de uma visão uniformizadora, que se plasma também em leituras regressivas que não servem para formar o cidadão do futuro, que precisamente, deverá chegar à compreensão do universal através de uma compreensão integral de suas raízes locais ou regionais [...](tradução nossa)¹⁰¹.

Isto marca a falência da visão linear da transmissão de valores e se põe de acordo com o reconhecimento da singularidade das culturas, como fonte de identidade e de dignidade¹⁰².

É verdade que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹⁰³, já em 1966, no art. 27 estabelecia que

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

E que em 1985, a Conferência do México sobre políticas culturais, apoiada numa definição ampla de cultura, esboça o princípio de uma política cultural fundada no reconhecimento da diversidade cultural e das identidades culturais.

Todavia, apenas em 17 de outubro de 2003, foi aprovada uma nova Convenção para proteger os bens culturais imateriais da humanidade, cujo texto aprovado passou a se chamar Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial e cujo objeto é a proteção da

Rafael. As perspectivas da cultura: identidade regional versus homogeneização global. In: BRANT, Leonardo (Org.). *Diversidade Cultural: globalização e culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras Editora; Instituto Pensarte, 2005, p. 84). Para Armand Matterlard, O conceito de diversidade surgiu no limiar da primeira crise do petróleo e da constatação da falência das estratégias de modernização. Em 1972, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, em Estocolmo, associa o tema da defesa da biodiversidade ao da diversidade cultural. A UNESCO introduz o tema da diversidade em sua filosofia e planos de ação nos anos 1990. (MATTELART, Armand. *Diversidade cultural e mundialização*. Tradução Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2005, p. 137).

¹⁰⁰ BARRETO, Daniel Pires Alexandrino. *O registro dos bens culturais imateriais à luz da hermenêutica pluralista e procedimental de Peter Häberle*. 2004. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, p. 11.

¹⁰¹ NUÑEZ, Eloy Martos. Del patrimonio tangible al intangible: por el valor de la palabra. In: RETTENMAIER, Miguel; BARBOSA, Márcia H. S.; RÖSING, Tânia M. K. (Orgs.). *Leitura, identidade e patrimônio cultural*. Passo Fundo: UPF, 2004, p. 36. “Frente a esta visión, el llamado “fake-lore” (folclore falsificado) o la imposición de ciertos modelos culturales son síntomas de una visión uniformizadora, que se plasma también en lecturas regressivas o que no sirven para formar el ciudadano del futuro, que, precisamente, deberá llegar a la comprensión de lo universal a través de una comprensión integral de sus raíces locales o regionales [...]”

¹⁰² MATTELART, op.cit., p. 79.

¹⁰³ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Adotada pela Assembléia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: RT, 2003, p. 455-467).

sociodiversidade, entendida por ela como diversidade cultural. A citada convenção conceitua patrimônio imaterial como as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e espaços culturais que lhe são inerentes – que as comunidades, os grupos, e em alguns casos os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Declara que ele se manifesta pelas tradições orais, inclusive o idioma, as artes e espetáculos, os usos sociais, rituais e festivos, conhecimentos e usos relacionados com a natureza e as técnicas artesanais tradicionais. Reconhece que ele é recriado pelas comunidades e grupos em função de sua relação com o ambiente, gerando um sentimento de identidade e continuidade, contribuindo para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Assume, por fim, que as comunidades, em especial as indígenas, desempenham importante papel na produção, salvaguarda, manutenção e recriação do patrimônio cultural imaterial¹⁰⁴.

Para que haja salvaguarda destes bens o texto da Convenção entende necessário aplicar medidas para garantir a viabilidade de existência destes bens, incluindo a identificação, documentação, pesquisa, preservação, proteção, promoção, valorização, transmissão pela educação formal e informal e revitalização, recomendando a cada Estado-parte que se empenhe para assegurar o reconhecimento, o respeito e a valorização do patrimônio cultural imaterial na sociedade, cujo interesse é geral para a humanidade.

2.4 DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO À REFERÊNCIA CULTURAL – A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA

Não há qualquer noção de patrimônio cultural ou de bens patrimoniais no Brasil do século XIX¹⁰⁵. Como o conceito de cultura identificava-se com o de civilização, associado à literatura, teatro, música, pintura, escultura e arquitetura, o Brasil e o seu povo se

¹⁰⁴ Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial. Aprovada pela UNESCO na 32ª sessão da Conferência Geral, em Paris, 17 de outubro de 2003. (CURY, Isabelle (Org.). *Cartas patrimoniais*. 3. ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004, p. 371-390). Segundo Antonio Augusto Arantes essa tendência à ampliação do conceito de patrimônio funda-se na revalorização de bens simbólica e materialmente, pois para a vida contemporânea, patrimônio significa riqueza acumulada por gerações passadas, e que é disponível hoje como recurso. (Patrimônio imaterial e referências culturais. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 129-130).

¹⁰⁵ José Eduardo Ramos Rodrigues corrobora a informação, destacando que iniciativa isolada foi tomada pelo Ministro do Império, Conselheiro Luiz Pedreira de Couto Ferraz, transmitindo ordens aos Presidentes das Províncias para que obtivessem coleções epigráficas para a Biblioteca Nacional e ao Diretor de Obras Públicas da Corte, para que tivesse cuidado na reparação de monumentos para não apagar as inscrições neles gravadas. (RODRIGUES, José Eduardo Ramos. A evolução da proteção do patrimônio cultural – crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 3, n. 11, jul./set. 1998, p. 27-28).

encontravam num estágio de “infância da arte”, entendida a arte como processo evolutivo de formas primitivas e que atingiria o padrão acabado, cuja referência era a arte clássica da Antiguidade e da Renascença. Além do conceito clássico de cultura, a noção de patrimônio no século XIX, particularmente no Brasil, parecia recair sobre a documentação, razão porque o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, fundado em 1838, no Rio de Janeiro, passaria a colecionar e preservar da destruição a história do Brasil¹⁰⁶.

A Constituição Brasileira de 1824 era omissa quanto à proteção dos bens de valor cultural. Da mesma forma o texto constitucional de 1891. No ano de 1922 aparece o primeiro ato legislado de proteção cultural¹⁰⁷, consistente na criação do Museu Histórico Nacional, pelo Decreto nº 1.596, conforme autorização do Decreto 4.492, de 1922, que determinava a reunião de objetos relativos à história pátria.

Projeto não aprovado, de nº 350/1923, do deputado Luiz Cedro, visava a criação de uma Inspeção de Monumentos Históricos, com a finalidade de conservar os imóveis públicos ou particulares que, seja pela história, seja pela arte, revestissem um interesse nacional¹⁰⁸. Em 1924, sob a coordenação do jurista Jair Lins, novo anteprojeto foi elaborado, mas este nunca chegou a tramitar no Congresso Nacional. Outro projeto não levado adiante foi o do deputado mineiro Augusto de Lima, que objetivava a proibição da saída para o estrangeiro de obras de arte tradicional brasileira¹⁰⁹.

Os Estados da Bahia e de Pernambuco foram os primeiros a adotar providências para salvaguardar seu patrimônio, criando por lei, em 1927, a Inspeção Estadual de Monumentos Nacionais. O deputado José Wanderley de Araújo Pinho apresentou ao Congresso Nacional projeto sobre o assunto, sob nº 230/1930, que usava o termo patrimônio para designar o acervo de bens culturais do país, mas o projeto não foi levado adiante com a dissolução do Congresso pela Revolução de 30¹¹⁰.

Nestas primeiras idéias a respeito da preservação do patrimônio cultural levava-se em conta o conceito de excepcionalidade. O patrimônio era entendido como o belo, o exemplar, e o que representa a nacionalidade. Vincula-se, na atenção de artistas e intelectuais, a partir de

¹⁰⁶ CAMARGO, Haroldo Leitão. *Patrimônio histórico e cultural*. 3. ed. Coleção ABC do Turismo. São Paulo: Aleph, 2005, p. 72-75.

¹⁰⁷ Embora seja de referir que Carlos Frederico Marés de Souza Filho aponte, com propriedade, que à falta de outro instrumento adequado, os conceitos da “Lei de Tombamento” ajudaram o Brasil não somente a preservar os bens culturais, como também os naturais. (*Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 19).

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 56.

¹⁰⁹ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. A evolução da proteção do patrimônio cultural – crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 3, n. 11, jul./set. 1998 p. 28.

¹¹⁰ SOUZA FILHO, *op.cit.*, p. 55-57.

1910, às dimensões extraordinárias do acervo urbanístico e arquitetônico de Minas Gerais as origens de uma política de preservação de bens culturais no Brasil¹¹¹. Em 1933, pelo Decreto nº 22.928, a cidade de Ouro Preto foi erigida a Monumento Nacional¹¹². No preâmbulo, o Decreto anunciava que era dever do Poder Público defender o patrimônio artístico da Nação.

Foi somente com a Constituição de 1934 que o assunto ganhou o foro constitucional. Referida Constituição, no art. 10, atribuía à União e aos Estados a competência concorrente para proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte, ao tempo em que introduziu o abrandamento do direito de propriedade, quando esta se revestisse de um interesse social ou coletivo (art. 113, inc. 17). No art. 148 a Constituição estabelecia caber à União, aos Estados e Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do país.

Em 1934, o Ministro da Educação e Cultura, Gustavo Capanema, propôs a criação de um serviço de proteção dos bens culturais¹¹³. Pela Lei nº 378, de 1937, que reestruturava o Ministério da Educação, foi criado o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, com a finalidade de promover o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional. A Carta de 1937 estendeu a competência aos Municípios para proteger os monumentos históricos, artísticos, naturais, as paisagens e locais particularmente dotados pela natureza (art. 134), submetendo o direito de propriedade ao interesse coletivo (art. 122, inc. 14). Em 30 de novembro de 1937, adveio o Decreto-Lei nº 25 que passou a dispor sobre a organização da proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, com os acréscimos do Decreto-Lei nº 3.866, de 1941 e da Lei nº 6.292, de 1975.

No Brasil, o Decreto-Lei 25/1937 ensejou a proteção da arquitetura colonial e imperial, do litoral norte e nordeste do Brasil¹¹⁴. O patrimônio cultural era chamado de histórico e artístico e considerado como o conjunto de bens tombados¹¹⁵. As primeiras ações

¹¹¹ SANTOS, Angelo Oswaldo de Araújo. A desmaterialização do patrimônio. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 11-15.

¹¹² Afirma Angelo Oswaldo de Araújo Santos que em 1910 Rui Barbosa discursa pedindo que a Cidade seja preservada como santuário da história do Brasil. (Ibidem, p. 13).

¹¹³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 58.

¹¹⁴ Ibidem, p. 67.

¹¹⁵ Registre-se que o esboço da Lei do modernista Mário de Andrade, em 1936, assim como proposta preservacionista de Aloísio Magalhães, na criação do Centro Nacional de Referências Culturais – CNRC - já faziam referência ao patrimônio intangível, o que ao final não foi acolhido na elaboração do Decreto-Lei nº 25/37 (talvez devido ao pouco peso político da proposta e do proponente), somente passando a fazer parte do corpo legislativo brasileiro com a Constituição Federal de 1988, que passa a basear a ação na referencialidade

em defesa do patrimônio nacional incluíram a seleção de edifícios do período colonial, em estilo barroco e palácios governamentais, devido a seus vínculos com a história oficial da nação, elevando-se a arquitetura à condição de marca capaz de promover a imagem de solidez do Estado brasileiro¹¹⁶.

Na época, as edificações coloniais ou de partido colonial já haviam sido relegadas ao abandono ou à destruição, não sendo difícil imaginar que o nacionalismo, apoiado no legado luso-brasileiro, poderia ser uma reação das elites desta origem para reafirmar o seu prestígio e sua antiguidade na terra, além de colocar em discussão o passado histórico rejeitado¹¹⁷ como símbolo do atraso e que agora iria se resgatar como símbolo da nacionalidade¹¹⁸.

A reiterada preocupação com as raízes luso-brasileiras não deixou de valorizar o passado escravista, rejeitando, por outro lado, o legado dos imigrantes e os fazeres de camadas populares que não se adequavam à inventada tradição que se queria cultivar¹¹⁹.

A priori, as propostas dos intelectuais vinculados ao Iphan¹²⁰ foram orientadas por critérios seletivos pautados pela identificação da característica estética das obras, sua autenticidade e seu caráter excepcional. Tais preceitos remontam à matriz francesa que serviu de modelo para a definição da Lista do Patrimônio Cultural da Humanidade e para a institucionalização do ensino de arquitetura e engenharia em diversos países do mundo, [...].¹²¹

Na década de quarenta, passou o Brasil a considerar, por leis, que foram interpretadas como produtoras de efeito igual ao do tombamento, bens coletivos como monumentos nacionais. No âmbito constitucional, pouca distinção quanto ao tema trouxe a Carta Federal

dos bens. (ANDRADE, Mário de. Anteprojeto para a criação do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Brasília, n. 30, 1999, p. 271-287). (OLIVEIRA, Ana Gita; FREIRE, Beatriz Muniz. Nota sobre duas experiências patrimoniais. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Patrimônio imaterial e biodiversidade. Brasília, n. 32, 2005, p. 153). De Mário de Andrade ainda se pode dizer que à frente do Departamento de Cultura, instituiu um centro de documentação de manifestações culturais populares, em cuja discoteca são reunidos filmes, matrizes de discos e registros escritos sobre músicas e danças populares. (AYALA, Marcos; AYALA, Maria Ignez Novais. *Cultura popular no Brasil: perspectiva de análise*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 24-25).

¹¹⁶ FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. *Patrimônio histórico e cultural*. Coleção Passo-a-passo, 66. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 47. Joaquim Falcão situa tais ações na época do afrouxamento dos laços culturais com a Europa (embora seja de estranhar a continuidade do modelo francês). (Patrimônio imaterial: um sistema sustentável de proteção. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 169).

¹¹⁷ Todavia é necessário destacar ações como as de José de Alencar e sua preocupação em demonstrar a existência e o valor de uma cultura nacional e popular muito antes do movimento modernista. (AYALA, Marcos; AYALA, Maria Ignez Novais, op.cit., p. 13).

¹¹⁸ CAMARGO, Haroldo Leitão. *Patrimônio histórico e cultural*. 3. ed. Coleção ABC do Turismo. São Paulo: Aleph, 2005, p. 80-81.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 91. O mesmo autor destaca que no começo do século XX, no Rio de Janeiro, adotou-se um modelo europeizante, com largas avenidas, efetivando-se a demolição de habitações, cortiços e pontos de encontro ou alimentação, removendo sua população para lugares afastados, “expulsando do centro da Capital Federal a ‘aldeia africana’ que maculava a visão da ‘Paris nos trópicos’”. (*Ibidem*, p. 78).

¹²⁰ Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

¹²¹ FUNARI, PELEGRINI, op.cit., p. 46-47.

de 1946, ao declarar que o amparo à cultura é dever do Estado e submeter à sua proteção as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como dos monumentos naturais, paisagens e locais dotados de particular beleza. Em 1961 a Lei nº 3.924, que trata dos bens arqueológicos, ampliou o conceito de patrimônio histórico e artístico, para disciplinar a proteção dos bens arqueológicos e pré-históricos, deixando de mencionar, todavia, os sítios históricos.

O art. 172 da Constituição de 1967 e o art. 180 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, tinham idêntica redação: declaravam ser dever do Estado o amparo à cultura, ao tempo em que colocavam sob sua especial proteção os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas. Criaram-se novas categorias de bens a serem preservados constitucionalmente, elegendo as jazidas e os sítios arqueológicos, antes classificados como locais de valor histórico. Em 1977, a Lei nº 6.513 passa a considerar de interesse turístico os bens de valor histórico, artístico, arqueológico ou pré-histórico, as paisagens notáveis e as manifestações culturais ou etnológicas e os locais onde ocorrem.

Em 1979, com a criação da Fundação Nacional Pró-Memória, o reconhecimento de uma vasta gama de bens procedentes do saber popular alargou, no Brasil, a concepção de patrimônio, assentada na diversidade cultural, étnica e religiosa do país. Na década de 1980, a proteção foi marcada pela preservação dos espaços de convívio, recuperação dos modos de viver na restauração de mercados públicos e outros espaços populares. Dentre as iniciativas mais marcantes, encontra-se o tombamento federal, em 1986, após reconhecimento como Patrimônio da Cidade de Salvador, em 1982, do Terreiro da Casa Branca do Engenho Velho ou Ilé Axé Iya Nassô Óká, um dos mais antigos templos de culto religioso negro do Brasil¹²².

Assim, no Brasil, somente nos anos 80 do século XX, as resistências modernistas, que consideravam que as produções do século XIX e do ecletismo eram cópias apátridas e pouco dignas de proteção, seriam vencidas, para a incorporação de outros bens que não os barroco-coloniais¹²³.

A implementação de políticas patrimoniais, consoante afirmam Pedro Paulo Funari e Sandra de Araújo Pelegrini, deve partir dos anseios da comunidade e ser norteadada pela

¹²² Com inserção no Livro Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, e no Livro Histórico, ao lado de monumentos representativos do culto católico, até então os únicos privilegiados. (Ibidem, p. 50). Tal passo, conforme Marco Aurélio Luz, pode ser considerado um passo importante para repensar as bases eurocêntricas, positivistas e produtivistas do Estado nacional que não contemplava os valores, necessidades e aspirações da grande maioria da população, não legitimando e excluindo de seu contexto a pluralidade sócio-cultural brasileira. (LUZ, Marco Aurélio. *Cultura negra em tempos pós-modernos*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2002, p. 105).

¹²³ CAMARGO, Haroldo Leitão. *Patrimônio histórico e cultural*. 3. ed. Coleção ABC do Turismo. São Paulo: Aleph, 2005, p. 91.

delimitação democrática dos bens reconhecidos como merecedores de preservação. “Mas a seleção dos bens a serem tombados precisa estar integrada aos marcos identitários reconhecidos pela própria comunidade na qual se inserem”.¹²⁴

Grande alteração no tratamento do assunto somente ocorreu com a Constituição Federal de 1988. É assim que dispõe o seu art. 216, caput:

Art. 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§1º O Poder Público, com a colaboração da coletividade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

[...];

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

Observa-se claramente uma ampliação do rol dos bens que compõem o acervo cultural do país, bem como a enunciação da evolução dos mecanismos de proteção. O conceito de patrimônio cultural abarca tanto as obras arquitetônicas, urbanísticas e artísticas, quanto as manifestações de natureza imaterial, relacionadas à cultura no sentido antropológico, como as visões de mundo, memórias, relações sociais e simbólicas, saberes e práticas, consideradas chaves das identidades sociais¹²⁵. A ampliação do conceito permite integrar ao patrimônio cultural coletivo as lendas, os mitos, ritos e técnicas, interpretações musicais e cênicas, conhecimentos tradicionais, práticas terapêuticas, culinárias e lúdicas, técnicas de produção e outros.

Conforme o inciso I, podem ser consideradas formas de expressão, responsáveis pela transmissão de costumes, tradições e hábitos e, portanto, pela divulgação da cultura, as línguas, a literatura, as lendas, os contos, a música, a dança, as artes, as festas, práticas

¹²⁴ FUNARI; Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. *Patrimônio histórico e cultural*. Coleção Passo-a-passo, 66. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 59.

¹²⁵ VIANNA, Letícia Costa Rodrigues. Dinâmica e preservação das culturas populares: experiências de políticas no Brasil. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez., 2001, p. 96.

esportivas dentre outras¹²⁶.

Os modos de viver, criar e fazer são os hábitos, as tradições e dizem respeito à culinária, as crenças, a religião, aos costumes, métodos de caça e pesca¹²⁷, construção de moradias, dentre outros. Criações científicas, artísticas e tecnológicas também podem integrar o patrimônio cultural brasileiro, de que são exemplos o 14-Bis, técnicas artesanais e de manejo ambiental dos povos indígenas¹²⁸.

As obras, documentos, objetos e edificações podem ter sua proteção tomada em conjunto, ou individualmente, pelo registro ou pelo tombamento, sempre tendo em mira a melhor forma de preservação do elemento. Também é prevista proteção para os espaços físicos, que não precisam ter intrinsecamente valor cultural, mas apenas sediar ou serem utilizados em atividades que o tenham¹²⁹, onde são realizadas manifestações artístico-culturais, como os cinemas, teatros, museus, casas de cultura, praças, feiras, santuários e outros¹³⁰. O inciso V destaca o valor ecológico como fundamento para integração de bens ao patrimônio cultural brasileiro.

Em 2000, para regulamentar o texto constitucional, e no que se refere aos bens de natureza imaterial, o Decreto nº 3.551 institui o registro dos bens dessa natureza e prevê a instituição do Livro de Registro das Formas de Expressão, para inscrição das manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas. No Livro de Registro dos Saberes serão inscritos os conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano do povo e no Livro de Registro das Celebrações, serão transcritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento. Há, ainda, o Livro de Registro dos Lugares, para inscrição dos mercados, feiras, santuários, praças e outros locais onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

Interessante síntese realiza Aurélio Virgílio Rios, ao dizer que significativa modificação conceitual de bens culturais foi dada pela atual Constituição que afastou a referência exclusiva aos monumentos e à grandiosidade da aparência externa das coisas imóveis já feitas ou acontecidas, para privilegiar outras situações e outros contextos que ainda estão acontecendo, dentro de uma visão de cultura como processo contínuo e dinâmico, como a representatividade e identidade étnica de cada um dos grupos formadores da

¹²⁶ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 60.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 63.

¹²⁸ *Ibidem*, loc.cit.

¹²⁹ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio Cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 6, n. 21, jan./mar. 2001, p. 181.

¹³⁰ MIRANDA, op.cit., p. 64-65.

nacionalidade¹³¹.

Decorrente desta modificação do objeto de proteção, conforme reconhecido pelo IPHAN:

Segmentos e categorias sociais não-hegemônicos, tais como as populações indígenas, afro-descendentes e descendentes de imigrantes, passaram a ser reconhecidos e legitimados como sujeitos de direito, em especial no que diz respeito às prerrogativas culturais e, particularmente, no âmbito das ações de patrimônio.¹³²

Isto significa a inclusão de segmentos sociais até então apartados das ações patrimoniais. O valor excepcional, a monumentalidade que se exigia para a inclusão no rol seletivo dos bens do patrimônio nacional alijavam do processo camadas que não eram possuidoras dos bens materiais que davam suporte ao elemento artístico e histórico. A definição de patrimônio cultural, afastando os estreitos limites legais antes existentes, e envolvendo a proteção da identidade dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, encontra-se, agora, ancorada na noção de referências culturais.

É o conceito de referência cultural, na visão de Juliana Santilli,

aliado ao abandono da perspectiva elitista, monumentalista e sacralizadora do patrimônio cultural e à valorização da cultura ‘viva’, enraizada no fazer popular e no cotidiano das sociedades, que fundamentou a ampliação do conceito de patrimônio cultural.¹³³

Referência é um termo que sugere remissão. No caso do processo cultural, referências são as práticas e os objetos, por meio dos quais os grupos representam, realimentam e modificam a sua identidade: são constitutivas da diversidade cultural. Elas são encontradas e esquecidas, elaboradas e reinventadas. São referências os monumentos, assim como as artes, os ofícios, as festas e os lugares a que a vida social atribui sentido diferenciado, seja a suportes tangíveis, ou não. “É com as referências que se constrói tanto proximidade quanto distância social, a continuidade da tradição assim como a ruptura com uma condição passada ou a diferença em relação a outrem”.¹³⁴

O patrimônio cultural brasileiro pode ser entendido, a partir desta nova ênfase constitucional, como a produção humana, relacionada às artes, à memória coletiva, ao repasse de saberes, visando à dignidade da espécie como um todo, e de cada um dos indivíduos e que

¹³¹ RIOS, Aurélio Virgílio. Quilombos e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coords.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPPIR, 2006, p. 190.

¹³² IPHAN. *Relatório de Atividades 2003/2004*. Brasília: IPHAN, 2005, p. 10-11.

¹³³ SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 77.

¹³⁴ ARANTES, Antonio Augusto. Patrimônio imaterial e referências culturais. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez. 2001, p. 131.

se refira à identidade, à memória dos diversos grupos formadores na sociedade brasileira.

2.5 A DEGRADAÇÃO DOS PATRIMÔNIOS CULTURAIS

A respeito do patrimônio tangível e, especificamente, ao tratar do monumental, consistente em esculturas ou em memoriais, Maria Elvira Bonavita Federico, afirma que

O problema da degradação remete também a um contrário, sua retirada poderia ter ocorrido porque o monumento, a escultura, conotaria certos valores ou reforçaria certas crenças e princípios para os habitantes, que assim, sentir-se-iam como que incomodados com sua presença, fazendo-os até mesmo solicitar a remoção dos monumentos por esses sentimentos preconceituosos.

Será que esses tipos de monumentos, por outro lado, legitimariam, simbolicamente, uma dada ordem política e poder, ou regime de dominação, e, assim, mereceriam ser excluídos? Se os monumentos e esculturas seriam parte de referenciais, de marcos tanto históricos como afetivos (lembrando que o afetivo também conota ódio, aversão), será que a transferência deles não conotará também presença/ausência de liames, enquanto um sintoma da construção/reconstrução própria de São Paulo [...]?

Ou não será isso uma provável ameaça à identidade/cultura? ¹³⁵

O trecho refere-se ao tratamento a que pode se submeter um monumento ou marco histórico ou estético, pela comunidade que não mais mantém, ou que rejeita a manutenção da ligação identitária com a noção representada. Extrai-se a lição de que a retirada da vista, ou a destruição, registram a degradação, o descaso ou o menosprezo, que são impostos a bens, que menos por valores estéticos, não mais importam cultural e comunitariamente, por se afastarem da sua identidade ou por ficarem como próprios de mentalidades de elite ou do poder e não mais merecerem visibilidade¹³⁶.

A ausência de significação é também revelada por Régis Lopes como motivo para a falta de conservação ou destruição do patrimônio¹³⁷.

Françoise Choay é mais precisa quanto aos fatores para a degradação:

O esquecimento, o desapego, a falta de uso faz que sejam deixados de lado e abandonados. A destruição deliberada e combinada também os ameaça, inspirada seja pela vontade de destruir, seja, ao contrário, pelo desejo de escapar à ação do tempo ou pelo anseio de aperfeiçoamento. A primeira forma, negativa, é lembrada com mais frequência: política, religiosa, ideológica, ela prova *a contrario* o papel essencial desempenhado pelo

¹³⁵ FEDERICO, Maria Elvira Bonavita. *Meio ambiente e degradação cultural*: Mário de Andrade põe em visibilidade um monumento ausente na cidade. São Paulo: Associação Editorial Humanitas; Fapesp, 2005, p. 29.

¹³⁶ Ibidem, p. 63 e 72.

¹³⁷ Citado por CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio cultural*: proteção legal e constitucional. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 93.

monumento na preservação da identidade dos povos e dos grupos sociais.¹³⁸
(destaque no original)

Um conjunto de expressões culturais, como diz Michel Nicolau, pode morrer de três maneiras básicas: mediante a impressão do selo de exotismo a uma manifestação; pelo mero desprezo a uma manifestação ou pela adequação de culturas a um padrão único (o que caracteriza a homogeneização)¹³⁹.

2.5.1 Exigências específicas na tutela do patrimônio cultural imaterial

Refere Carlos Frederico Marés de Souza Filho que é difícil a caracterização dos bens imateriais, e ainda mais complexa sua ambientação jurídica, porque o sistema tutelar foi elaborado, primordialmente, sobre os bens materiais. Por bens culturais o direito sempre entendeu coisas concretas, palpáveis, apropriáveis, cuja proteção tem o condão de contrariar o direito de propriedade individual, sendo difícil, por outro lado, determinar o limite em que os ditos imateriais passam a ser juridicamente relevantes e tutelados, ou em que uma manifestação passa a ser bem jurídico¹⁴⁰.

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

No Brasil, antes do advento do Registro como instrumento de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, e mesmo após a sua instituição pelo Decreto nº 3.551/2000, o tombamento foi usado para tutela de espaços destinados a liturgias de religiões de matrizes africanas¹⁴¹. Considera-se, como fundamento para a utilização do instrumento, que o tombamento reafirma a política de reconhecimento do Candomblé como um sistema religioso fundamental na constituição da identidade de parcela da sociedade brasileira e da resistência cultural negra no Brasil.

Igual utilização se dá com relação aos bens culturais representativos dos remanescentes das comunidades quilombolas, que aparecem tombados em muito menor

¹³⁸ CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. Tradução de Luciano Vieira Machado. 3. ed. São Paulo: Estação Liberdade: UNESP, 2006, p 26.

¹³⁹ NICOLAU, Michel. Diversidade cultural e sistema ONU: um lugar para cultura. In: BRANT, Leonardo (Org.). *Diversidade Cultural: globalização e culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras Editora; Instituto Pensarte, 2005, p. 141.

¹⁴⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 50.

¹⁴¹ É o caso dos terreiros maranhense da Casa das Minas Jeje, tombado em agosto de 2002, e baianos do Ilê Iyá Omim Axé Iyamassé (Gantois), tombado em novembro de 2002, do Bate-Folha, tombado em agosto de 2003, e do Alaketu Ilê Maroiá Lájì, em dezembro de 2004. Dados extraídos do sítio do IPHAN.

quantidade, quando comparados com os terreiros, a despeito de uma garantia expressa na Constituição que declara tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos¹⁴².

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

A Constituição Federal de 1988 não exige o ato de tombamento para reconhecer um bem integrante do patrimônio cultural brasileiro. O sistema instituído na Constituição Federal permite afirmar que é declaratória a atuação que tutela seus elementos. É o fato de estar ligado à ação dos grupos formadores da sociedade brasileira que recomenda a preocupação com o apoio, o incentivo, a difusão e a valorização das manifestações culturais, sem a necessária vinculação ao conhecido tombamento.

Instituído como apropriado para salvaguarda dos bens culturais de natureza imaterial, na instância federal, foi criado o instrumento do Registro¹⁴³. Mas na prática reproduz o sistema da lei de tombamento, ao criar quatro livros de registro: dos saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; das celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; das formas de expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; dos lugares, onde serão registrados mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas. Além destes, outros livros poderão ser criados, conforme decisão do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, se entender que o bem não se enquadra nos moldes dos livros já existentes.

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

Esta descrição, ou a fixação do bem intangível em suporte material, todavia, demonstra o que é, ou era, naquele momento e local, a manifestação cultural registrada. Não

¹⁴² Como ocorreu com os Remanescentes do Quilombo do Ambrósio, situados em fazenda no Município de Ibiá/MG. Dados extraídos do sítio do IPHAN.

¹⁴³ BRASIL. Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000. IPHAN. *Coletânea de Leis sobre preservação do patrimônio*. Rio de Janeiro: IPHAN, 2006, p. 129.

autoriza dizer que a continuidade da prática cultural está assegurada, senão pela possibilidade de conhecimento que concede a quantos com ela travem contato.

Uma forma de tutelar os bens imateriais é garantir a abertura e a manutenção de espaços destinados à realização das práticas. A criação de espaços, todavia, apenas permite a continuidade da manifestação, que se não desenvolvida, difundida e incentivada corre risco de desaparecimento.

Buscando evitar tal ocorrência, é que a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial¹⁴⁴ propõe medidas que visem garantir a viabilidade do patrimônio cultural imaterial, tais como a identificação, a documentação, a investigação, a preservação, a proteção, a promoção, a valorização, a transmissão – essencialmente por meio da educação formal e não-formal - e revitalização deste patrimônio em seus diversos aspectos¹⁴⁵.

As práticas culturais somente se mantêm, desaparecem ou se modificam à medida que os homens as realizam ou deixam de realizar¹⁴⁶. A natureza imaterial do bem exige que a sua conservação efetiva seja realizada pela vivência da manifestação¹⁴⁷, sob pena de constituir-se em ação danosa à preservação do patrimônio cultural.

Como expõe Joaquim Falcão, “a herança cultural tem de ser apropriada em sua dimensão pragmática. O patrimônio imaterial só molda a identidade cultural, quando molda também a prática cotidiana, de hoje e não apenas de ontem”¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Aprovada pela UNESCO na 32ª sessão da Conferência Geral, em Paris, 17 de outubro de 2003. (CURY, Isabelle (Org.). *Cartas patrimoniais*. 3. ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004, p. 371-377).

¹⁴⁵ É preciso referir que a partir de 1993 a UNESCO elaborou proposta de dispositivo, com base em experiências de países orientais, para o reconhecimento e apoio financeiro a detentores de saberes tradicionais, recomendando que indivíduos ou grupos sejam declarados “Tesouros Humanos Vivos” e passem a receber ajuda financeira para a transmissão de seus conhecimentos às novas gerações. (GÓES, Fred. Bens imateriais em desfile: a caminhada axé. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 67).

¹⁴⁶ AYALA, Marcos; AYALA, Maria Ignez Novais. *Cultura popular no Brasil: perspectiva de análise*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 33.

¹⁴⁷ VIANNA, Letícia Costa Rodrigues. Dinâmica e preservação das culturas populares: experiências de políticas no Brasil. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 97.

¹⁴⁸ FALCÃO, Joaquim. Patrimônio imaterial: um sistema sustentável de proteção. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 168.

3 A TUTELA DAS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS E DAS REFERÊNCIAS AFRO-BRASILEIRAS

3.1 A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DIFUSO

Em primeiro lugar é preciso conceituar os direitos fundamentais. Jairo Gilberto Schäfer diz que “a expressão direitos fundamentais deve ser reservada para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional estatal [...]”¹.

O autor explica que em Robert Alexy uma teoria jurídica dos direitos fundamentais é uma teoria dogmática, uma vez que tem por objeto de estudo o direito positivo de uma determinada ordem jurídica. “Sempre que alguém possui um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga este direito”.²

Concepção assemelhada apresenta Antonio E. Perez Luño, ao referir que direitos fundamentais aludem aos direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em sua normativa constitucional e que gozam de uma tutela reforçada³.

A noção de Jairo Schäfer de direitos fundamentais, embora faça menção à existência de duas óticas de abordagem, uma formal e outra material, é concordante com a de Robert Alexy, pois entende que são aquelas posições jurídicas da pessoa humana que, por decisão expressa do legislador constituinte, foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais, ou podem, por sua importância, ser equiparados a eles⁴.

Para Alexy, embora seja mais conveniente que a fundamentação do conceito de direito fundamental assente sobre critérios materiais e/ou estruturais, sua vinculação com um critério formal, segundo o qual todos os enunciados do capítulo da Lei Fundamental intitulado Direitos Fundamentais são disposições de direitos fundamentais, torna o círculo de disposições abarcado desta maneira demasiado estreito⁵.

Segundo José Adércio Leite Sampaio, o conceito de direito fundamental é um dos mais tormentosos da teoria da Constituição. Acerca da compreensão de Alexy que considera que a concepção de direito fundamental seria orientada pelo texto da Constituição, segundo

¹ SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 26.

² Ibidem, p. 29-30.

³ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2005, p. 46.

⁴ SCHÄFER, op. cit., p. 33-34.

⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 65.

um critério assumidamente formal, a crítica de José Adércio é quanto à pré-compreensão do que seja uma Constituição e do que sejam os direitos fundamentais. Outro critério formal tem a ver com a garantia de rigidez constitucional em torno dos direitos constitucionais. Mas esse critério identifica o sistema de supremacia de que gozam as normas constitucionais, e não os direitos fundamentais. Um terceiro critério procura dizer que um direito é fundamental quando constitui uma pretensão subjetivamente titulada, que possa dar ensejo a uma tutela jurisdicional. Ocorre que direitos fundamentais não são apenas direitos no sentido do direito privado. Por fim, aparece um critério material: quanto mais um direito tende a realizar o primado da dignidade humana mais fundamental ele é. Apesar disto conduzir à absolutização da dignidade humana, e denotar uma combatida visão antropocêntrica, tal critério é útil na procura teórica da fundamentação de um direito e um dos pilares de consenso ocidental. Este critério não deixa de exigir alguns aspectos formais, como a estatura constitucional, a vinculação dos poderes públicos e a tutela judicial e é o critério considerado no presente estudo⁶.

Gomes Canotilho compreende as normas consagradoras de direitos fundamentais como contendo uma dimensão subjetiva (atribuem a um sujeito um direito subjetivo) e outra objetiva (estabelecem um dever objetivo do Estado, sem garantir um direito subjetivo)⁷.

Todavia, os direitos fundamentais são considerados como direitos subjetivos, ou posições jurídicas ocupadas pelo indivíduo para fazer valer sua pretensão frente ao Estado. Isto rompe com a concepção clássica liberal de que os direitos fundamentais confundiam-se com direito de defesa do cidadão⁸. É nesse meio que se inserem os bens e direitos culturais, haja vista a importância com que se revestem, que não se referem a interesses particulares ou individuais, mas a interesses coletivos, impõem ao ordenamento jurídico sua proteção e reclamam ações positivas.

Segundo Daniel Sarmento, na metade do século XX, as Constituições começam a se ocupar de uma nova tipologia de direitos, de natureza transindividual, relacionados à qualidade de vida do homem. São direitos ditos de 3ª geração, que não possuem titular certo, mas pertencem a uma série indeterminada de sujeitos. Entre eles avultam o direito ao meio

⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca (Orgs.). *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 89-99. Concorda com o último critério REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 35-37.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003, p. 1253-1261.

⁸ SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 26.

ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à preservação de valores culturais e espirituais, tais como os relacionados à proteção do patrimônio cultural e artístico⁹.

Acompanhando o movimento internacional e, segundo Flávia Piovesan, acolhendo a concepção contemporânea de cidadania¹⁰, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece expressamente a existência de direitos culturais¹¹. Neste passo dispõe a Constituição Federal que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais” (art. 215).

Outra importante observação faz Flávia Piovesan chamando a atenção para inovação do texto de 1988, que não mais se limita a assegurar direitos individuais, passando a incorporar a tutela dos direitos coletivos e difusos, “aqueles pertinentes a determinada classe ou categoria social e estes pertinentes a todos e a cada um, caracterizados que são pela indefinição objetiva e indivisibilidade de seu objeto”¹².

Direitos individuais, coletivos e difusos são encontrados não só no Capítulo I do Título II, da Constituição de 1988, como também no Capítulo III, Título VIII, que trata da educação, cultura e do desporto¹³.

Para José Afonso da Silva, a introdução do princípio democrático no Estado de Direito implica que os direitos culturais próprios dos seguimentos sociais e étnicos da população brasileira passam a fazer parte dos direitos fundamentais, a que o Estado se obriga a resguardar e proteger.¹⁴

Como afirma Marcos Paulo de Souza Miranda,

A proteção ao patrimônio cultural insere-se, sem dúvida, no conceito de direito fundamental de terceira geração, sendo inconteste que a tutela desse direito satisfaz a humanidade como um todo (direito difuso), na medida em que preserva a sua memória e seus valores, assegurando a sua transmissão às gerações futuras.¹⁵

O autor invoca a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, que cita como exemplos de direitos fundamentais deslocados do rol do Título II da Constituição Federal Brasileira o direito à proteção do meio ambiente e a garantia do exercício dos direitos culturais. E arremata dizendo

⁹ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, 2002, p. 65.

¹⁰ Que abrange uma gama diversificada de direitos: direitos políticos (de primeira geração), direitos econômicos, sociais e culturais (de segunda geração), e direitos de solidariedade (de terceira geração).

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 340.

¹² *Ibidem*, p. 330.

¹³ É o mesmo o pensamento de Francisco Humberto Cunha Filho, ao dizer que mesmo as constituições, como a brasileira, que explicitam princípios, abrigam outros que precisam ser evidenciados pelos hermenutas e doutrinadores e exemplifica com princípios ligados à cultura. (*Cultura e democracia na constituição federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 61).

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

¹⁵ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 16.

que se trata de um direito transindividual difuso, uma vez que pertence a todos, ao mesmo tempo em que não pertence, de forma individualizada, a qualquer pessoa¹⁶.

Também Belize Câmara Correia concebe o direito à cultura como um direito fundamental e difuso, todavia que permeia todas as gerações de direitos, visto que pode demandar a necessária liberdade de criação artística, ou o exercício de um direito que exige prestação por parte do Estado, como o de educação, ou, ainda, o exercício de um direito solidário. Mas é como direito de terceira geração que ele se afigura mais bem classificado, porque preserva valores e a memória da comunidade¹⁷.

3.2 IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO ÀS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS RELIGIOSAS DE MATRIZ AFRICANA

A cultura, como assevera Danilo Fontenele Sampaio Cunha, “influencia não apenas na nossa maneira de ser e comportar de modo superficial, mas penetra o nosso jeito de compreender tais manifestações do ser e condiciona mesmo a nossa forma de percepção do justo”.¹⁸

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

A cultura popular compreende o conjunto de manifestações particularizadoras das diversas comunidades humanas; [...] Os estudiosos entendem-na como a base sólida da qual derivam as demais adjetivações da cultura. [...] A cultura popular propicia, por conseguinte, a singularização e unidade dos povos, possibilitando conhecer-se, de cada um, a identidade cultural, expressão que deve ser apreendida com a cautela de não ensejar a exclusão da diversidade enquanto elemento possível de compor a mesma. O processo de produção dos bens da cultura popular é, ao mesmo tempo, pessoalizado e comunitário, ou seja, singulariza os indivíduos envolvidos e os produtos resultantes, mas tudo em função dos valores que afirmam a origem, a sobrevivência e o porvir do grupo a que pertencem.¹⁹

Não pode existir cultura sem o homem e, uma vez que o homem não é sozinho, sua existência em sociedade significa muito; seu modo de viver é a sua cultura: a totalidade de

¹⁶ Ibidem, p. 16-17.

¹⁷ CORREIA, Belize Câmara. A tutela judicial do meio ambiente cultural. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 9, n. 34, abr./jun. 2004, p. 45-49.

¹⁸ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 53.

¹⁹ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Cultura e democracia na constituição federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 39.

suas crenças, seus códigos de conduta, suas técnicas, todos os elementos que são necessários para a existência e a sobrevivência no sistema social²⁰.

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

Enquanto o patrimônio natural é a garantia de sobrevivência física da humanidade, que necessita do ecossistema – ar, água e alimentos – para viver, o patrimônio cultural é garantia de sobrevivência social dos povos, porque é produto e testemunho de sua vida.²¹

Afirma Maria Celeste de Almeida Wanner que “O conceito de arte para as populações africanas tradicionais, [...], estava ligado diretamente ao trabalho e ao sagrado. Essas duas funções, indissociáveis permeavam todas as ações – cerimônias, cultos, ritos²².”

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

Por diversas razões, a cultura que se conhece no Brasil com o nome genérico de Nagô ou complexo Jeje-Nagô se expandiu e influenciou as diversas manifestações dos afro-brasileiros. Tal como na África Ocidental, a religião impregnou todas as atividades regulando e influenciando seu viver cotidiano, conservando um sentido profundo de comunidade, preservando e recriando o mais específico de suas raízes culturais. Particularmente na Bahia o espaço geográfico da África genitora e seus conteúdos materiais e espirituais foram restituídos em bem organizadas associações, os **ègbé**, as comunidades-terreiro²³. Neles se continua e renova o culto às entidades sagradas, a tradição dos **orisha** e a dos ancestrais ilustres, os **egun**.

[...]

Os “terreiros” ou **ègbé** foram, e continuam sendo, centros organizadores da fixação, elaboração e transmissão cultural, núcleos e pólos de irradiação de todo um **complexo sistema simbólico** estabelecendo modos específicos de comunicação.²⁴ (grifos originais)

Roberto Cardoso de Oliveira diz que a “identidade étnica agrupa, agrega, unifica, malgrado a diferença dos ecossistemas e, com eles, a presença de alguma variação cultural interna à etnia. Esse ajuntamento, assim, revela uma dinâmica nas relações sociais que aponta

²⁰ OJO-ADE, Femi. *Negro: raça e cultura*. Coordenação e tradução Ieda Machado Ribeiro dos Santos. Salvador: EDUFBA, 2006, p. 24.

²¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 16.

²² WANNER, Maria Celeste de Almeida. Cultura Visual: uma homenagem a Henry John Drewall. *Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes*. Salvador, v.1, n. 8, 2º semestre de 2006, p. 8.

²³ Em outros autores aparece como egbé. Constituem-se em bem organizadas instituições compostas de um espaço sócio-religioso e arquitetônico próprio, caracterizado por uma população flutuante de membros que ali comparecem conforme determinada temporalidade litúrgica. (LUZ, Marco Aurélio. *Agadá: dinâmica da civilização africano-brasileira*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2000, p. 445).

²⁴ ELBEIN, Juana. Tradição e contemporaneidade: o universo mítico de Mestre Didi. *Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes*. Salvador, v.1, n. 8, 2º semestre de 2006, p. 25-26.

para o fortalecimento de elos étnicos, identitários [...]”²⁵.

José Afonso da Silva estabelece um rol de direitos culturais abarcados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ele inclui: 1) o direito à criação cultural, compreendidas as criações científicas, artísticas e tecnológicas; 2) direito de acesso às fontes da cultura nacional; 3) direito de difusão da cultura; 4) liberdade de formas de expressão cultural; 5) liberdade de manifestações culturais; 6) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura²⁶.

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

Pode-se acrescentar aos fundamentos, e na específica conjugação em favor das comunidades de origens africanas, as prescrições constitucionais que determinam a proteção às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras (art. 215, § 1º), assim como atribuem valor aos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216, § 5º), numa ação de enaltecimento da diversidade cultural²⁷.

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

De não menos importância lembrar que a Constituição Federal declara inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida a proteção aos locais de culto e suas liturgias (art. 5º, VI).

Com isso consagra o texto constitucional o pluralismo cultural resultante da interação dos diversos segmentos sociais dando ênfase aos bens que são reflexos de nossa identidade, ação e memória que guardem referência com a formação do povo brasileiro.

Cumprido destacar que

Quanto a índios e negros, como compensação às violências sofridas em decorrência do desterro e da submissão, deu-se intensa prática de rituais

²⁵ OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *Caminhos da identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: Paralelo 15, 2006, p. 38.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 312.

²⁷ Não somente a etnia, *strictu sensu*, mas a diversidade de identidades, a questão da alteridade, está sendo cada vez mais colocada na ordem do dia. (LUZ, Marco Aurélio. *Cultura negra em tempos pós-modernos*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2002, p. 106).

atinentes às respectivas origens, externados de forma dissimulada, em virtude da imposição de novos valores, o que fez originar o sincretismo cultural, de múltiplas facetas.²⁸

Exatamente para resgatar as formas originais de representações culturais é que se deve garantir a realização dos cultos, liturgias e das festas que como “sinais dos diversos momentos vivenciados pelas coletividades ficam encravados em bens culturais que simbolizam as relações, os pensamentos, os modos de criar, fazer e viver, encetadores ou degradadores dos ideais humanitários que se deseja implementar”²⁹.

Cumprir ter presente a advertência, feita por Danilo Fontenele Sampaio Cunha, ao falar da apatia que abate, em uma determinada situação de crise, os membros de uma cultura ao abandonarem a crença em seus valores e perderem os vínculos que os mantinham unidos e até mesmo vivos³⁰.

Se do princípio da igualdade se poderia extrair que nenhuma manifestação cultural poderia ser oficializada ou privilegiada, não importando a origem, também se poderia inferir que nenhuma poderia ser negligenciada, abandonada ou proscrita, “[...] considerando que cultura, valores e concepções ligados à história e à herança cultural africana são tão estruturantes quanto a história de vida pessoal de cada um”³¹.

É no mesmo sentido a advertência de Maria Cecília Londres Fonseca, quando afirma, a respeito da questão identitária, que

Os patrimônios históricos e artísticos nacionais devem ser entendidos não como universos fechados, representações de uma nação una e coesa, identificada a um Estado centralizador, e sim em sua relação com práticas sociais de construção e de objetificação de identidades coletivas.³²

A proscrição de uma manifestação cultural propiciará ocorrer o que Miguel Rettenmaier verificou a respeito do silêncio imposto a manifestações de uma identidade ágrafa, num Brasil que se esforçava, nos primeiros momentos da preservação cultural, por parecer moderno:

Olhando “para frente” e “para fora”, o olhar esclarecido de nossa intelectualidade renegou nossa identidade mestiça, “caótica”, em nome de

²⁸ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Cultura e democracia na constituição federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 22.

²⁹ Ibidem, p. 46.

³⁰ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 32.

³¹ ROCHA, Jussara. A palavra do tecido: o vestuário como afirmação da identidade o corpo como suporte da obra. *Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes*. Salvador, v.1, n. 8, 2º semestre de 2006, p. 39.

³² FONSECA, Maria Cecília Londres. *O Patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; MinC – Iphan, 2005, p. 29.

outra(s), depurada(s) de nossa condição iletrada. O resultado do afã, pela ilustração, de se construir o Brasil, foi o sufocamento de nossas verdades, mantido, sobretudo, pelo desejo, sempre fracassado, de que fôssemos o que não somos, de que vivêssemos como jamais vivemos.³³

Se a leitura de bens, enquanto patrimoniais, pressupõe as condições de acesso a significações que justifiquem sua preservação³⁴, tem-se que a eleição, a tema constitucional, de valores que ao lado de outros como o da liberdade de culto e crença, impulsiona a que as manifestações culturais de populações representativas dos grupos formadores da sociedade brasileira sejam defendidos, difundidos e incentivados.

Em nada resulta o registro de bens imateriais se não seguem iniciativas de apoio, estímulo, amparo e incentivo às manifestações culturais. As políticas nacionais devem visar o reconhecimento e o respeito pelas diferenças culturais. Deve-se:

afirmar e garantir a possibilidade de redutos de tradições que fundam autenticidades culturais, visões de mundo e identidades sócio-culturais autônomas, não obstante as instâncias da vida em que há maior ou menor integração coletiva ao ‘modo de vida moderno’.³⁵

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

O ordenamento jurídico brasileiro abona o pluralismo cultural como valor constitucional a ser reconhecido e garantido. A importância do pluralismo se concretiza na garantia da liberdade individual de escolha dos valores culturais a serem seguidos e na afirmação da permanência da diversidade cultural³⁶.

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

É preciso corrigir a desigualdade econômica entre as raças no Brasil, ampliando o acesso dos negros ao mercado de trabalho, ao ensino superior e a outros bens socialmente valorizados, mas é essencial também promover os seus direitos culturais, valorizando seus símbolos e heróis e combatendo as

³³ RETTENMAIER, Miguel. Cultura, escrita e identidade(s): difíceis contornos. In: RETTENMAIER, Miguel; BARBOSA, Márcia H. S.; RÖSING, Tânia M. K. (Orgs.). *Leitura, identidade e patrimônio cultural*. Passo Fundo: UPF, 2004, p. 190.

³⁴ FONSECA, *O Patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; MinC – Iphan, 2005, p. 43.

³⁵ VIANNA, Leticia Costa Rodrigues. Dinâmica e preservação das culturas populares: experiências de políticas no Brasil. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 95.

³⁶ BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 160.

ações que reforcem estigmas e preconceitos enraizados na sociedade.³⁷

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

O respeito, a preservação e a promoção das culturas dos grupos minoritários convertem-se assim numa das dimensões fundamentais do princípio da igualdade.

[...]

Na filosofia política contemporânea, é possível falar em uma “reconciliação” entre as idéias de igualdade e liberdade.³⁸

O autor arremata, dizendo que a inclusão dos afro-descendentes na sociedade não pode ignorar o seu direito à diferença, o que envolve a necessidade de respeito e valorização da sua identidade étnico-cultural³⁹. Necessita-se de medidas de combate e repressão à discriminação, aliadas a medidas compensatórias que estimulem, por meio da tolerância à diversidade, a inclusão de indivíduos e grupos nos diversos processos sociais.

Aurélio Virgílio Rios aponta que a construção do Estado Democrático de Direito no Brasil deu validade ou positividade jurídica às minorias étnicas no longo caminho das conquistas das garantias e direitos fundamentais da pessoa humana. Conclui dizendo que as garantias constitucionais que asseguram o respeito às minorias e a igualdade de todos, sem preconceito de origem e raça, estão fortemente ligadas à proteção da cultura brasileira, prevista nos arts. 215 e 216 da Constituição Federal, que deve ser interpretada segundo os objetivos fundamentais da República e sob a garantia do Estado Democrático de Direito⁴⁰.

Os ensinamentos do “Candomblé” são transmitidos nas práticas dos processos religiosos⁴¹. Tolher tais práticas importa restrição violenta a direito fundamental constitucionalmente assegurado. A descontinuidade de uma manifestação cultural pode levá-la ao desaparecimento, extinguindo o direito de exercício de gerações futuras, contrariando assim o mandamento que recomenda a sua difusão, impelindo o Poder Público e a sociedade a agir e intervir para protegê-la.

³⁷ SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coords.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPPPIR, 2006, p. 62.

³⁸ *Ibidem*, p. 68-69.

³⁹ *Ibidem*, p. 69.

⁴⁰ RIOS, Aurélio Virgílio. Quilombos e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de. *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPPPIR, 2006, p. 188-189.

⁴¹ SODRÉ, Jaime. As esculturas do Mestre Didi o arco-íris do olhar. *Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes*. Salvador, v.1, n. 8, 2º semestre de 2006, p. 63.

3.2.1 A proteção das manifestações culturais como tutela da dignidade humana

Defende Danilo Fontenele Sampaio Cunha que “a proteção legal e constitucional do patrimônio cultural é, na verdade, forma de proteção à própria dignidade da pessoa humana, partindo do pressuposto de que o homem só é respeitado integralmente quando sua cultura e formação também são respeitadas”.⁴²

Danilo Cunha fundamenta sua posição afirmando que a pessoa humana revela traços de sua personalidade e caráter através de seu modo de agir na sociedade e o faz a partir do reflexo dos fatores intrínsecos, na reprodução da carga cultural que recebeu e processou. O respeito à cultura de um povo se refere à formação deste próprio povo e à manutenção de suas características, e para tanto justificado está o reconhecimento, a atenção, a consideração, a tolerância, e o acatamento das diversas formas de manifestações culturais, com a conservação e incorporação da diversidade que lhe são próprias. A preservação do patrimônio cultural não constitui um fim em si mesmo, senão uma garantia do direito à memória individual e coletiva, elemento fundamental do reconhecimento da dignidade da pessoa humana⁴³.

A dignidade forma parte essencial da pessoa e é prévia ao Direito, pelo que não necessita reconhecimento jurídico para existir. Por ser um atributo da pessoa, e por trazer indissolavelmente unida a idéia de liberdade, a dignidade adquire um significado jurídico-político e ambas se erigem a valores fundamentais.

A positivação constitucional da dignidade⁴⁴ traduz-se em um dever genérico de respeito à liberdade e aos direitos do indivíduo, incluindo nestes o respeito à formação de sua personalidade e à manifestação de seus padrões culturais.

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

É Danilo Fontenele Cunha que, ao estabelecer a mais estreita ligação entre dignidade e

⁴² Que entende ser um processo de integração da experiência individual às suas qualidades constitucionais, formando um todo funcional ajustado, sendo a experiência individual resultado da atuação do indivíduo sobre o ambiente, tomando em consideração que o ambiente natural só é decodificado por ele após ser submetido a uma espécie de filtro cultural preexistente nele mesmo. (CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 15 e 40).

⁴³ *Ibidem*, p. 15 e 124.

⁴⁴ O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, proclama a liberdade, a justiça e a paz no mundo tendo por base o reconhecimento da dignidade intrínseca e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana. (ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 401).

cultura, afirma que ”a dignidade está relacionada com a idéia de personalidade e sua livre manifestação que se faz, dentre outras formas, por meio das manifestações culturais”.⁴⁵

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

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

O direito à vida diz respeito ao seu aspecto qualitativo ou, sinteticamente, de um direito à qualidade de vida expresso no sacrifício de vantagens econômicas imediatistas em nome da preservação de determinados valores dentre os quais está o meio ambiente cultural, integrado por bens de valor histórico, estético, artístico, etc, disponíveis para essas e as futuras gerações.⁴⁶

As palavras de Carlos Frederico Marés de Souza Filho resumem bem a relevância do tema, quando afirma que “O valor dos bens culturais, assim, tem a magnitude da consciência dos povos a respeito de sua própria vida”.⁴⁷

3.3 O CANDOMBLÉ E A QUESTÃO SACRIFICIAL

Sacrifício é um ato religioso que mediante a consagração/destruição de uma vítima modifica o estado da pessoa moral que o efetua ou de certos objetos pelos quais ela se interessa, destacando que por seu caráter, somente pode se efetuar num meio religioso e por intermédio de agentes essencialmente religiosos. O próprio local da cena deve ser sagrado: fora de um local santo a imolação não passa de um assassinato⁴⁸.

Embora o antropólogo Claude Lévi-Strauss afirme que “o sistema do sacrifício representa um discurso particular e desprovido de bom sentido, ainda que ele seja proferido

⁴⁵ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio cultural: proteção legal e constitucional*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 63.

⁴⁶ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 17.

⁴⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 45.

⁴⁸ MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. *Sobre o sacrifício*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005, p. 19, 26 e 32. Segundo os autores, no momento solene, é um crime que começa, uma espécie de sacrilégio, já que a vítima, além de representar o sacrificante, representa os deuses. Em alguns casos chega-se a pedir perdão antes do abate, tanto ao animal, quanto à espécie a qual ele pertencia, numa atitude de reconciliação com o espírito que poderia se vingar. (Ibidem, p. 37-39).

freqüentemente”⁴⁹, Marcel Mauss e Henri Hubert explicam que o sacrifício veio a ser considerado a condição mesma da existência divina, porque é ele que fornece a matéria imortal de que vivem os deuses – a vítima é o alimento dos deuses, já que é pelo semelhante que se alimenta o semelhante. Pelo sacrifício não apenas nascem alguns deuses, como todos conservam sua existência⁵⁰.

O *Ebó*, conforme simplificadora e unidimensional exposição de Reginaldo Prandi, é o sacrifício ritual⁵¹ através do qual os males que estão no cliente são desviados para alimentos, objetos e mesmo animais abatidos, os quais são despachados, isto é, levados para lugares determinados pelo jogo de búzios.

Segundo este sentido, e conforme a explicação de Reginaldo Prandi, não há, no *ebó*, nenhuma relação religiosa entre o cliente e o grupo de culto, podendo, por isso a prática ser perfeitamente denominada mágica, ou seja, uma intervenção no mundo através de símbolos e significados da religião, mas fora do contexto do culto, para fins particulares, sobretudo a cura⁵².

Reginaldo Prandi reforça esta noção ao dizer que:

Não se pode esquecer que a magia é sempre uma relação utilitária de troca. Um toma-lá-da-cá. Troca entre o homem e o deus ou o santo. Quando há intermediação do feiticeiro, do mago etc., esta relação de troca é também comercial; envolve pagamento. No candomblé, o jogo de búzios e o *ebó* são pagos.⁵³

Raul Lody, por sua vez, e de forma mais completa, informa que o termo *ebó* possui um significado para a ortodoxia e o processamento das liturgias afro-brasileiras e, ao mesmo tempo, com o mesmo significado, o termo *ebó* ganha amplitude popular e imediatista comum no povo do santo, como um oferecimento, geralmente em ruas, matas e em outros locais públicos⁵⁴.

Lody conceitua o *ebó* como procedimentos e comprometimentos rotineiros por parte dos envolvidos nas práticas religiosas afro-brasileiras e de catolicismo popular, e explica que o sacrifício de animais para a sua realização pode ter o sentido de pagamento. O autor

⁴⁹ LÉVI-STRAUSS, Claude. *O pensamento selvagem*. Tradução de Maria Celeste da Costa e Souza e Almir de Oliveira Aguiar. São Paulo: Ed. Nacional e Editora da USP, 1970, p. 262.

⁵⁰ MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. *Sobre o sacrifício*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005, p. 97-98.

⁵¹ Em verdade, é a consequência do sacrifício.

⁵² PRANDI, Reginaldo. *Os Candomblés de São Paulo: a velha magia na metrópole nova*. São Paulo: HUCITEC: EDUSP, 1991, p. 194.

⁵³ *Ibidem*, p. 196.

⁵⁴ LODY, Raul. *O povo do santo: religião, história e cultura dos orixás, voduns, inquices e caboclos*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. 105.

identifica duas modalidades, ou como diz, dois planos de pagamento: o pagamento obrigação e o pagamento devocional. “Na segunda modalidade de pagamento, formalmente não há compromisso, mas a própria devoção implica uma manutenção, realimentação preceitual [...] atuante e de alto significado diante do voto religioso”.⁵⁵

E acrescenta, firmando o caráter essencial do ato, no plano devocional, que “o pagamento é, sem dúvida, o momento sublime de agradecer ao santo e de reforçar a submissão diante da fé”.⁵⁶

Os sacrifícios são executados de acordo com um ritual especial para a ocasião e incluem a oferta de galinhas, galos, pombos, carneiros, cabras e bodes⁵⁷. Citam-se, ainda, como exemplos de animais propícios aos sacrifícios, pintos⁵⁸, galinhas-d’angola, caracóis e tartarugas⁵⁹, e em casos excepcionais, bois⁶⁰.

Informa Roger Bastide que esta parte do ritual religioso não é propriamente secreta, porém, não se realiza em geral senão diante de um número reduzido de pessoas, todas fazendo parte da seita. “Teme-se sem dúvida que a vista do sangue revigore entre os não-iniciados os esteriótipos correntes sobre ‘barbárie’ ou o ‘caráter supersticioso’ da religião africana”.⁶¹ Este temor parece justificado ante a descrição que faz Pierre Verger sobre uma cerimônia de iniciação na religião, na parte dedicada à utilização do animal após o sacrifício⁶².

O preconceito quanto ao sacrifício é, também, registrado por Fábio Batista Lima que a respeito diz:

O ritual de sacrifício dos animais votivos aos Orixás é chamado de

⁵⁵ Ibidem, p. 78 e 80.

⁵⁶ Ibidem, p. 82.

⁵⁷ PIERSON, Donald. *O Candomblé da Baía*. Curitiba, São Paulo, Rio de Janeiro: Guairá, 1942, p. 22.

⁵⁸ PRANDI, Reginaldo. *Os Candomblés de São Paulo: a velha magia na metrópole nova*. São Paulo: HUCITEC: EDUSP, 1991, p. 194.

⁵⁹ VERGER, Pierre Fatumbi. *Orixás deuses iorubas na África e do novo Mundo*. Tradução de Maria Aparecida da Nóbrega. 6. ed. Salvador: Corrupio, 2002, p. 39-40 e 72.

⁶⁰ LIMA, Fábio Batista. *Os candomblés da Bahia: tradições e novas tradições*. Salvador: Universidade do Estado da Bahia/ARCADIA, 2005, p. 150.

⁶¹ Destaques no original. (BASTIDE, Roger. *O candomblé da Bahia (rito Nagô)*. Tradução de Maria Isaura Pereira de Queiroz. 2. ed. São Paulo: Ed. Nacional; Brasília: INL, 1978, p. 18).

⁶² “Os corpos dos animais decapitados são apresentados ao noviço, que chupa um pouco do sangue; pode acontecer que ele aperte em seus dentes o pescoço do galo com tal força, que arranque um pedaço e mastigue, lentamente, por alguns momentos. Marca-se a cabeça do noviço, bem como o peito, as costas, os ombros, as mãos e os pés com o sangue dos animais sacrificados. O ponto culminante da cerimônia de batismo de sangue é aquele em que um carneiro é sacrificado. [...] O carneiro é, então, degolado e o seu sangue é aparado em uma cabaça e derramada uma parte no ojúbó e outra na cabeça do noviço, escorrendo por todo o corpo. Em seguida, com as penas das aves sacrificadas, cobrem-se-lhe a cabeça, o rosto e os diversos pontos de seu corpo, que foram marcados com sangue. [...] A cabeça do animal é separada do corpo...O elégùn pega a cabeça do carneiro com as duas mãos, aproxima-a de seu rosto e aperta, entre os dentes, uma das artérias carótidas, para entregar-se, em seguida, a uma dança alucinante ao som das palmas e dos cantos dos presentes. A cabeça do carneiro, estreitamente ligada à do elégùn, balança ao ritmo da dança e parece, às vezes, mais viva que o rosto estupefato do noviço. Uma espécie de comunhão parece estabelecer-se entre eles, símbolo vivo do sacrifício de substituição que acaba de ser consumado.” (VERGER, op.cit., p. 40).

“matança”. Aos olhos dos indivíduos exteriores às experiências religiosas afro-brasileiras, fora da cena ritual, a “matança” é vista como um ato “bárbaro” ou violência ecológica.

Essa visão deletéria com relação às práticas afro-brasileiras se dá em virtude da não aceitação do sistema cultural do “Outro”. Os rituais das religiões afro-brasileiras são vistos como um ato de desordem, particularmente os rituais que envolvem o sacrifício de animais. O cristianismo, religião dominante no cenário brasileiro, estabeleceu para as experiências religiosas concorrentes conceitos moralizantes e estigmatizantes.⁶³ (destaques no original)

O *axogum* ou *achôgun*, uma pessoa especializada no sacrifício e que tem essa função na hierarquia sacerdotal, é quem o realiza ou, na sua falta, o *babalorixá*, sacerdote supremo. O objeto do sacrifício muda conforme o deus ao qual é oferecido: pode ser um “animal de duas patas”, ou um “animal de quatro patas”, sendo que o sexo⁶⁴ do animal sacrificado deve ser o mesmo da divindade que recebe o sangue derramado⁶⁵.

O sangue do animal sacrificado é utilizado ora para tanger a cabeça do novinho, iniciando a definitiva aliança de sujeições, compromissos e comportamentos ditados pelos princípios da nação de *candomblé*⁶⁶, ora para lavar, junto com suco de ervas especiais, as contas cujos fios constituem suas primeiras insígnias⁶⁷, ou ainda para banhar/limpar os elementos que constituem os assentos⁶⁸. Registra-se, ainda, o uso quando os praticantes sentem necessidade de purificação⁶⁹, e como conteúdo de banhos, que, junto com ervas maceradas, também apóiam os primeiros passos da iniciação⁷⁰.

Ademais, todo o ano, durante os ciclos festivos, tem lugar o sacrifício, como oferenda ou presente de agradecimento ou tributo aos Orixás⁷¹. Os instrumentos musicais, que foram

⁶³ LIMA, Fábio Batista. *Os candomblés da Bahia: tradições e novas tradições*. Salvador: Universidade do Estado da Bahia/ARCADIA, 2005, p. 148.

⁶⁴ Conforme os efeitos a produzir, e conforme regra geral observada por Marcel Mauss e Henri Hubert, podem variar a cor, a idade ou o sexo do animal. (MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. *Sobre o sacrifício*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005, p. 7 e 20-24).

⁶⁵ Na realidade não se trata de um único sacrifício, mas de dois; pois qualquer que seja o deus adorado, Exu deve ser o primeiro servido. Há, pois, o primeiro sacrifício de um “animal de duas patas” para Exu, e em segundo lugar, quando o permitem as finanças da casa, de um “animal de quatro patas”, para a divindade cuja festa se está celebrando. (BASTIDE, Roger. *O candomblé da Bahia (rito Nagô)*. Tradução de Maria Isaura Pereira de Queiroz. 2. ed. São Paulo: Ed. Nacional; Brasília: INL, 1978, p. 18).

⁶⁶ LODY, Raul. *Candomblé: religião e resistência*. São Paulo: Ática, 1987, p. 28.

⁶⁷ *Ibidem*, loc. cit.

⁶⁸ Os assentos ou altares são complexos materiais sacralizados relativamente fixos (enterrados muitas vezes) e de propriedade familiar ou coletiva: concebidos como habitat ou residência de divindades nomeadas e bem definidas, que comportam normalmente a iniciação de devotos. (PARÉS, Luis Nicolau. *A formação do candomblé: história e ritual da nação jeje na Bahia*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2006, p. 116).

⁶⁹ CARNEIRO, Edison. *Candomblés da Baía*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 112.

⁷⁰ LODY, op.cit., p. 29.

⁷¹ LIMA, op.cit., p. 147 e 149.

batizados devem ter sua força (axé) mantida, por meio de oferendas e sacrifícios⁷². Aponta-se, ainda, que o único meio de manter a dinâmica e a harmonia entre os diversos componentes do sistema é a restituição e redistribuição de *àse* (axé) através da oferenda e do sacrifício⁷³.

Entre praticantes e não praticantes o sacrifício é utilizado como forma de obtenção de cura⁷⁴. Edison Carneiro diz que os praticantes, quando se sentem necessitados de purificação, fazem *bôrí* (dão de-comer à cabeça) ou lavam as suas contas. Estas cerimônias implicam idéias de pecado, por ação ou omissão – o desleixo no culto dos deuses. O *bôrí* se realiza no interior do candomblé e tem por objetivo aplacar as iras do orixá, considerado dono da cabeça do devoto, livrar a pessoa de preocupações e dar-lhe saúde⁷⁵. Para os noviços, a operação consiste, ao mesmo tempo, num sacrifício de substituição e de purificação das faltas que tivessem podido manchar o seu passado⁷⁶.

Algumas destas funções já eram apontadas por Marcel Mauss e Henri Hubert, ao falar do sacrifício-dádiva, do sacrifício-alimento e do sacrifício-contrato, embora tenham se recusado a efetuar classificações, permitindo-se apenas dizer que as ocasiões de sacrificar e os efeitos desejados são diversos, tendo em vista diferentes fins. De todo modo, todas as formas têm o mesmo núcleo, permitindo extrair uma unidade: a vítima sacrificial tem sempre um papel sagrado e liga o mundo sagrado ao mundo profano⁷⁷.

Ressalta Juana Elbein dos Santos que:

Devemos distinguir as oferendas, por assim dizer, “normais” – os *òsè* ou oferendas semanais e os *ebo odún* ou oferendas anuais (individuais e sociais) destinadas aos diversos *òrisà* – ordenadas segundo o calendário litúrgico e cuja finalidade consiste em manter e mobilizar o *egbé* e o sistema como totalidade, das oferendas de “crises” cuja finalidade é pedir ou restabelecer relações harmoniosas entre os seres do *àiyé* e do *òrun*, em situações de necessidade ou calamidade, individual e/ou social ou provenientes da natureza.⁷⁸

⁷² VERGER, Pierre Fatumbi. *Orixás deuses iorubas na África e do novo Mundo*. Tradução de Maria Aparecida da Nóbrega. 6. ed. Salvador: Corrupio, 2002, p. 72. Conforme o estudo de Marcel Mauss e Henri Hubert, a respeito das funções gerais do sacrifício, se à vítima era passada alguma característica do sacrificante, dando-lhe o poder de representação, “agora é a vítima, ou o que resta dela, que irá passar ao sacrificante as novas qualidades que adquiriu pelo sacrifício”. (MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. *Sobre o sacrifício*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005, p. 45).

⁷³ SANTOS, Juana Elbein dos. *Os nagôs e a morte: Pàde, Àsèse e o culto Égun na Bahia*. Petrópolis: Vozes, 1984, p. 222.

⁷⁴ PRANDI, Reginaldo. *Os Candomblés de São Paulo: a velha magia na metrópole nova*. São Paulo: HUCITEC: EDUSP, 1991, p. 195.

⁷⁵ CARNEIRO, Edison. *Candomblés da Baía*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 112.

⁷⁶ VERGER, op.cit., p. 39. Já agora, o caráter de transmissão se dá do sacrificante à vítima, que é evitada. A impureza religiosa é passada à vítima e com ela eliminada, num processo de expiação. (MAUSS; HUBERT, op.cit., p. 60).

⁷⁷ *Ibidem*, p. 7, 20-24, 58, 60 e 103.

⁷⁸ SANTOS, op.cit., p. 224.

São nestas ocasiões que os indivíduos envolvidos no contexto ritual absorvem *axé*, seja através de banhos, seja pela ingestão de alimentos.

O modo de matar varia igualmente segundo os casos e de forma específica: corta-se a cabeça, esquartejam-se os membros, sangra-se a carótida ou dá-se um golpe na nuca. Varia também o instrumento de execução, que algumas vezes deve ser uma “faca virgem”⁷⁹ ou uma faca ritual⁸⁰.

Após o sacrifício, em geral, partes dos animais são separadas e levadas para a cozinha ritual⁸¹. Cada animal é esquartejado e cozinhado de forma diferente segundo a divindade para a qual foi oferecido. Partes como a cabeça, coração, pulmões, moela, patas, cauda, asas ou testículos, considerados carregados de *axé* e associados a certas propriedades, recebem tratamento especial⁸², por pertencerem de direito, assim como o sangue, aos deuses⁸³. Mas o resto do animal não é atirado fora; cozido e depois de separadas as partes oferecidas às divindades, são distribuídos, nas cerimônias entre os assistentes e os integrantes da religião⁸⁴.

Essa comunhão alimentar, acompanhada de pedidos pessoais à divindade, gera um momento de comunidade e constitui a verdadeira essência do ritual⁸⁵, consistindo em algo mais do que o que diz Claude Lévi-Strauss, ao afirmar ser o sacrifício um meio de estabelecer uma conexão desejada entre dois domínios, cuja finalidade é obter que uma divindade longínqua satisfaça os votos humanos⁸⁶.

A religião é concebida como aquele conjunto de práticas que estabelecem uma interação entre “este mundo” (dos humanos) e o “outro mundo” invisível, habitado (geralmente) por uma série de “entidades espirituais” responsáveis pela sustentabilidade da vida. O ritual, por sua vez, é definido como o meio estruturado e comportamental que

⁷⁹ BASTIDE, Roger. *O candomblé da Bahia (rito Nagô)*. Tradução de Maria Isaura Pereira de Queiroz. 2. ed. São Paulo: Ed. Nacional; Brasília: INL, 1978, p. 18.

⁸⁰ SANTOS, Juana Elbein dos. *Os nagôs e a morte: Pàde, Àsèse e o culto Égun na Bahia*. Petrópolis: Vozes, 1984, p. 228.

⁸¹ Registra Luis Nicolau Parés que no Seja Hundé, nas oferendas a Ogum Xoroque e a Exu Tiriri deixa-se a carne do animal perto do assento. (PARÉS, Luis Nicolau. *A formação do candomblé: história e ritual da nação jeje na Bahia*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2006, p. 339).

⁸² *Ibidem*, p. 346.

⁸³ BASTIDE, *op.cit.*, p. 19.

⁸⁴ *Ibidem*, loc.cit.

⁸⁵ PARÉS, *op.cit.*, p. 355.

⁸⁶ LÉVI-STRAUSS, Claude. *O pensamento selvagem*. Tradução de Maria Celeste da Costa e Souza e Almir de Oliveira Aguiar. São Paulo: Ed. Nacional e Editora da USP, 1970, p. 259-260. Significativa é a seguinte passagem, encontrada à p. 259: “O esquema do sacrifício consiste numa operação irreversível (a destruição da vítima), a fim de desencadear, num outro plano, uma operação igualmente irreversível (a outorga da graça divina), cuja necessidade resulta da entrada em comunicação prévia de dois ‘recipientes’ que não estão no mesmo nível.”

viabiliza essa interação⁸⁷.

Fábio Batista Lima ressalta a dimensão que afasta o entendimento do sacrifício de uma forma de racionalidade econômica, pois além de ser um procedimento de comunhão, é também, um ato de renúncia. “Uma oferenda implica uma certa inferioridade da parte da pessoa que faz a oferenda e uma clara superioridade da parte de quem recebe”^{88, 89}.

Segundo Luis Nicolau Parés,

O sacrifício animal, na sua dimensão simbólica de transferência e regeneração do axé das divindades (e por extensão da congregação religiosa), é o ato mais importante do “complexo assento-ebó”, e provavelmente, da religião como um todo.⁹⁰ (destaques no original)

O *ebó*, ou oferenda, decorrente muitas vezes do sacrifício de animais⁹¹, como visto, acompanha todo o processo construtivo dos terreiros⁹², marcando ritos de passagem e o cotidiano social dos membros e adeptos – iniciados, simpatizantes e público eventual⁹³.

O ritual da “matança” se propõe a ser o momento que reforça a estrutura religiosa, estabelecendo um elo com a ancestralidade mítica⁹⁴, e possibilitando a integração e a comunicação do *àyé* (mundo visível) com o *orum* (mundo intangível), sendo de extrema importância no sistema cultural⁹⁵.

⁸⁷ PARÉS, Luis Nicolau. *A formação do candomblé: história e ritual da nação jeje na Bahia*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2006, p. 104.

⁸⁸ LIMA, Fábio Batista. *Os candomblés da Bahia: tradições e novas tradições*. Salvador: Universidade do Estado da Bahia/ARCADIA, 2005, p. 149.

⁸⁹ O sagrado, segundo Angela Ales Bello, é a resposta ao ser humano que busca o poder, pelo fato de ter consciência de não possuí-lo, o que traz também uma esperança de salvação tanto na dimensão existencial, na medida em que nos dá a força para sobreviver, já que se vê demasiado frágil para manter a existência sozinho, como também numa outra dimensão, após a morte. Do ponto de vista filosófico, por outro lado, é o reconhecimento teórico da existência de um Absoluto que justifica tudo e sem o qual a própria realidade deixaria de ter qualquer sentido. (BELLO, Angela Ales. *Culturas e religiões: uma leitura fenomenológica*. Tradução de Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 1998, p. 165, 166 e 167).

⁹⁰ PARÉS, op.cit., p. 345.

⁹¹ Constituído de partes sacralizadas dos animais sacrificados, inclusive os ossos depois de consumidas as carnes pelos participantes da cerimônia.

⁹² PARÉS, op.cit., p. 116.

⁹³ LODY, Raul. *Dicionário de arte sacra e técnicas afro-brasileiras*. Rio de Janeiro: Pallas, 2003, p. 290. Exemplifica o autor com os diversos tipos de *ebós*, conforme enumeração de Edson Nunes da Silva, que destaca os sacrifícios: para os primeiros frutos; para a paz; propiciatório; pelo pecado; às ondas; pelo dízimo; de elevação; de libação; de agradecimento; de livre-arbítrio; queimado; de oferenda do eu interior; de redenção; familiar; de rua aberta; para limpeza da cidade. (Ibidem, p. 290).

⁹⁴ Essa ligação com as raízes do próprio ser e com as gerações passadas, no que diz respeito às tradições de culturas africanas, é enfatizada por Angela Ales Bello. (BELLO, op.cit., p. 151).

⁹⁵ LIMA, op.cit., p. 149. Também Marco Aurélio Luz traz a idéia de mediação entre os mundos, cuja relação dinâmica das forças é simbolizada pelos *ebós*. (*Agadá: dinâmica da civilização africano-brasileira*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2000, p. 457). Ver ainda M. Mauss e H. Hubert. “Não há oferenda em que o objeto consagrado não se interponha igualmente entre o deus e o ofecedor” ou “A vítima é o intermediário pelo qual a corrente se estabelece. Graças a ela, todos os seres que participam do sacrifício se unem, todas as forças que nele intervêm se confundem”. (MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. *Sobre o sacrifício*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005, p. 17 e 50). Explica-se a necessidade do intermediário pela natureza das forças religiosas que, quando atingem certa intensidade, tornam perigoso o contato com o profano. (Ibidem, p. 104).

Evidencia Marco Aurélio Luz que o ritual realiza e dinamiza, sobretudo, a restituição e transmissão de *axé* que estão ligados à reposição da continuidade africana⁹⁶. No mesmo sentido assinala Luis Nicolau Parés ao dizer que com as oferendas propiciatórias, consideradas as obrigações mais importantes, visa-se regenerar o *axé* das divindades e em decorrência regenerar o *axé* da congregação religiosa, configurando um princípio de troca: dar para receber⁹⁷.

Deve-se entender, não obstante, este dar para receber como uma forma de funcionamento própria e interna do sistema religioso; que diz respeito às relações, primordialmente, entre os adeptos e o culto.

No candomblé, os filhos-de-santo doam-se, constantemente, aos *Orixás*, pois estes possibilitariam a moldagem e o direcionamento do mundo. Todo o ano durante os ciclos festivos tem lugar o sacrifício, até porque a própria festa com cânticos e danças é um ato sacrificial.⁹⁸

Esta dinâmica se contrapõe à visão, que não focaliza o essencial, de Reginaldo Prandi para quem

Numa sociedade metropolitana competitiva e utilitarista, e em função das demandas privadas que esta sociedade exacerba, a religião tribal se reconstitui, deixando de lado suas concepções originais de uma religião que era a última referência cultural para uma população socialmente desestruturada (os negros escravizados e seus descendentes na sociedade do branco), para vir a ser uma religião ritual, que é também magia, para a metrópole.⁹⁹

Expressão da idéia de vinculação entre a religião e a coesão social¹⁰⁰ é encontrada nas palavras de Marco Aurélio Luz, quando diz que “a força imaginal de característica imaterial tem na forma religiosa a essência da necessidade ou da razão da vida ou dos vínculos sociais.

⁹⁶ LUZ, Marco Aurélio. *Cultura negra em tempos pós-modernos*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2002, p. 62 e 64.

⁹⁷ PARÉS, Luis Nicolau. *A formação do candomblé: história e ritual da nação jeje na Bahia*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2006, p. 332. Também acentua o sentido de reciprocidade e de construção da identidade e estruturador da religião Fábio Batista Lima. (LIMA, Fábio Batista. *Os candomblés da Bahia: tradições e novas tradições*. Salvador: Universidade do Estado da Bahia/ARCADIA, 2005, p. 149). Outro sentido, em acréscimo, atribui Marco Aurélio Luz, ao dizer que o ebô reforça também as alianças e os pactos litúrgicos que envolvem o egbé, assim como atualiza o poder referente às hierarquias comunitárias. (LUZ, *Agadá: dinâmica da civilização africano-brasileira*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2000, p. 424).

⁹⁸ LIMA, op.cit., p. 147.

⁹⁹ PRANDI, Reginaldo. *Os Candomblés de São Paulo: a velha magia na metrópole nova*. São Paulo: HUCITEC: EDUSP, 1991, p. 196-197.

¹⁰⁰ “O ato de abnegação implicado em todo sacrifício, ao freqüentemente lembrar às consciências particulares a presença das forças coletivas, alimenta precisamente a existência ideal destas. [...] Por outro lado, os indivíduos encontram nesse mesmo ato uma vantagem. Eles conferem a si mesmos e às coisas que mais lhes interessam a força social inteira. Revestem de uma autoridade social seus votos, seus juramentos, seus casamentos”. (MAUSS; Marcel; HUBERT, Henri. *Sobre o sacrifício*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005, p. 108).

Convém sempre lembrar a raiz da palavra religião que vem de *re-ligare*”.¹⁰¹

Angela Ales Bello destaca “a centralidade do momento religioso para qualquer expressão cultural”¹⁰², e embora não tenha estudado especificamente as religiões de origem africana, assinala nesta a extraordinária centralidade daquele momento, visto que “[...] cada setor da vida de cada indivíduo, da sociedade e da natureza está inserido numa visão sacral, que dá sentido à realidade”¹⁰³, reconhecendo o valor fundamental do fenômeno religioso para o ser humano¹⁰⁴.

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

A função social primária que o candomblé parece ter é a de reforçar, por meio de experiências coletivas de rituais e cerimônias aquelas atitudes e sentimentos que distinguem os africanos e seus descendentes da população européia e da maior parte dos mestiços. Promovendo um (sic) certa solidariedade e consciência (sic) de grupo, tende a tornar mais lento o processo de aculturação. Ao mesmo tempo as experiências do culto tendem a satisfazer as necessidades humanas básicas de “correspondência” e de “consideração”.¹⁰⁵ (destaques no original)

O legado dos princípios e valores africanos que permitiu uma continuidade transatlântica, como declara Marco Aurélio Luz, está consubstanciado nas instituições religiosas. Dessas instituições se irradiam os processos culturais múltiplos que destacam uma identidade nacional¹⁰⁶.

De forma sintética, concentra o *egbé* – terreiro – o saber e poder religioso nascido a cada rito, que caracterizam como linguagem, visão de mundo, elaborações científicas e filosóficas, a identidade negra nacional¹⁰⁷. Esses princípios caracterizam a afirmação existencial do homem negro e constituem a sua identidade própria¹⁰⁸.

Além de essencial à identidade e ao sentido de comunidade, pode ser apontada uma

¹⁰¹ LUZ, Marco Aurélio. *Cultura negra em tempos pós-modernos*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2002, p. 49. Ver também na mesma obra p. 75. Idéia similar encontra-se, do mesmo autor em *Agadá: dinâmica da civilização africano-brasileira*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2000, p. 32. Interessante notar o que diz Carlos Hasenbalg, a respeito dos escravos negros americanos: “[...] pode ser dito que os escravos americanos se apropriaram da chance de desenvolver uma cultura e uma religião próprias que, por sua vez, foram usadas como armas de sobrevivência e resistência à opressão. Embora o paternalismo inibisse a identidade coletiva e a solidariedade política dos escravos, o escravismo foi um período de construção de cultura”. (*Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Traduzido por Patrick Burglin. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005, p. 56-57).

¹⁰² BELLO, Angela Ales. *Culturas e religiões: uma leitura fenomenológica*. Tradução de Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 1998, p. 147.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 163.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 148 e 161.

¹⁰⁵ PIERSON, Donald. *O Candomblé da Baía*. Curitiba, São Paulo, Rio de Janeiro: Guairá, 1942, p. 45.

¹⁰⁶ LUZ, Marco Aurélio. *Agadá: dinâmica da civilização africano-brasileira*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2000, p. 32.

¹⁰⁷ *Idem*, *Cultura negra em tempos pós-modernos*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2002, p. 61.

¹⁰⁸ *Idem*, *Agadá: dinâmica da civilização africano-brasileira*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2000, p. 31.

outra função imprescindível ligada ao terreiro e ao conjunto *assento-ebó*. *Axé* é um conceito que exprime a idéia de forças circulantes capazes de engendrar a criação e a expansão da vida, ou a garantia da existência, no sentido mais complexo e profundo que a palavra possa ser empregada no contexto simbólico negro-africano que exprime a dinâmica do universo caracterizada pela relação de tensão entre esse mundo e o além. Ele implica a idéia de restituição que se concretiza através do conceito de *ebó*. Por sua vez, o conceito de *ebó* também implica numa concepção de ciclo vital, que caracteriza o ritmo do universo por sucessivos processos de renascimentos. O *ebó* é um meio de se retardar o momento culminante de restituição que se concretiza com a morte. Deve-se ter presente que qualquer que seja a combinação na oferenda, sempre uma parte dela está substituindo a vida de seres humanos. A oferenda-substituto evita a morte prematura, permite ao indivíduo realizar plenamente seu ciclo de vida, chegar à velhice e assegurar sua imortalidade¹⁰⁹. “É a ‘não morte’ da alma que o sacrifício assegura. Ele é uma garantia contra o aniquilamento tanto na outra vida quanto nesta”.¹¹⁰

Nada é pior para o nagô que um destino interrompido pela morte. “Todavia, se a pessoa cumpriu inteiramente o seu destino, sua morte é motivo de júbilo”.¹¹¹ A expansão da humanidade, a garantia de existência, o equilíbrio da vida social e natural dependem da prática litúrgica¹¹².

Juana Elbein explica que através da oferenda-substituto uma comunicação se estabelece entre o *àiyé* e o *òrun*, ou entre as porções de matéria individualizada (os seres do *àiyé*) e as matérias-massa. A oferenda devolve não só seres humanos, “mas também tudo aquilo que existe como matéria individualizada: o que caminha, o que anda de rastos, o que voa, o que nada, o que é selvagem e o que é doméstico nos três reinos”¹¹³. Como informam Marcel Mauss e Henri Hubert, com a aniquilação da vítima do sacrifício, esta se separa definitivamente do mundo profano¹¹⁴.

O *ebó* processa e elabora a desintegração dos seres individuais concretos, característica da passagem entre os mundos¹¹⁵. Toda restituição traz consigo uma destruição

¹⁰⁹ SANTOS, Juana Elbein dos. *Os nagôs e a morte: Pàde, Àsèse e o culto Égun na Bahia*. Petrópolis: Vozes, 1984, p. 222-223.

¹¹⁰ MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. *Sobre o sacrifício*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005, p. 70.

¹¹¹ LUZ, Marco Aurélio. *Agadá: dinâmica da civilização africano-brasileira*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2000, p. 32-33. Ver ainda p. 424, 426, 431.

¹¹² Ibidem, p. 421.

¹¹³ SANTOS, op.cit., p. 223.

¹¹⁴ MAUSS, HUBERT, op.cit., p. 41.

¹¹⁵ LUZ, op.cit., p. 459.

ou desintegração de matéria individualizada. Mas a importância fundamental dessa desintegração é a transformação de uma vida dotada de destino independente em seus elementos ou princípios coletivos. Daí a importância que o sacrifício assume na iniciação na religião “durante a qual a noviça é despojada de toda sua individualidade a fim de se integrar na sua massa de origem, para renascer como uma porção-descendente dela”¹¹⁶.

Analisando outras culturas que utilizavam ritos sacrificiais, Marcel Mauss e Henri Hubert perceberam igual característica, ao afirmar que “é certo que o sacrifício sempre implica uma consagração: em todo sacrifício um objeto passa do domínio comum ao domínio religioso – ele é consagrado”¹¹⁷.

Afirmam, ainda, que:

No sacrifício, ao contrário, a consagração irradia-se para além da coisa consagrada, atingindo, entre outras coisas, a pessoa moral que se encarrega da cerimônia. O fiel que forneceu a vítima, objeto da consagração, não é no final da operação o que era no começo. Ele adquiriu um caráter religioso que não possuía, ou se desembaraçou de um caráter desfavorável que o afligia; elevou-se a um estado de graça ou saiu de um estado de pecado. Em ambos os casos ele é religiosamente transformado.¹¹⁸

É dever do sacerdote atender aos que o procuram, conforme as regras institucionais da tradição que socializam as formas de transmissão, introjeção, promoção e restituição de *axé*. Nos terreiros nagô a norma é o fortalecimento dos seus membros, para que cada um, individualmente, e a comunidade, como um todo, cumpram a plenitude de seus destinos¹¹⁹.

Embora refira Luis Nicolau Parés que o Candomblé não é uma religião submetida a uma hierarquia institucional que imponha dogmas a serem seguidos por todos, e apesar de tudo ser feito de acordo com a tradição, que permite e até exige uma constante adaptação às circunstâncias de cada momento, esta flexibilidade e ecletismo parecem apenas significar mudanças progressivas que constituem uma variedade de práticas rituais e de divindades que diferenciam uma congregação da outra¹²⁰, não afetando a permanência do ritual sacrificial¹²¹. As diferenças aparecem nos cantos, nos alimentos e animais oferecidos e no seu preparo,

¹¹⁶ SANTOS, Juana Elbein dos. *Os nagôs e a morte: Pãde, Àsèse e o culto Égun na Bahia*. Petrópolis: Vozes, 1984, p. 226.

¹¹⁷ MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. *Sobre o sacrifício*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005, p. 15.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 15-16.

¹¹⁹ LUZ, Marco Aurélio. *Agadá: dinâmica da civilização africano-brasileira*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2000, p. 422-423.

¹²⁰ PARÉS, Luis Nicolau. *A formação do candomblé: história e ritual da nação jeje na Bahia*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2006, p. 314.

¹²¹ Segundo Marco Aurélio Luz, o legado africano se expandiu de tal forma que hoje vivemos da mesma maneira os princípios e valores desta tradição civilizatória, apesar de algumas transformações que, todavia, não alteram em sua totalidade a dinâmica constituinte de um mesmo *continuum*. (LUZ, op.cit., p. 31).

assim como no tipo de corte no abate e cor dos animais sacrificiais¹²². Daí porque não é possível falar em substituição dos sacrifícios por outras formas de oferenda, sem grave ofensa ao sistema religioso e a tudo o que ele significa.

¹²² PARÉS Luis Nicolau. *A formação do candomblé: história e ritual da nação jeje na Bahia*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2006, p. 340 e 345.

4 MEIO AMBIENTE E A PROTEÇÃO DA FAUNA

4.1 A ÉTICA EM RELAÇÃO AOS RECURSOS AMBIENTAIS

As formas de relacionamento da espécie humana com o mundo natural, informam Édis Milaré e José de Ávila Aguiar Coimbra, são ditadas pelas diferentes cosmovisões ou modos de enxergar o mundo que nos cerca¹.

Em sentido similar acentua Aristides Arthur Soffiati Neto:

Mais que ciclos históricos sucessivos, antropocentrismo, biocentrismo e ecocentrismo indicam atitudes humanas diante da natureza não-humana que podem ser adotadas consciente ou inconscientemente por sociedades diversas.²

O antropocentrismo, aparecido na língua francesa em 1907, vem a ser o pensamento ou a organização que faz do homem o centro de determinado universo, em torno do qual gravitam os demais seres, em papel meramente subalterno e condicionado. Esta concepção faz do homem a referência máxima e absoluta de valores, com o que se põe em relação aos outros seres em total superioridade³.

A visão antropocêntrica do meio ambiente foi favorecida pelo desenvolvimento de um pensamento filosófico baseado numa dualidade ontológica entre os animais humanos e não-humanos. Hesíodo foi o responsável pela separação entre a natureza racional e a irracional na ordem universal. Para Aristóteles, os seres vivos encontravam-se dispostos numa ordem hierárquica, em que cada um possuía determinada utilidade, devendo servir àqueles que se encontram acima deles na pirâmide; no topo da escala encontrava-se o ser dotado de razão⁴.

Como pontuam Laerte Fernando Levai e Vânia Rall Daró, o ser humano sempre utilizou animais, entre outros fins, para alimentação, vestuário, locomoção, diversão, e ainda para fazer pesquisas nas várias áreas do conhecimento, sempre tendo autorizado essa exploração a antiga idéia de que são seres inferiores e, portanto, podem servir aos nossos desígnios⁵.

¹ MILARÉ, Édis; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 09, n. 36, out./dez. 2004, p. 09-10.

² SOFFIATI NETO, Aristides Arthur. Ecossistemas Aquáticos: antropocentrismo, biocentrismo e ecocentrismo. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 10, n. 37, jan./mar. 2005, p. 204.

³ MILARÉ; COIMBRA, op.cit., p. 10.

⁴ BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 88.

⁵ LEVAI, Laerte Fernando; DARÓ, Vânia Rall. Experimentação animal: histórico, implicações éticas e caracterização como crime ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 9, n. 36, out./dez. 2004, p. 138.

A religião judaico-cristã é apontada como a responsável pela construção⁶ do sentimento de superioridade do homem sobre a natureza⁷ e pela autorização para a sua exploração sem limites⁸, ao afirmar que os animais eram seres inferiores na escala da criação, destituídos de alma e feitos para servir aos homens⁹.

Não obstante os ensinamentos bíblicos contenham passagens que situam o homem como mandatário de Deus e responsável pelas criaturas divinas, devendo agir com prudência no uso dos recursos naturais e apesar de diversos religiosos como São Francisco¹⁰, São Boaventura e São Crisóstomo pregarem o amor dos homens pelos animais como glória de Deus, é significativa e preponderante a mensagem de que estes não possuíam alma, razão ou inteligência¹¹.

O cristianismo trouxe ao mundo romano a idéia da singularidade da espécie humana, ao tempo em que insistia na importância da alma imortal do ser humano¹², excluindo, por conseguinte, os animais da esfera de sacralidade da vida e da compaixão. Santo Agostinho afirmava que a providência divina permitia o uso destes seres pelo homem, de acordo com a

⁶ Heron Santana diz que a Igreja herda as tradições filosóficas da Grécia e de Roma. (SANTANA, Heron. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, n. 1, v. 1, jan./dez. 2006, p. 51).

⁷ Isto define uma relação de centralidade do ser humano dentre as criaturas. “Comprovação dessa centralidade é a acusação levantada contra o cristianismo por parte de alguns setores da cultura contemporânea que têm a sua origem no pensamento de Heidegger. Tal concepção consiste em frisar que a natureza foi esquecida ou considerada totalmente secundária nesta perspectiva religiosa e por conseguinte na civilização ocidental. Na verdade, há argumentos que contradizem essa interpretação, que resulta bastante redutiva com relação à complexidade da experiência cristã. Não se pode, entretanto, subestimar o fato de que, na concepção cristã, central é o sujeito humano e de modo especial o momento da alma e da consciência”. (BELLO, Angela Ales. *Culturas e religiões: uma leitura fenomenológica*. Tradução de Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 1998, p. 127-128).

⁸ Conforme Aristides Arthur Soffiati Neto, “As grandes e bruscas transformações ecossistêmicas são comuns na história da Terra, mas sempre ocorreram por força de fenômenos astronômicos, geológicos e climáticos. Nenhuma espécie, atuando individual ou coletivamente, logrou efetuar grandes transformações ecossistêmicas, com exceção de uma: o *Homo sapiens sapiens*”. (destaques no original). (SOFFIATI NETO, Aristides Arthur. Ecossistemas Aquáticos: antropocentrismo, biocentrismo e ecocentrismo. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 10, n. 37, jan./mar. 2005, p. 203 e 208).

⁹ LEVAI, Laerte Fernando; DARÓ, Vânia Rall. Experimentação animal: histórico, implicações éticas e caracterização como crime ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 9, n. 36, out./dez. 2004, p. 138. A destituição de espírito dos animais é lembrada por Heron José de Santana como argumento ainda hoje utilizado por aqueles que os excluem da esfera da moralidade. O espírito era concebido pela filosofia clássica, como uma outra espécie de alma, relacionada ao pensamento, atributo exclusivamente humano, excluindo os animais da esfera da moralidade. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. (SANTANA, op.cit., p. 38).

¹⁰ Devendo-se anotar que Peter Singer o considera contraditório, além de pouco preciso ou racional, pois era movido por um sentimento de unidade com toda a natureza, atribuindo o mesmo valor a plantas, a animais, à lua, ao sol e outros. (SINGER, Peter. *Libertação animal*. Tradução de Marly Winckler; revisão técnica de Rita Paixão. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004, p. 224).

¹¹ BAHIA, Carolina Medeiros. Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna. Curitiba: Juruá, 2006, p. 83.

¹² SINGER, op.cit., p. 216.

ordem da natureza¹³. Tal concepção foi revigorada pela filosofia escolástica, cujo principal vulto, Tomás de Aquino, costumava dizer que “não tínhamos deveres para com essas criaturas”¹⁴ e como única razão contra a crueldade no seu trato apresentava o argumento de que a conduta poderia levar à crueldade contra humanos¹⁵.

Segundo Aristides Soffiati Neto, este sentimento de superioridade fecundou o judaísmo, o cristianismo, o humanismo, o mecanicismo, o iluminismo, o liberalismo, o socialismo e o evolucionismo, expandindo-se por todo o planeta, a partir do século XV, sendo imposto ou adotado por culturas não ocidentais¹⁶.

A marca de todo esse período é a relevância ética apenas no trato do homem com o homem. O humanismo ensinava que o ser humano era o centro do universo e a única criatura merecedora de atenção e de respeito¹⁷.

Na era moderna, Descartes vai levar a tradição aristotélica e estoicista às últimas conseqüências, de modo que os animais vão ser concebidos como máquinas, destituídos de alma e incapazes de qualquer emoção ou sofrimento¹⁸, contribuindo sobremaneira, até por iniciar a experimentação animal, para excluí-los da esfera das preocupações morais humanas¹⁹. O mecanicismo cartesiano nega-lhes qualquer espiritualidade, considerando-os simples máquinas autômatas, destinadas a servir de mera engrenagem dentro do processo de exploração econômica dos recursos naturais pela nascente sociedade industrial, como informa Heron José de Santana²⁰.

Quase um século depois, indignado com tais idéias equivocadas e preocupado com as conseqüências, o filósofo iluminista Voltaire escreveu célebre réplica à teoria de Descartes, argumentando quão contraditórias as atitudes de utilizar os animais para verificar as

¹³ SANTANA, Heron José de. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, n. 1, v. 1, jan./dez. 2006, p. 51.

¹⁴ LEVAI, Laerte Fernando; DARÓ, Vânia Rall. Experimentação animal: histórico, implicações éticas e caracterização como crime ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 9, n. 36, out./dez. 2004, p. 138.

¹⁵ SINGER, Peter. *Libertação animal*. Tradução de Marly Winckler; revisão técnica de Rita Paixão. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004, p. 222. Singer informa que apenas em 1988 a Igreja Católica Romana divulgou documento – a encíclica Solicitude Rei Socialis – em que apela para que o desenvolvimento humano inclua respeito pelos seres que fazem parte do mundo natural. (Ibidem, loc.cit.).

¹⁶ SOFFIATI NETO, Aristides Arthur. Ecossistemas Aquáticos: antropocentrismo, biocentrismo e ecocentrismo. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 10, n. 37, jan./mar. 2005, p. 204.

¹⁷ Ibidem, p. 209.

¹⁸ SANTANA, Heron José de. Abolicionismo Animal. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 9, n. 36, out./dez. 2004, p. 89. Francis Bacon, contemporâneo de Descartes, chega a afirmar que a natureza deve ser subjugada e torturada até manifestar todos os seus segredos, como apontam MILARÉ, Édís; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 09, n. 36, out./dez. 2004, p. 11.

¹⁹ LEVAI; DARÓ, op.cit., p. 139

²⁰ SANTANA, op.cit., p. 89.

semelhanças de seus órgãos com os dos humanos e, ao mesmo tempo, de negar a existência de sentimentos naqueles seres²¹.

A filosofia empírica do século XVIII foi, de forma geral, favorável aos animais²², como ensinam Laerte Fernando Levai e Vânia Rall Daró, destacando que o francês Étienne Bonnot de Condillac, em seu *Tratado dos animais*, atribuiu-lhes todas as faculdades humanas, e o inglês David Hume, na obra *Tratado da natureza humana* afirma que eles são dotados de pensamento e razão²³. Locke chega a afirmar que muitos animais têm a faculdade de apreender e reter idéias, mas nega que possuam a faculdade de abstração²⁴.

Ainda assim, como diz Aristides Soffiati Neto, travou-se “uma longa guerra da humanidade contra a natureza não-humana” e enquanto

o humanismo supervalorizou a posição do homem no universo, o mecanicismo coisificou e instrumentalizou a natureza não-humana, fornecendo as razões ideológicas para um conflito secular que foi desprezado ou não percebido pela humanidade ocidentalizada.²⁵

Kant, contrariamente ao sentimento de valorização que se desenvolvia no período Iluminista, entendia que os animais não eram auto-conscientes e existiam apenas como instrumento destinado ao fim do homem²⁶.

Por outro lado, Carl Linnaeus, em *Sistema Naturae*, obra de 1759, inclui o homem na família dos primatas e começa a desmistificar a soberania humana sobre as outras espécies²⁷. Mas a tradição mecanicista só vai ser abalada em 1871, com a publicação da obra *A origem do Homem*, na qual Charles Darwin refuta os fundamentos filosóficos que até então sustentavam a idéia de que apenas o homem tinha um intelecto e senso moral que legitimavam o seu domínio sobre todos os animais²⁸.

²¹ LEVAI, Laerte Fernando; DARÓ, Vânia Rall. Experimentação animal: histórico, implicações éticas e caracterização como crime ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 9, n. 36, out./dez. 2004, p. 139.

²² Devendo-se anotar que vários pensadores desde Pitágoras, em 590 a.C. que não aceitava a idéia de que a vida de uma planta ou de um animal fosse violada (LABARTHE, Norma. et al. *Uso de animais: os fins justificam os meios?* In: SCHRAMM, Fermin Roland et al (Org.). *Bioética: riscos e proteção*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; Editora Fiocruz, 2005, p. 241) e Celso, no século II d.C., até John Bradford que realizou contestação à doutrina escolástica, defendiam que os animais não foram feitos exclusivamente para o amparo do homem. (MILARÉ, Édis; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 09, n. 36, out./dez. 2004, p. 15).

²³ LEVAI; DARÓ, op.cit., p. 140.

²⁴ SANTANA, Heron José de. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, n. 1, v. 1, jan./dez. 2006, p. 53.

²⁵ SOFFIATI NETO, Aristides Arthur. Ecossistemas Aquáticos: antropocentrismo, biocentrismo e ecocentrismo. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 10, n. 37, jan./mar. 2005, p. 205.

²⁶ SANTANA, op.cit., p. 55.

²⁷ LABARTHE et al, op.cit., p. 242.

²⁸ SINGER, Peter. *Libertação animal*. Tradução de Marly Winckler; revisão técnica de Rita Paixão. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004, p. 232-233.

De outra parte, a diferença intelectual entre homem e animal passou a ser vista não como questão de gênero, mas de grau, e a linguagem passou a ser entendida como não exclusiva do homem²⁹. A idéia de superioridade humana sofreu o golpe decisivo com a descoberta da anatomia comparada que evidenciava a semelhança entre as estruturas dos corpos humanos e animal³⁰. Estudos recentes mostram que as diferenças genéticas entre as espécies, mesmo entre o *Homo sapiens* (homem) o *Homo troglodites* (chimpanzé) são menores do que se imaginava³¹.

No decorrer das últimas décadas desenha-se uma nova posição da sociedade humana em face do meio ambiente. As preocupações com a degradação ambiental tiveram início em meados da década de 60, coincidindo com a revolução ambiental norte-americana, assinalando a década de 70, a expansão desta preocupação por diversos países³².

Conforme Carolina Medeiros Bahia, os movimentos ecológicos nascem como herdeiros parciais da cultura socialista e da crítica marxista da ética utilitarista, apresentando valores e interesses universais³³. Aristides Arthur Soffiati Neto critica tal entendimento, discordando da visão um tanto romântica a respeito do socialismo, ao dizer que

A juízo de Immanuel Wallerstein, as revoluções de 1968 denunciaram que liberalismo, conservadorismo e socialismo eram variantes de uma mesma ideologia ou projeto político produzido pelo iluminismo, não sendo este senão o mecanicismo em sua versão sofisticada. Em outras palavras, conservadorismo, liberalismo e socialismo expressavam um naturalismo mecanicista, reducionista, determinista, dualista e utilitarista que tratava os ecossistemas como entidades inanimadas postas a serviço das antropossociedades e com capacidade inesgotável de fornecer matéria e energia na entrada, ao mesmo tempo em que era capaz de absorver ilimitadamente os rejeitos da civilização industrial em suas roupagens capitalista e socialista, na saída.³⁴

De qualquer forma, são os movimentos políticos da década de 60, que passam a reclamar a *deep ecology*. Os defensores da ecologia profunda discutiram a nossa relação com

²⁹ Mas Heidegger, em 1930, ainda insiste na diferença essencial entre o homem e o animal, ao dizer que este é privado de mundo, por lhe faltar uma linguagem. (SANTANA, Heron José de. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, n. 1, v. 1, jan./dez. 2006, p. 59).

³⁰ Peter Singer afirma que a experimentação animal, a despeito de cruel, serviu para revelar a grande semelhança entre a fisiologia dos seres humanos e dos animais. (SINGER, Peter. *Libertação animal*. Tradução de Marly Winckler; revisão técnica de Rita Paixão. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004, p. 228).

³¹ LABARTHE, Norma et al. Uso de animais: os fins justificam os meios? In: SCHRAMM, Fermin Roland. et al (Org.). *Bioética: riscos e proteção*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; Editora Fiocruz, 2005, p. 243.

³² Somente a partir da década de 60 é que começou a se esboçar uma crítica radical aos estilos de desenvolvimento nascidos da Revolução Industrial. (SOFFIATI NETO, Aristides Arthur. Ecossistemas Aquáticos: antropocentrismo, biocentrismo e ecocentrismo. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 10, n. 37, jan./mar. 2005, p. 205).

³³ BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 94.

³⁴ SOFFIATI NETO, op.cit., p. 205. Crítica presente também em ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 65.

o meio ambiente, questionando a certeza de conhecer as leis da natureza que forneceu segurança ao homem para dominar e modificar a natureza da forma que lhe aprouvesse, embasados em novas descobertas científicas, que apontam para a interdependência dos elementos que constituem o meio ambiente e para as evidências de que a vida funciona segundo o padrão de rede, sobrevivendo a biosfera mediante um equilíbrio de forças muito delicado³⁵.

O otimismo iluminista com o racionalismo, a ciência e a tecnologia [...] não goza mais da confiança generalizada que reivindicou para si tampouco merece mais o crédito de grandes setores sociais do Ocidente e do Oriente, esclarecidos e humildes. Ao contrário, a modernidade enfrenta uma crise crônica e aguda que parece assinalar a sua dissolução.³⁶

O sonho cartesiano de dominar e manipular a natureza cede diante do apelo à integração com ela. A *deep ecology* tenta, então, resgatar esta aliança entre o homem e o universo a partir da compreensão de que o mundo não é formado por partes justapostas, mas que se compõe de um todo integrado³⁷.

Inaugura-se um novo paradigma que tentando suplantar o antropocêntrico: o biocentrismo, que atribui lugar central no universo à vida. Reconhece-se o valor próprio de todos os seres não humanos, atribuindo-se dignidade para a natureza; adota-se uma visão monista, que não distingue o homem desta, mas compreende-o como seu elemento³⁸.

O biocentrismo surgiu com o foco voltado para a vida e para todos os aspectos a ela inerentes, sendo que o valor vida passou a ser um referencial para as intervenções do homem no mundo natural. Neste ínterim, a ampliação da consciência sobre a situação do planeta Terra impulsionou rapidamente a idéia de uma ética global ou planetária³⁹.

A outra cosmovisão, denominada Ecocentrismo, parte do princípio de que o mundo não existe somente para o homem. Esta postura coloca o ser humano como um elemento de

³⁵ BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 95.

³⁶ SOFFIATI NETO, Aristides Arthur. Ecosistemas Aquáticos: antropocentrismo, biocentrismo e ecocentrismo. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 10, n. 37, jan./mar. 2005, p. 206.

³⁷ Que atribui à vida de todas os seres valor idêntico ao que se atribui à vida humana. Tal posição é criticada por Peter Singer porque não se pode extrair do fato de todos os seres estarem inter-relacionados que todos tenham um valor em si, ou um valor em si igual ao de outro. (SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 297).

³⁸ BAHIA, op.cit., p. 96.

³⁹ MILARÉ, Édís; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 09, n. 36, out./dez. 2004, p. 16. Havia contribuído para a consolidação do sentimento humano de pleno domínio o pouco conhecimento que se tinha sobre a natureza e que apontava para a inesgotabilidade dos recursos ambientais, assim como o erro de qualificação dos bens que foram considerados como *res nullius* ou *res communis*. Bens que existiam em abundância ou que não podiam ser apropriados individualmente e por isso não apresentavam valor econômico, foram deixados à margem da proteção.

um sistema maior.

Levantam-se claras contradições entre a visão antropocêntrica e a visão ecocêntrica, esta baseada na consideração das íntimas conexões existentes no mundo natural, do qual o homem faz parte, e aquela reforçada pelo paradigma cartesiano-newtoniano.

Alinham-se considerações que apóiam a visão ecocêntrica, consistentes no crescente conhecimento acerca dos limites do ecossistema planetário e na consciência de que o mundo natural tem seu valor próprio, intrínseco e inalienável, vez que é muito anterior ao aparecimento do homem sobre a Terra, e por isso necessita de tutela, independentemente das avaliações e dos interesses humanos. Todos os seres que compõem o ecossistema planetário têm a sua dignidade própria devido ao papel que desempenham e à função que lhes cabe no equilíbrio ecológico. Os sistemas vivos partilham do respeito que se dá e se deve à vida, posto que o fenômeno vida é prerrogativa da Terra⁴⁰.

Segundo o prisma ecocêntrico, e na opinião de Édis Milaré e José de Ávila Coimbra, parece questionável submeter a Ecologia aos exclusivos interesses humanos; em verdade, são as leis da natureza referências obrigatórias para o homem, porque a espécie humana é parte do mundo natural e, de certo modo, caberia à antropologia subordinar-se à ecologia, cujo alcance estende-se ao ecossistema global⁴¹.

A assunção da concepção ecocêntrica forçaria os indivíduos e os governos a contrariarem seus próprios interesses, tirando-nos do conforto para passarmos a nos preocupar com a sobrevivência do planeta. À visão fragmentada do Cosmos, trazida pelo antropocentrismo, o ecocentrismo, através da abordagem proporcionada pela Ecologia Profunda, propõe uma cosmovisão que devolva a vivência de um mundo rico por si mesmo e não pela valoração pragmática que dele se faz⁴².

4.1.1 O novo paradigma no tratamento dos animais

Apesar do abalo nas estruturas da tradição antropocêntrica moderna promovida por Charles Darwin, ao provar que existe uma continuidade entre os homens e as demais espécies, como informa Heron Santana, estes últimos continuam excluídos da esfera de consideração jurídica ou moral, pela insistência na distinção dos animais a partir do lugar ocupado na hierarquia da evolução, afirmando que apenas o homem é provido de razão, habilidades

⁴⁰ Ibidem, p. 21.

⁴¹ Ibidem, p. 23.

⁴² Ibidem, p. 26 e 36.

lingüísticas, consciência de si, autonomia, autodeterminação, habilidade para escolher, capacidade de praticar ações e assumir obrigações morais⁴³.

A própria teoria da evolução tem sido usada para justificar a visão tradicional de que os homens são superiores aos animais não-humanos, justificando, pelo mecanismo da evolução-sobrevivência e pelo papel na cadeia evolucionária, o abate de animais para alimentação e outros propósitos.

Sobre a adoção do antropocentrismo, severas críticas são feitas ao tratamento dispensado à fauna, como se extrai do seguinte trecho:

Sejam como prisioneiros de guerra ou como escravos, o que no fundo significa a mesma coisa, os animais são utilizados para satisfazer os desejos dos vencedores, razão pela qual milhares deles são mortos diariamente, no tráfico, nas indústrias de alimentos ou de moda, em sacrifícios religiosos, manifestações culturais ou experiências científicas. Outros milhares são “domesticados” e utilizados como companhia ou guarda em residências, para diversão em zoológicos e circos ou na execução de trabalhos forçados.⁴⁴

Laerte Levai e Vânia Daró lembram que a obra *Introdução à medicina experimental*, de Claude Bernard (1813-1878) que lança as bases da moderna experimentação animal, reconhece que a viviseção⁴⁵ em animais não é a ideal, já que a prática, em humanos, produziria resultados mais concludentes e confiáveis, sendo, todavia, usada por razões de ordem moral e legal; os animais estão fora da esfera das preocupações morais humanas, sendo considerados seres eticamente neutros⁴⁶.

Para designar a discriminação de animais não-humanos, praticada pelos seres humanos, rebaixando o estatuto daqueles, por não terem nascido na espécie *homo sapiens* e por possuírem características diferentes em sua configuração biológica, ainda que passem por experiências similares às dos seres humanos, como a dor e o sofrimento, foi cunhado o termo especismo, empregado pela primeira vez em 1973, pelo psicólogo Richard D. Ryder, segundo Sônia T. Felipe⁴⁷.

Tal atitude, como visto, tem sua origem remota na moral aristotélica, na qual os seres posicionados nos degraus mais baixos na grande cadeia dos seres vivos existem para servir aos que se encontram nos degraus mais elevados, de modo que os animais existiam para servir

⁴³ SANTANA, Heron José de. Abolicionismo Animal. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 09, n. 36, out./dez. 2004, p. 90.

⁴⁴ Ibidem, p. 86.

⁴⁵ Operação feita em animal ou ser humano com o objetivo de realizar estudo ou experimentação.

⁴⁶ LEVAI, Laerte Fernando; DARÓ, Vânia Rall. Experimentação animal: histórico, implicações éticas e caracterização como crime ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 9, n. 36, out./dez. 2004, p. 140.

⁴⁷ FELIPE, Sônia T. Fundamentação ética dos direitos animais: o legado de Humphry Primatt. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, n. 1, v. 1, jan./dez. 2006, p. 210.

ao ser racional. Decorrente desta concepção apenas o homem, localizado no topo da escala, teria um status moral e jurídico especial, situando nas relações jurídicas os animais como coisas, particulares⁴⁸ ou públicas⁴⁹.

“Tomados nas linhas do direito clássico, a biodiversidade e o seu patrimônio genético eram considerados como *res nullius*”, como declara José Robson da Silva, servindo para instrumentalizar uma doutrina liberal e consolidar um projeto de sociedade em que os que dispunham de meios se apropriavam do ambiente, através da apreensão, pela caça ou pesca⁵⁰.

Levando em conta o disposto na Constituição de 1988, ao definir o meio ambiente como bem de uso comum do povo⁵¹ e essencial à qualidade de vida, o bem ambiental, ainda que inserido em uma propriedade particular, estaria submetido a limitações que asseguram a todos a sua fruição mediata.

Mas estas modificações na natureza jurídica dos animais, como adverte Heron Santana, pouco contribuíram para a garantia da integridade física e psíquica desses seres, pois se antes eles eram considerados coisas de ninguém agora são de todos, o que no fundo é a mesma coisa, concorrendo para a ineficácia social das leis ambientais de proteção à fauna o fato de que o objetivo central da sua proteção não é o animal em si mesmo, mas a sensibilidade do próprio homem⁵².

De outra forma, como ressalta José Robson da Silva, a consideração de que os animais são bens públicos não significa uma ruptura, um salto qualitativo, pois os animais continuam a ser considerados como bens, suscetíveis de serem utilizados⁵³.

Depois de descobertas científicas sepultarem a tese da singularidade humana, diversos autores passaram a reclamar uma igual consideração de interesses para os animais, quanto ao sofrimento ou o reconhecimento de direitos morais básicos para todos que configurem seres-de-uma-vida. Alinham-se dentre os autores Peter Singer e Tom Regan.

Peter Singer parte da matriz utilitarista de Jeremy Bentham para erigir a sua teoria em

⁴⁸ Os animais domésticos ou domesticados, segundo o regime trazido pelo Código Civil.

⁴⁹ A Lei de Proteção à Fauna Silvestre (Lei nº. 5.197, de 1967) modificou a natureza jurídica dos animais silvestres, que deixaram de ser considerados *res nullium* e passaram a ser propriedade do Estado.

⁵⁰ SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 68-69 e 72.

⁵¹ Que se não permite a consideração como bens públicos *stricto sensu*, os coloca como bens de interesse público, independente da sua dominialidade pública ou privada. (SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 61). José Robson da Silva os qualifica como bens de interesse difuso, apontando como paradoxal a concepção simultânea como bens de uso comum do povo e de dominialidade estatal. (SILVA, op. cit., p. 77).

⁵² SANTANA, Heron José de. Abolicionismo Animal. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 09, n. 36, out./dez. 2004, p. 97-98.

⁵³ SILVA, op.cit., p. 73.

defesa dos seres capazes de sentir dor e prazer⁵⁴. Para ele, o princípio fundamental da igualdade é o da igual consideração de interesses. Diferenças marcantes entre seres humanos e animais não o impedem de argumentar em defesa da extensão deste princípio⁵⁵.

Singer rejeita a posse de inteligência, de racionalidade, de personalidade moral, ou de outros atributos semelhantes para fundar um princípio de igualdade⁵⁶. Esta é uma idéia moral, uma prescrição de como devemos tratar os seres, e não a afirmação de um fato⁵⁷. Para Singer deve ser atribuído o mesmo peso aos interesses semelhantes de todos os que são atingidos por um ato, não importando a quem pertença o interesse⁵⁸.

O único limite colocado pelo autor é o da sensibilidade, o que permitiria dar maior prioridade ao alívio do maior sofrimento, apesar de não ser possível dizer com exatidão qual a medida do sofrimento entre diferentes indivíduos, dificuldade que se amplia quando são diferentes as espécies. Se a diminuição da dor é desejável, não importa que ela seja maior ou menor, ou se quem sofre é um homem ou um animal. “Se um ser sofre, não pode haver nenhuma justificativa de ordem moral para nos recusarmos a levar esse sofrimento em consideração”.⁵⁹

Muito embora não possa ser verbalizada, o que não constitui um requisito para sua existência⁶⁰, afirma Peter Singer que a sensação de dor em animais é possível de ser conhecida, muito mais que a provocada a seres humanos de poucos dias de vida ou com graves lesões cerebrais, e, no entanto, não se pode negar que estes sejam capazes de sentir⁶¹.

⁵⁴ Sônia T. Felipe afirma que as idéias de Bentham foram tomadas de Humphry Primatt, no livro *A Dissertation on the Duty of Mercy and the Sin of Cruelty against Brute Animals*, de 1776. No livro, Primatt, exige coerência do sujeito moral, que reclama a aplicação de respeito em relação aos seres dotados de sensibilidade; afirma que as diferenças na aparência são irrelevantes à experiência da dor, que é sempre dor, não importa quem a sinta, e que há interesses comuns a todas as espécies que a ética não pode discriminar. Humphry Primatt critica a moralidade antropocêntrica discriminadora e propõe o emprego do princípio da igualdade moral no tratamento da dor, condenando a crueldade. Ele reconhece que as demais espécies devem ter o direito de viver em paz. Mesmo não tendo, nem Primatt, nem Bentham, defendido explicitamente que animais, reconhecidamente mais vulneráveis que os humanos, têm ou devam ter direitos, seus argumentos permitiram que no final do século XIX e XX fossem escritos livros cujos títulos defendem direitos para os animais. (Fundamentação ética dos direitos animais: o legado de Humphry Primatt. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, n. 1, v. 1, jan./dez. 2006, p. 208-212).

⁵⁵ SINGER, Peter. *Libertação animal*. Tradução de Marly Winckler; revisão técnica de Rita Paixão. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004, p. 3.

⁵⁶ Quanto a isso, Heron Santana afirma que “Além de um lado inclusivo, onde todos os membros de uma espécie são considerados iguais dentro da comunidade moral, a ética especista possui um lado exclusivo, que postula que apenas os integrantes de uma única espécie devem ser considerados iguais”. (SANTANA Heron José de. Espírito moral e o fundamento moral do especismo. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, n. 1, v.1, jan./dez. 2006, p. 47-48).

⁵⁷ SINGER, op.cit., p. 6.

⁵⁸ Idem, *Ética prática*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 30.

⁵⁹ Ibidem, p. 65 e 67.

⁶⁰ SINGER, Peter. *Libertação animal*. Tradução de Marly Winckler; revisão técnica de Rita Paixão. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004, p. 16.

⁶¹ Ibidem, p. 256.

Singer condena, por desnecessária, a utilização de animais na alimentação de humanos e em experiências científicas, considerando que um interesse menor sacrifica um interesse maior, qual seja a vida e o bem-estar dos animais envolvidos, quase sempre alvo de violências⁶². Reputa ligada à ideologia de dominação e a pressupostos religiosos ultrapassados a atitude que os humanos têm com os animais⁶³.

A sacralidade da vida não deve dizer respeito apenas à vida humana, porque as diferenças biológicas não podem ser determinantes para estabelecer diferenças morais. A vida de um humano é tão importante quanto a vida de outro ou de um animal e não é possível estabelecer hierarquias que depois não possam ser aplicadas a humanos com diferentes graus intelectuais⁶⁴.

Mas é importante destacar que Singer limita a proteção da vida aos seres que são sencientes, ou seja, capazes de sentir prazer e dor, sejam os que já existem, sejam os das gerações futuras. Ele entende que a vida de grandes primatas e mamíferos ou de seres que possam revelar uma consciência de si deve ser preservada como a dos humanos⁶⁵.

Todavia, a extensão do princípio da igualdade não implica que se deve tratar os dois grupos – humanos e animais – exatamente da mesma maneira, ou que possam usufruir os mesmos direitos. Mesmo a igual consideração de interesses pode levar a tratamentos e direitos distintos. Quanto a isto Singer é expresso ao dizer que “Isso não significa que, para evitar o especismo, devemos sustentar que é tão errado matar um cão quanto matar um ser humano em plena posse de suas faculdades”⁶⁶. E mais adiante ressalta: “Concluo, então, que a rejeição do especismo não implica que todas as vidas tenham igual valor”⁶⁷.

Singer reconhece, apesar de entender que não se trata de coisa de menor importância, ser possível ver a morte de um animal como algo menos significativo do que a morte de uma pessoa⁶⁸. Assim, mesmo a morte de animais não é exatamente condenada por Singer, que apela para a não produção ou para a diminuição de sofrimento em animais, enquanto que sobre a preservação da vida declara: “Naturalmente, se tivéssemos bases claras para afirmar

⁶² SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 72-75, 326. Sobre a questão de animais comerem-se uns aos outros, Singer explica, além da necessidade de sobrevivência que lhes é imposta, que os animais não são capazes de refletir sobre as alternativas que se apresentam a eles, nem de ponderar sobre a ética de sua alimentação.

⁶³ Idem, *Libertação animal*. Tradução de Marly Winckler; revisão técnica de Rita Paixão. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004, p. 211.

⁶⁴ Idem, *Ética prática*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 127.

⁶⁵ Ibidem, p. 292.

⁶⁶ SINGER, Peter. *Libertação animal*. Tradução de Marly Winckler; revisão técnica de Rita Paixão. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004, p. 21.

⁶⁷ Ibidem, p. 23.

⁶⁸ SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 71-72 e 291.

que toda criatura senciente tem direito à vida [...], então seria fácil dizer por que matar uma criatura senciente é uma ação errada [...]”.⁶⁹

O outro autor, Tom Regan⁷⁰ acredita que os animais têm direitos, e precisam ser tratados com respeito, independente do interesse que possam ter para os humanos. Ele critica a indiferença com que os animais são utilizados, seja para fins alimentares, científicos⁷¹, religiosos, de diversão, na indústria da moda⁷², na indústria cosmética e outras, e o faz dizendo que o que é humanitário é objetivo, independente de quem o vê⁷³, ou seja, não pode ser considerado respeitoso um tratamento ultrajante, cruel, desumano, mesmo que algumas pessoas digam o contrário.

O fundamento para a concepção dos direitos dos animais é percebê-los como seres únicos, com vidas próprias e precisando de proteção, tal qual os humanos. Ancorado no direito de igualdade, Regan considera inconcebível prejudicar direitos individuais de alguns, mesmo que estes não os entendam violados, para trazer benefícios a outros, ainda que sejam muitos. Analisando os fundamentos dos direitos humanos que são habitualmente alegados para fazê-los diferentes dos seres não-humanos, Regan os considera insatisfatórios e destaca que muitos não se sustentam, de maneira similar ao que afirma Peter Singer, quando se comparam as situações de crianças por nascer ou nos primeiros anos de vida⁷⁴.

Tom Regan funda os direitos dos indivíduos na mera existência como sujeitos-de-uma-vida. A expressão significa que existe importância em estar no mundo, de forma consciente do ambiente, o que caracteriza cada um como moralmente idêntico ao outro⁷⁵.

Importante é destacar que Regan considera que muitos⁷⁶, mas não todos os animais são

⁶⁹ Idem, *Libertação animal*. Tradução de Marly Winckler; revisão técnica de Rita Paixão. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004, p. 260.

⁷⁰ REGAN, Tom. *Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos animais*. Tradução Regina Rheda, revisão técnica Sonia Felipe, Rita Paixão. Porto Alegre: Lugano, 2006, p. 11 et seq.

⁷¹ Para Regan a maioria dos experimentos é arcaica, porque pode ser substituída por outros métodos, e ineficaz para descobrir utilidade para humanos, porque as respostas de animais e homens podem ser diferentes. Ademais, o argumento do benefício pesa de modo diferente para avaliar os danos causados aos seres testados e os dos que recebem o tratamento ou medicamento.

⁷² Se para Regan o consumo de carne parece justificado pela necessidade de proteína, o que não acredita ser verdadeiro, nada autoriza a utilização de animais para a indústria da moda, com a fabricação de peles, sapatos, cintos, ou para a indústria do entretenimento e do esporte, em que são constantes os sofrimentos e privações físicas e psicológicas dos animais. (Ibidem, p. 131 et seq).

⁷³ É aliado de tal idéia Laerte Fernando Levai, ao dizer que a noção de crueldade é anterior ao direito positivo, sendo real a dor decorrente de ações agressivas e dolorosas, mesmo que o direito as desconsidere em relação aos animais. (Crueldade consentida: crítica à razão antropocêntrica. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, n. 1, v. 1, jan./dez. 2006, p. 178).

⁷⁴ REGAN, op.cit., p. 49-62.

⁷⁵ Ibidem, p. 71-72.

⁷⁶ Especialmente os mamíferos, pássaros, peixes, embora compreenda que o assunto seja controverso quanto aos últimos.

sujeitos-de-uma-vida⁷⁷. E entende assim quando os compreende como criaturas psicológicas complexas, que têm desejos, necessidades, memórias e frustrações, comportamentos, estruturas anatômicas e sistemas nervosos que se assemelham aos dos humanos, sem esquecer da origem próxima, revelada pelo trabalho de Charles Darwin.

Tom Regan acredita que mesmo práticas sociais firmemente estabelecidas podem mudar se os animais forem vistos e considerados como sujeitos-de-uma-vida e posiciona os animais como sujeitos de direitos⁷⁸.

Como esclarece Edna Cardozo Dias:

O animal como sujeito de direitos já é concebido por grande parte de doutrinadores jurídicos de todo o mundo. Um dos argumentos mais comuns para a defesa desta concepção é o de que, assim como as pessoas jurídicas ou morais possuem direitos de personalidade reconhecidos [...], também os animais tornam-se sujeitos de direitos subjetivos por força das leis que os protegem.⁷⁹

Os direitos da personalidade, segunda Edna Cardozo, devem ser compreendidos como direitos oriundos da natureza da pessoa como um ente vivo. Tomada a igualdade a partir da igual consideração de interesses e da possibilidade de sentir e de sofrer, e uma vez que vida não é atributo apenas da pessoa humana, é forçoso reconhecer que os animais são indivíduos que possuem direitos inatos e os que lhes são conferidos pelas leis⁸⁰.

Pronunciando-se, igualmente, em favor dos animais como sujeitos de direitos, Laerte Fernando Levai diz que esta concepção, além de passar distante da doutrina antropocêntrica, os coloca em perspectiva diversa da ótica privatística do direito que os via como coisas. Estes direitos devem ser possuídos independentemente dos atos voluntários praticados pelos beneficiários ou da posição que ocupem na organização institucional. São portadores destes direitos morais básicos todos os indivíduos que apresentam um valor inerente e que podem ser considerados como sujeitos de uma vida: todos os indivíduos capazes de agir intencionalmente e lembrar; que apresentem desejos e preferências; que têm condição de perseguir seus objetivos; manifestam uma vida emocional; revelam senso de futuro; têm uma identidade psicológica; e demonstram um bem-estar experimental que independe da utilidade ou do interesse para outros⁸¹.

⁷⁷ REGAN, Tom. *Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos animais*. Tradução Regina Rheda, revisão técnica Sonia Felipe, Rita Paixão. Porto Alegre: Lugano, 2006, p. 65-76.

⁷⁸ Ibidem, p. 228.

⁷⁹ DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, n. 1, v. 1, jan./dez. 2006, p. 120.

⁸⁰ Ibidem, p. 120-121.

⁸¹ Crueldade consentida: crítica à razão antropocêntrica. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, n. 1, v. 1, jan./dez. 2006, p. 172.

Na linha de crítica à consideração dos elementos do ambiente como objetos de direito, José Robson da Silva assinala que a afirmação da natureza como sujeito desborda de uma doutrina clássica, em que mesmo o homem não consegue escapar de ser objeto, sob o influxo da patrimonialização promovida em diversos âmbitos da vida, dirigindo-se para o que denomina de um direito crítico, que se concentra na dignidade humana e no paradigma biocêntrico de proteção de todos os seres vivos e do meio abiótico⁸². Neste rumo aponta a posição da *deep ecology*, que busca estabelecer e definir direitos para as plantas, recursos abióticos e animais, em defesa radical da vida.

O autor relaciona, o que sintetiza as noções até agora expostas, três projetos que se defrontam quanto à consideração do ambiente. O primeiro parte da noção de que através da proteção ao meio ambiente é o homem que se salvaguarda; o ambiente em si não tem valor intrínseco, nem absoluto. Trata-se de uma visão humanista da ecologia, antropocêntrica, em que a natureza tem papel indireto. O segundo visa à ampliação do bem-estar de tudo o que se encontra na Terra, atribuindo um valor ao menos moral a certos seres não humanos. Daí nasceu o movimento de libertação animal, segundo o qual todos os seres suscetíveis de sentir dor e prazer devem ser tratados igualmente. O terceiro verbaliza a reivindicação de um direito da natureza, em que o universo se torna uma figura de direito⁸³.

Paulo de Bessa Antunes adverte, em especial quanto a esta última posição, para uma nova modalidade de irracionalismo, muito em voga atualmente, que colocando em pé de igualdade o homem e os demais seres vivos, de fato rebaixa o valor da vida humana e a transforma em algo sem valor a si próprio, em perigoso movimento de relativização de valores⁸⁴.

Uma outra crítica que se pode fazer a tais teorias, em especial a de Singer, é que elas confundem a existência de uma dignidade intrínseca do ser humano com a presença de alguma capacidade ou característica relevante, a qual imediatamente considera inexistente ou diminuída, em relação a certos animais, e em algumas pessoas com sérias deficiências mentais ou em bebês humanos.

4.2 O DIREITO AO AMBIENTE NO SISTEMA INTERNACIONAL

⁸² SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 86-91. Vale dizer que o autor parte da consideração de que a natureza se comporta como sujeito quando reage às agressões poluidoras com o esgotamento das possibilidades ambientais de uma vida equilibrada.

⁸³ *Ibidem*, p. 330-332.

⁸⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 26.

Na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 encontra-se a base onde se pode assentar o direito a um meio ambiente sã, quando estabelece no art. XXV que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família a saúde e o bem-estar [...]”.⁸⁵

Por sua parte, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, além de repetir a disposição acima, menciona a necessidade de utilizar os recursos naturais como um dos requisitos para o adequado desenvolvimento da pessoa, art. 1º, I⁸⁶. Assim, embora não exista referência expressa nos instrumentos de Direitos Humanos das Nações Unidas que faça supor a existência do direito à proteção do ambiente, é possível deduzir sua proteção indireta.

Tanto a Declaração Universal de Direitos Humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, foram redigidos e passaram a vigorar anteriormente ao início da mais séria preocupação mundial com o meio ambiente, a qual passa a ocorrer a partir de 1972. O direito ambiental somente surge como consequência da ética e do paradigma ambientalista emergente no final dos anos 60 e início dos anos 70⁸⁷. Decorrencia disto é a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de Estocolmo e sua consequente Declaração de Princípios Ambientais ou Declaração de Estocolmo, cujos dispositivos constituem o primeiro grande brado de alerta contra os efeitos decorrentes da poluição e da destruição do meio ambiente, segundo informa Plauto Faraco Azevedo⁸⁸.

A referida Declaração reconhece a existência de um novo direito fundamental, qual seja, o direito à preservação de um ambiente equilibrado, e proclama a importância dos aspectos natural e artificial do meio ambiente, essenciais ao bem-estar do homem, que deve buscar, em regime de cooperação internacional, a sua proteção e melhoria, como questão fundamental que afeta o desenvolvimento econômico do mundo inteiro. Dentre seus princípios, apontam-se a primazia do desenvolvimento econômico, como condição para a melhoria da qualidade de vida do homem no presente e para as gerações futuras, assim como

⁸⁵ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Aprovada pela Resolução 217, na 3ª sessão ordinária da Assembléia Geral da ONU, em Paris, em 10 dez. 1948. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: RT, 2003, p. 401-404.

⁸⁶ ONU. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotado pela 21ª sessão da Assembléia Geral da ONU, em 19 dez. 1966. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12 dez. 1991 e promulgado pelo Decreto 591, de 06 jul. 1992. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: RT, 2003, p. 470-477.

⁸⁷ ROCHA, Julio César de Sá da. *Direito ambiental do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 74

⁸⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: RT, 2006, p. 93. No mesmo sentido ver LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade consentida: crítica à razão antropocêntrica. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, n. 1, v. 1, jan./dez. 2006, p. 187.

a responsabilidade de preservar e administrar o patrimônio representado pela flora e fauna silvestres, de modo a evitar o perigo de seu esgotamento.

Seguiu-se a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, no mesmo ano, que atribui valor excepcional aos bens do patrimônio natural, e devem ser preservados da degradação ou do desaparecimento, sob pena de empobrecimento dos elementos do patrimônio mundial da humanidade.

No âmbito das Américas, o Protocolo Adicional a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais regula expressamente o direito ao ambiente em seu artigo 11, onde expõe que “Todo indivíduo tem o direito a viver em um ambiente sã e a ter acesso aos serviços básicos públicos. Os Estados-parte devem promover a proteção, preservação e o melhoramento do ambiente”.

Evidenciam-se, ainda, a Convenção para a Proteção da Flora, Fauna e das Belezas Cênicas dos Países da América (Washington, 1940, aprovada pelo Decreto Legislativo 3, de 1948, promulgado pelo Decreto 58.054, de 1966); o Acordo para a Conservação da Flora e da Fauna dos Territórios Amazônicos da República Federativa do Brasil e da República da Colômbia (promulgado pelo Dec. 78.017, de 1976); o Acordo para a Conservação da Flora e da Fauna dos Territórios Amazônicos da República Federativa do Brasil e da República do Peru (promulgado pelo Dec. 78.802, de 1976); o Tratado de Cooperação Amazônica, celebrado entre as Repúblicas da Bolívia, do Brasil, da Colômbia, do Equador, da Guiana, do Peru, do Suriname e da Venezuela (promulgado pelo Dec. 85.050, de 1980); Acordo para a Conservação da Fauna Aquática nos Cursos dos Rios Limítrofes, celebrado entre o Brasil e o Paraguai (Brasília, 1994, promulgado pelo Dec. 1.806, de 1996)⁸⁹.

Especificamente tratando da proteção aos animais, destacam-se a Convenção Internacional para a Proteção dos Pássaros (Paris, 1950); a Convenção sobre as Zonas Úmidas de Importância Internacional, para a proteção dos animais e pássaros aquáticos e terrestres ali existentes (Ramsar, 1971); a Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagem em Perigo de Extinção (Washington, 1973, aprovada, no Brasil, pelo Dec.-legisl. 54, de 1975, promulgada pelo Dec. 76.623, de 1975, com alterações estabelecidas em Gaborone, em 1983 e aprovadas pelo Dec.-legisl. 35, de 1985, promulgada pelo Dec. 92.446, de 1986); a Convenção sobre a Conservação dos Recursos Vivos Marinhos Antárticos (Cambera, em 1980, aprovada, no Brasil, pelo Dec.-legisl. 33, de 1985, promulgada pelo Dec. 93.935, de 1987); a Convenção sobre a Conservação das Espécies Migratórias

⁸⁹ CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 3, n. 10, abr./jun. 1998, p. 73.

pertencentes à Fauna Selvagem (Bonm, 1979, aprovada pelo Dec.-legisl. 21, de 1985, promulgada pelo Dec. 133, de 1991); e a Convenção sobre a Biodiversidade (Rio de Janeiro, 1992, aprovada pelo Dec.-legisl. 2, de 1994, promulgada pelo Dec. 2.519, de 06 de março de 1998⁹⁰.

Relevo deve ser dado à Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proposta pela União Internacional dos Direitos dos Animais, e proclamada pela Assembléia da UNESCO, em Bruxelas, Bélgica, em 1978. O documento considera que cada animal tem direitos, que devem ser defendidos como os direitos das pessoas, à existência, ao respeito, à proteção da pessoa humana, vedando a submissão a maus-tratos e a atos cruéis, assim como proibindo a utilização para divertimento do homem, por incompatível com sua dignidade. Estabelece que havendo necessidade, a morte de um animal deve ser instantânea, sem dor, nem angústia⁹¹.

A partir da Conferência de Estocolmo, surgiram duas expressões que assinalaram a preocupação com o equilíbrio ecológico, manifestadas na tentativa de compatibilizar o crescimento econômico com as capacidades concretas e limitadas dos ecossistemas. Foi assim que do eco-desenvolvimento se passou ao desenvolvimento sustentável, nascido no Relatório da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, conhecido como Relatório Brundtland, evento preparatório à ECO 92, no Rio de Janeiro⁹².

Pelo relatório, desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades das gerações atuais sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades⁹³.

O desenvolvimento sustentável, segundo o entendimento de Antonio Fernando Pinheiro Pedro, norteia hoje a chamada nova economia global e é uma resposta conceitual, de cunho ideológico, à escassez provocada pela apropriação hegemônica, unilateral e destrutiva, pelo homem, dos recursos naturais de nosso planeta, pois implica em adoção de limites ao crescimento econômico⁹⁴.

Para Milaré e José Coimbra o desenvolvimento sustentável, embora represente um salto de qualidade à visão tradicional, porque condiciona a utilização dos recursos à capacidade do ecossistema de atender a demandas, não escapa a uma cosmovisão antropocêntrica, vendo a Terra como um celeiro de recursos à disposição das necessidades

⁹⁰ Ibidem, p. 73.

⁹¹ Ibidem, p. 75.

⁹² MILARÉ, Édís; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 09, n. 36, out./dez. 2004, p. 13.

⁹³ SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos*: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 58.

⁹⁴ PEDRO, Antonio Fernando Pinheiro. Aspectos ideológicos do meio ambiente. In: SILVA, Bruno Campos (Org.). *Direito ambiental: enfoques variados*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 17-18.

dos homens⁹⁵.

A realização da 2ª Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, trouxe grande visibilidade para o assunto, inserindo o meio ambiente entre os grandes temas da agenda global. Os documentos assinados durante o evento constituem as referências fundamentais para o direito ambiental internacional⁹⁶. Dentre eles se destaca a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento⁹⁷, contendo os princípios do desenvolvimento sustentável e do direito intergeracional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e a Convenção sobre a Diversidade Biológica⁹⁸.

A Declaração afirma que os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável, para as presentes e futuras gerações, e têm direito a uma vida saudável, em harmonia com a natureza, que necessita de medidas para a conservação, proteção e restauração da integridade do ecossistema.

O direito à proteção do ambiente tem sido classificado pela doutrina como integrante da terceira geração de direitos humanos. Tem por objeto a tutela da vida, da saúde e o equilíbrio ecológico. Vela pela conservação dos recursos naturais, da paisagem e dos bens culturais. O direito de gozar de um ambiente são e ecologicamente equilibrado é subjetivo, concebido para todos e cada um dos sujeitos, oponível e com possibilidade de ser exercitado por qualquer pessoa (Estado e/ou particular), por compor os denominados interesses difusos⁹⁹.

A Convenção sobre a Diversidade Biológica tem por objetivos a conservação e utilização sustentável dos componentes da diversidade biológica, propondo uma repartição justa e equitativa dos benefícios derivados do seu uso.

Dez anos após a realização da Conferência do Rio, as Nações Unidas realizaram em Johannesburgo, a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, mais conhecida como Rio+10, resultando na Declaração de Johannesburgo para o desenvolvimento sustentável, que

⁹⁵ MILARÉ; Édís; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 09, n. 36, out./dez. 2004, p. 13.

⁹⁶ SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 43.

⁹⁷ ONU. Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Adotada na Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro em 14 de junho de 1992. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: RT, 2003, p. 581-582.

⁹⁸ ONU. Convenção sobre Diversidade Biológica. Adotada pela Assembleia Geral da ONU, no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 2, de 03 de fevereiro de 1994 e promulgado pelo Decreto nº 2.519, de 06 de março de 1998. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: RT, 2003, p. 614-632.

⁹⁹ CHACON, Mario Peña; CRUZ, Ingrid Fournier. Derechos humanos y medio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 10, n. 39, jul./set. 2005, p. 193. Entendendo por não excludentes as categorias direitos subjetivos e interesses difusos, no que se refere aos bens do patrimônio ambiental, também se pronuncia José Robson da Silva. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 250-265.

não representou significativo avanço em relação aos documentos assinados na Rio-92¹⁰⁰.

4.3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA NA PROTEÇÃO AOS BENS AMBIENTAIS

Destaca Aristides Arthur Soffiati Neto a existência de medidas legais para proteger os ecossistemas aquáticos continentais desde o período colonial brasileiro, quer nas Ordenações Filipinas, quer nas provisões emanadas das autoridades coloniais, sendo característico o cunho pontual, temporário e frágil¹⁰¹. Também Vladimir Passos de Freitas adverte que o Código Criminal de 1830 já apenava o corte ilegal de madeiras¹⁰².

No Brasil, ensina José Afonso da Silva¹⁰³, o Código Civil de 1916 trazia normas protetivas ambientais (art. 554 e 584), que tinham mais a finalidade de assegurar o direito privado nos conflitos de vizinhança. Posteriormente, o Regulamento de Saúde Pública, Decreto nº 16.300, de 1923, criou uma Inspetoria de Higiene Industrial e Profissional, ao que se seguiu o Decreto 16.590/1924, que regulamentava as Casas de Diversões Públicas e proibia a concessão de licença para corridas de touros e novilhos, brigas de galo e canários, dentre outras diversões que causassem sofrimento aos animais¹⁰⁴.

A Constituição Federal de 1934, em seu art. 5º, inc. XIX, j, atribuía à União competência legislativa sobre florestas, caça e pesca e sua exploração. Do mesmo ano listam-se o Código Florestal (Dec. Lei 23.793), o Código de Águas (Decreto 24.643) e a Lei sobre a Caça (Decreto 24.645)¹⁰⁵, que trazia a proibição de práticas de abuso e crueldade contra animais, além do Código de Pesca (Decreto-lei 794) de 1938¹⁰⁶.

Em 1937, a Constituição Federal dispunha, no art. 16, inc. XIV, que competia à União, privativamente, legislar sobre águas, florestas, caça e pesca e sua exploração. A prática de crueldade contra animais em geral foi tornada contravenção penal com o art. 64 do Decreto-

¹⁰⁰ SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 49.

¹⁰¹ SOFFIATI NETO, Aristides Arthur. Ecossistemas Aquáticos: antropocentrismo, biocentrismo e ecocentrismo. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 10, n. 37, jan./mar. 2005, p. 215.

¹⁰² FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 29.

¹⁰³ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 34.

¹⁰⁴ DIAS, Edna Cardozo. *Manual de crimes ambientais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 87.

¹⁰⁵ Previa incidir na prática de maus-tratos não dar morte rápida, livre de sofrimentos prolongados, a todo animal cujo extermínio fosse necessário para consumo ou não. Art. 1º, VI.

¹⁰⁶ Consoante Carlos Frederico Marés de Souza Filho, em comparação com esses diplomas legais, a “Lei de Tombamento” é a única que pode ser chamada de protetora, porque as demais não enfrentam a questão principal, que é impor limites ao exercício pleno da propriedade privada com o fim de preservar o ambiente, o que somente iria ocorrer trinta anos depois, com as Leis nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal), e nº 5.197, de 03 de janeiro de 1967 (Código de Proteção da Fauna). (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 19).

Lei 3.688/1941, com as modificações introduzidas pela Lei nº 6.638/1979, que redefine a crueldade contra animais vivos, com previsão de práticas no tocante à vivissecção. O Decreto 50.620/1941 proibiu o funcionamento das rinhas de brigas de galo, enquanto o Código Penal previa tipos como o crime de incêndio, envenenamento de água potável e outros. A Constituição Federal de 1946, art. 5º, inc. XV, I, dava à União competência para legislar sobre águas, energia, florestas, caça e pesca.

Em 1965, novo Código Florestal (Lei 4.771) foi editado, seguido em 1967 da Lei de Proteção à Fauna (Lei 5.197), da Lei de Pesca (Dec. Lei 221), da Lei que instituiu a Política Nacional de Saneamento Básico (Decreto-lei 248) e do Decreto-lei 303 que criou o Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental, revogados os últimos pela Lei nº 5.318/67 que instituiu a Política Nacional de Saneamento Básico.

A Lei 5.197/1967 estabelece que os animais de quaisquer espécies da fauna silvestre, seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, proibindo sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha, definindo alguns crimes, condutas cujas previsões foram ampliadas posteriormente pela Lei 9.111/1995. Pode-se dizer inexistente na Constituição de 1967, e na Emenda Constitucional de 1969, o tratamento da questão ambiental.

O Decreto-Lei 221 define como crimes, condutas que atentem contra a proteção dos animais e vegetais aquáticos, que, encontrados nas águas dominiais, são de domínio público, acrescentando com a Lei 7.643/1987, a proibição da pesca de cetáceos nas águas brasileiras, com a Lei 7.653/1988, condutas contra a fauna aquática e pesca predatória, e com a Lei 7.679/1988, a proibição de explosivos ou substâncias tóxicas em pesca de tais espécies em período de reprodução.

Surgiram no ano de 1975 o Decreto-Lei nº 1.413, que cuida do controle da poluição do meio ambiente provocada por atividade industrial, o Decreto nº 76.389, que dispõe sobre medidas de prevenção e controle da poluição industrial, e a Portaria do Ministério do Interior nº 13, que fixa parâmetros para a classificação das águas interiores nacionais e dispõe sobre o controle da poluição.

Posteriormente, citam-se a Lei nº 6.803, sobre diretrizes básicas para o Zoneamento Industrial nas áreas críticas de poluição e a Lei nº 6.902, dispondo sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental. Em 1981 surgiu uma sistematização da matéria com a Lei nº 6.938, posteriormente modificada pela Lei nº 7.804, de 1989, que define, além das infrações e penalidades administrativas e civis, o crime de poluição ambiental, pela conduta que expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ocorrendo

agravamento se resultar dano à fauna, à flora e ao meio ambiente.

Em 1988 foi instituído o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (Lei nº 7.661), e criado o Fundo Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 7.797) e em 1989 o mau uso de agrotóxicos passou a configurar ilícito penal, com a Lei nº 7.802.

A Constituição Federal de 1988, no Título VIII, Capítulo VI passa a dar o mais abrangente tratamento ao tema, atribuindo, ao Poder Público e à coletividade, o dever de defender o meio ambiente e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Cabe transcrever o dispositivo.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Em razão do tema da dissertação, será a seguir limitada a análise ao que dispõe o inciso VII, no que se refere à fauna e tendo como guia a redação do caput do artigo.

A respeito da função ecológica, cabe ressaltar que o equilíbrio de um ecossistema é alcançado mediante a interação de vários fatores, e a fauna é um deles, por terem os animais, ao lado de outros elementos, a responsabilidade de manter o seu funcionamento, seja pela participação na cadeia alimentar, seja pela polinização das plantas, disseminação de sementes e outros¹⁰⁷.

José Robson da Silva ratifica este pensamento ao dizer que:

¹⁰⁷ BECHARA, Erika. *A proteção da fauna sob a ótica constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 38 e 46-49.

o ecossistema é uma plêiade de relações de interdependência entre elementos bióticos e abióticos. O desaparecimento de uma espécie animal desequilibra as relações ambientais e compromete a vida de outras espécies.¹⁰⁸

Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo somente a fauna não doméstica cumpre alguma função ecológica, na medida em que participa da manutenção e equilíbrio do ecossistema. Por não cumprir função ecológica o autor entende que a fauna doméstica não tem natureza de bem difuso¹⁰⁹.

Tal pensamento não pode ser albergado, visto que a extinção de uma espécie animal, qualquer que seja ela, por possuir sempre alguma função ecológica, ainda que não conhecida, e mesmo que esta espécie seja considerada nociva aos interesses humanos econômicos, de saúde, dentre outros, pode afetar gravemente o equilíbrio do ecossistema e, segundo a previsão constitucional, deve ser evitada.

A proteção conferida pela Constituição para evitar a extinção de espécies¹¹⁰ visa a manutenção do equilíbrio ambiental e a biodiversidade do ecossistema, considerada indispensável em razão dos benefícios que proporciona aos seres vivos, tendo em mira aspectos ecológicos, econômicos, de bem-estar e saúde humanos¹¹¹.

Como explica Édis Milaré:

É evidente que nem todas as espécies têm o mesmo peso na biosfera e, por conseguinte, o mesmo valor estimativo. As diferenciações determinam, na prática, critérios diversos de valoração para fins econômicos, de valorização científica e cultural, de preponderância ecológica. Como objeto da tutela jurídica, a fauna não é tomada indiscriminadamente, porém é priorizada com objetivos específicos, atendendo-se a um conjunto de características, de condicionantes ecológicos e econômicos.¹¹²

Erika Bechara cita entre as causas de extinção de espécies quatro fatores preponderantes: a fragmentação e destruição do habitat; a caça excessiva, que não respeita o

¹⁰⁸ SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 342.

¹⁰⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 103.

¹¹⁰ Paulo de Bessa Antunes traz interessantes dados a respeito da extinção das espécies, ao dizer que ela ocorre de tempos em tempos e é parte da história da Terra e do próprio Universo, não devendo impressionar a perda da diversidade biológica como consequência da própria evolução. Há estimativas que dão conta do desaparecimento de 99,99% de todas as espécies desde a aparição dos primeiros organismos multicelulares. Mas o autor adverte: “o raciocínio que vem sendo desenvolvido neste parágrafo não tem por finalidade diminuir ou reduzir o significado que a perda de diversidade biológica tem para a nossa sociedade concreta no tempo presente. Ao contrário, dando-lhe a dimensão histórica precisa, fica mais fácil entender-lhe o significado, bem como perceber as suas limitações sociais.” (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 371-374).

¹¹¹ BECHARA, Erika. *A proteção da fauna sob a ótica constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 49-57.

¹¹² MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 203.

limite de reposição; o impacto de espécies introduzidas em ecossistemas estranhos; a extinção em cadeia, que ocorre quando a extinção de uma espécie conduz à extinção da outra¹¹³.

No Brasil, o Ministério do Meio Ambiente, publica lista da fauna silvestre brasileira ameaçada de extinção, de cuja elaboração participam o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, a Fundação Biodiversitas e a Sociedade Brasileira de Zoologia, com o apoio da Conservation International e do Instituto Terra Brasilis¹¹⁴.

De acordo com Helita Barreira Custódio, a proteção do art. 225, § 1º, VII, estende-se a

todos os animais, de todas as espécies, correspondendo à genérica palavra fauna conceituada como 'toda vida animal' (terrestre e aquática) de uma área, de uma região ou de um país, em suas categorias de fauna silvestre (o conjunto de animais selvagens e livres em seu ambiente natural), fauna doméstica (o conjunto de animais domesticados ou cultivados pelos seres humanos), fauna exótica (o conjunto de animais alienígenas ou originários de outros países) e fauna migratória (o conjunto de animais, especialmente aves migratórias, que atravessam, em qualquer estação do ano, as fronteiras dos países), além dos microorganismos, [...] uma vez que integram, de forma indispensável, seus recursos ambientais vivos.¹¹⁵

Cabe destacar que em 1998 sobreveio grande mudança na proteção penal do meio ambiente, com a Lei nº 9.605, que traduziu da Constituição Federal para a legislação infraconstitucional o conceito de crueldade, no art. 32, revogando as previsões da Lei de Contravenções Penais, ao dizer que constitui crime praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.

No Brasil existe uma lei específica versando sobre o tema da vivissecção – Lei nº 6.638/79. Com o advento da Lei nº 9.605/98, no dispositivo específico sobre a crueldade para com os animais, foi inserido um parágrafo que incrimina quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, quando inexistirem recursos alternativos. Laerte Fernando Levai e Vânia Rall Daró advertem que de forma geral, a experimentação com animais e práticas de vivissecção são consideradas cruéis, desnecessárias, supérfluas e destituídas de sentido. Impingem aos animais dor e padecimento e às vezes não são feitas para o benefício da humanidade, a exemplo do que ocorre com testes para a indústria bélica ou cosmética¹¹⁶.

¹¹³ BECHARA, Erika. *A proteção da fauna sob a ótica constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 57-69.

¹¹⁴ A última lista foi publicada em 22 de maio de 2003. IBAMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/sbf/fauna/index.cfm>>. Acesso em: 10 jul. 2007.

¹¹⁵ Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 3, n. 10, abr./jun. 1998, p. 64-65.

¹¹⁶ LEVAI, Laerte Fernando; DARÓ, Vânia Rall. Experimentação animal: histórico, implicações éticas e caracterização como crime ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 9, n. 36, out./dez. 2004, p. 141-143.

A Lei nº 9.605/1998 não especifica quais práticas constituem crueldade. O termo crueldade, para Celso A. Pacheco Fiorillo, é a qualidade do que é cruel, que significa aquilo que se satisfaz em fazer mal, ser severo, rigoroso, desumano¹¹⁷.

Definição bastante abrangente de crueldade é fornecida por Helita Barreira Custódio, que entende sua ocorrência pela prática desumana com a violação dos princípios da moral, da ética, dos valores instrutivos, educacionais e culturais, do aperfeiçoamento espiritual, todos consolidados no processo civilizatório nacional.

Em geral toda ação ou omissão, dolosa ou culposa (ato ilícito), em locais públicos ou privados, mediante matança cruel pela caça abusiva (profissional, amadorista, esportiva, recreativa ou turística), por desmatamentos ou incêndios criminosos, por poluição ambiental, mediante dolorosas experiências diversas (didáticas, científicas, laboratoriais, genéticas, mecânicas, tecnológicas, dentre outras), amargurantes práticas diversas (econômicas, sociais, populares, esportivas como tiro ao voo, tiro ao alvo, de trabalhos excessivos ou forçados além dos limites normais, de prisões, cativeiros ou transportes em condições desumanas, de abandono em condições enfermas, mutiladas, sedentas, famintas, cegas ou extenuantes, de espetáculos violentos como lutas entre animais até a exaustão ou morte, touradas, farra do boi ou similares), abates atroz, castigos violentos e tiranos, adestramentos por meios e instrumentos torturantes para fins domésticos, agrícolas ou para exposições, ou quaisquer outras condutas impiedosas resultantes em maus-tratos contra animais vivos, submetidos a injustificáveis e inadmissíveis angústias, dores, torturas, dentre outros atroz sofrimentos causadores de danosas lesões corporais, de invalidez, de excessiva fadiga ou de exaustão até a morte desumana da indefesa vítima animal.¹¹⁸

Erika Bechara, ao tratar do tema, não elabora um rol de condutas que constituem o crime, mas defende que a crueldade fica caracterizada quando o animal é submetido a um mal além do absolutamente necessário, com o que analisa diversas práticas, como a caça, a farra do boi, brigas de galo, rodeios, que entende não justificadas, e por outro lado, o abate para consumo, experimentos científicos, pesca esportiva, e as compreende como aceitáveis e, por conseguinte, constitucionais¹¹⁹.

Partindo das noções presentes em decisões de Tribunais brasileiros ao analisar a constitucionalidade de leis que buscavam disciplinar as práticas da briga de galos, tiro ao pombo, rodeios e festas de peão, Carolina Medeiros Bahia elabora um conceito de crueldade que envolve, dentre outros comportamentos, abates atroz, castigos violentos, excessiva fadiga ou exaustão, angústias, dores, torturas danosas, lesões corporais, submissão à invalidez,

¹¹⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107.

¹¹⁸ Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 3, n. 10, abr./jun. 1998, p. 66 e 85.

¹¹⁹ BECHARA, Erika. *A proteção da fauna sob a ótica constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 95-139.

espetáculos de abate desnecessário e instigação de luta entre espécies¹²⁰.

4.4 DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

A par dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no Título II da Constituição, também acrescentou o legislador constituinte, no caput do art. 225, um novo direito humano fundamental, direcionado ao desfrute de adequadas condições de vida em um ambiente saudável ou ecologicamente equilibrado¹²¹.

Concisa é a opinião de José Adércio Leite Sampaio¹²² quando fala que o direito ao meio ambiente é fundamental. Carolina Medeiros Bahia diz que a despeito deste preceito não integrar o título referente aos direitos e garantias fundamentais, não há dúvida de que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui um direito fundamental da pessoa humana¹²³.

A este respeito Erika Bechara sentencia

Ora, se um certo bem, no caso o meio ambiente equilibrado, logra garantir o pleno gozo de outros bens fundamentais da pessoa humana, tais como a saúde (física e mental), o bem-estar, enfim, a vida digna, obviamente que constituirá, ele também, um direito fundamental.¹²⁴

Concorda igualmente com a existência de um direito fundamental da pessoa humana à proteção ambiental, abrangendo a preservação da natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, José Afonso da Silva¹²⁵.

Decorrencia da previsão constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito fundamental, é a incumbência, atribuída ao poder público, de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover ao manejo ecológico das espécies e ecossistemas; preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do

¹²⁰ BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 181-186.

¹²¹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 136-137.

¹²² SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca (Org.). *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 97.

¹²³ BAHIA, op.cit., p. 118. De maneira similar pronuncia-se REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 42-43.

¹²⁴ BECHARA, Erika. *A proteção da fauna sob a ótica constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 6.

¹²⁵ SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 58.

país¹²⁶; definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; exigir para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental o estudo prévio de impacto ambiental; proteger a fauna e a flora, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam animais a crueldade.

Mas, como ensina Édis Milaré, o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos e sob o aspecto da dignidade dessa existência, ou seja, a qualidade de vida, que considera o princípio transcendental de todo o ordenamento jurídico ambiental, ostentando o status de verdadeira cláusula pétrea¹²⁷.

Segundo Álvaro Luiz Valery Mirra é preciso ter em mira que o bem jurídico protegido pelo direito ambiental é a manutenção da vida na terra, com qualidade e de forma a garantir saúde aos seus habitantes, isto é, a preservação da qualidade ambiental propícia à vida no presente e no futuro¹²⁸.

Observe-se que o constituinte relacionou o meio ambiente como um direito de todos à qualidade de vida¹²⁹. A vida humana é o valor maior do ordenamento jurídico pátrio, “que deve viabilizar a realização plena do potencial produtivo e criativo intrínseco a cada indivíduo”¹³⁰.

Para Milaré e Flávia Lourdes,

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é, assim, condição inafastável para o desenvolvimento saudável da vida humana. A integração harmônica entre o homem e a natureza implica a imersão da figura humana no ambiente. O homem está na natureza, faz parte do meio onde vive e, ao

¹²⁶ Objetivos decorrentes, segundo Juliana Santilli, da influência exercida por documentos internacionais, em especial o “Estratégia mundial para a conservação”, lançado em 1980, pela União Internacional para a Conservação da Natureza - UICN, pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – Pnuma, e pelo Fundo Mundial para a Natureza – WWF. Os conceitos de avaliações ambientais prévias, equidade entre gerações e divulgação de informações ambientais foram desenvolvidos pelo Relatório Brundtland. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 66-67.

¹²⁷ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 137-138.

¹²⁸ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2004, p. 41.

¹²⁹ MARQUES, José Roque Nunes. *Direito ambiental: análise da exploração madeireira na Amazônia*. São Paulo: LTr, 1999, p. 130.

¹³⁰ MILARÉ, Édis; LOURDES, Flávia Tavares Rocha. Meio ambiente e os direitos da personalidade. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 10, n. 37, jan./mar. 2005, p. 15. Segundo os autores, e coerentemente com a opinião expressada pelo primeiro em sua obra individual que preza por uma nova ética ecológica, “Isso não significa dizer que a vida humana possui importância superior às demais formas de vida. A decorrência inexorável da valorização da vida humana é a consagração do direito à vida, no topo da pirâmide hierárquica, onde vão inspirar-se todos os demais direitos subjetivos conferidos pelo sistema jurídico”. (Ibidem, p. 15).

agredi-lo, agride a si próprio. Ao protegê-lo, por outro lado, garante o futuro de seus descendentes e realiza-se como indivíduo e como ser biótico¹³¹.

É “Impossível afirmar-se que alguém desfruta de uma vida digna se esta não se desenvolve em um ambiente saudável”, como sentencia Erika Bechara. Não destoa da lição a mensagem de Lúcia Reiszewitz, quando afirma que a deterioração ambiental afasta o usufruto de uma vida com dignidade¹³².

Paulo de Bessa Antunes não diverge disto, ao dizer que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental que é pressuposto para a concretização da qualidade de vida¹³³, acrescentando Cristiane Derani que é esta a finalidade máxima das normas do capítulo constitucional do meio ambiente e importante faceta para a formação e garantia da dignidade humana¹³⁴.

4.4.1 Antropocentrismo alargado

Celso Antonio Pacheco Fiorillo vê no direito ambiental uma necessária orientação antropocêntrica, e entende que o direito ao meio ambiente é voltado para a satisfação das necessidades humanas, o que não impede que se proteja a vida em todas as suas formas, porque o homem é o único animal racional cabendo-lhe a preservação da própria espécie e de todas as outras, tendo em mira a manutenção da própria sadia qualidade de vida¹³⁵. Celso Pacheco Fiorillo entende que a finalidade do art. 225, §1º, VII, da Constituição Federal, é a busca da proteção do homem e não do animal, porque fundada no sentimento humano; “a saúde psíquica do homem não lhe permite ver, em decorrência de práticas cruéis, um animal sofrendo”¹³⁶.

A visão antropocêntrica, segundo José Roque Nunes Marques, permeia todo o ordenamento jurídico moderno, apresentando-se como uma característica dos principais instrumentos até mesmo em nível internacional, porque são fartas as referências ao fato do homem estar no centro das atenções dos programas de proteção ambiental. Na Constituição Federal brasileira, o autor aponta dois itens que evidenciam esta característica: o caput do art. 225, quando estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,

¹³¹ Ibidem, p. 26-27.

¹³² REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 45-47.

¹³³ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 62.

¹³⁴ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 78-79 e 218-222.

¹³⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15-17.

¹³⁶ Ibidem, p. 107.

bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida; o artigo 1º, que estabelece como princípio da República, a dignidade da pessoa humana. Para José Marques, sem dúvida, o homem é o destinatário da norma ambiental¹³⁷.

Parece ser de igual natureza a lição que se extrai das palavras de José Augusto Delgado ao referir que as reflexões assentadas têm demonstrado que o direito ambiental está vinculado a valores que se dirigem a proteger a unicidade da natureza em cujo contexto está inserida a vida humana e animal, ao mesmo tempo em que ressalta que a Constituição de 1988 sublima especialmente a proteção da dignidade humana, da cidadania e da saúde do homem. Para José Delgado, o direito ambiental há de defender idéias que valorizem a conscientização de que os recursos naturais, se não conservados, serão esgotados, dificultando a sobrevivência da raça humana, bem como que é necessário, na época contemporânea, que o Direito Constitucional atue em harmonia com as reivindicações dos movimentos ecológicos, cujo objetivo principal é defender a boa qualidade de vida da população¹³⁸.

Nesta dimensão ética de aliança e solidariedade, o homem ainda permanece num papel central, por duas razões: porque a preservação do meio ambiente sempre dependerá da ação humana; e porque a tutela ambiental nunca poderá desprezar a garantia da dignidade da pessoa humana.

Lúcia Reisewitz afirma que no tocante à perspectiva ideológica é possível identificar mais de um caminho para justificar o fato de o direito se voltar para a tutela do meio ambiente e que esta escolha irá determinar o status a ele conferido, colocando-o como sujeito ou objeto das relações jurídicas e desencadeando a dualidade entre ecocentrismo e antropocentrismo¹³⁹.

Para Reisewitz, uma das possíveis visões é a que coloca o meio ambiente e seus recursos como beneficiários das normas de direito ambiental, por terem valor intrínseco. Por esse prisma, é possível defender a idéia de que os animais teriam direito a não serem tratados com crueldade, com fundamento no art. 225, inciso VII, da Constituição. Para tornar possível este argumento seria preciso conferir aos elementos do meio ambiente personalidade jurídica, aptidão para adquirir e cumprir obrigações. Ela reconhece que é possível considerar que as coisas existem independentemente da visão que o ser humano tem sobre elas, mas em relação aos valores há distinção, vez que enquanto atribuídos pelo ser humano, estarão sempre ligados

¹³⁷ MARQUES, José Roque Nunes. *Direito ambiental: análise da exploração madeireira na Amazônia*. São Paulo: LTr, 1999, p 129-132.

¹³⁸ DELGADO, José Augusto. Aspectos Constitucionais do Direito Ambiental. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 197, 201 e 227.

¹³⁹ REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 32.

a um juízo humano. Assim, o valor intrínseco do meio ambiente é intrínseco ao valor que o ser humano lhe atribui¹⁴⁰.

A outra corrente coloca o ser humano como único destinatário das normas de direito ambiental, e, portanto, como único sujeito desses direitos. Considera a proteção dos ambientes e seus recursos como objeto das relações jurídicas e cuja finalidade é a garantia de vida e da dignidade humana. Assim, o artigo constitucional que veda as práticas que submetam os animais à crueldade diz respeito a um direito humano de não conviver com elas, pois afetamos como seres sensíveis em relação ao sofrimento alheio. A preservação das florestas seria fundamentada na consciência de que dependemos do equilíbrio ecológico que elas propiciam. Este prisma apresenta duas importantes conseqüências: o meio ambiente é objeto das relações jurídicas e a preservação ambiental não deve ser considerada uma meta independente da qualidade de vida.

Lúcia Reisewitz critica o que poderia ser chamado de antropocentrismo exacerbado, ao dizer que o fato de reconhecermos que em uma realidade criada pelo ser humano é ele quem atribui valor a todas as coisas, não significa necessariamente que ele se colocará em um patamar de superioridade. Reisewitz entende que o antropocentrismo não determina a supremacia do ser humano em relação a todas as coisas, mas a igualdade de todos, impedindo que ele próprio seja tratado como coisa. Afirma que não é o antropocentrismo, mas talvez a lógica capitalista, ou o liberalismo, o predador da natureza e da cultura. Conclui que partir do ponto de vista antropocêntrico não significa autorização para degradar o ambiente, e sim valorizá-lo ao máximo, pois é fundamental para o equilíbrio da vida em todas as suas formas, sem fazê-lo em detrimento da preservação da vida humana¹⁴¹.

Embora negue a tensão entre antropocentrismo e ecocentrismo é possível dizer que Lúcia Reisewitz promove uma leitura de um antropocentrismo abrandado, que busca preservar toda a vida, sem prejuízo da garantia à dignidade humana.

É esta a noção que perpassa a lição de José Robson da Silva, para quem a dignidade da pessoa humana possui um núcleo antropológico, que não introduz uma ruptura, mas estabelece um mínimo de garantias para o objeto, na perspectiva de atender aos interesses e necessidades fundamentais da pessoa, vedando a prática de maus tratos, violência ou crueldade contra os animais¹⁴².

Deste modo não se rompe efetivamente com o nó antropocêntrico, pois a

¹⁴⁰ Ibidem, p. 33.

¹⁴¹ Ibidem, p. 33-34.

¹⁴² SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 122 e 129.

medida do Direito são atos humanos, os destinatários da norma são os humanos, os vícios combatidos são vícios que extrapolam um sentimento médio de humanidade, cuja matriz, em grande parte, é a sociedade ocidental-judaica-cristã.¹⁴³

Não é no caput do art. 225 da Constituição Federal¹⁴⁴ que José Robson da Silva vê este novo paradigma, porque a palavra “todos” está a se referir aos humanos. Ele se revela no parágrafo primeiro, inciso sétimo, que protege a função ecológica da flora e da fauna, proíbe os atos que levem à extinção ou submetam animais à crueldade. Assim, existiria um direito da flora e fauna de não serem extintos; um direito a que na utilização não se realizem atos que comprometam sua função ecológica; e um direito de não sofrer tratamento cruel¹⁴⁵.

Também Paulo Affonso Leme Machado entende haver esta dicotomia ao expressar

O caput do art. 225 é antropocêntrico. [...] A Declaração da Conferência do Rio de Janeiro/92 ratificou esse posicionamento ao colocar, no seu Princípio 1: “Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável.

Nos parágrafos do art. 225 equilibra-se o antropocentrismo com o biocentrismo (nos §§ 4º e 5º e nos incisos I, II, III e VII do § 1º), havendo a preocupação de harmonizar e integrar seres humanos e biota.¹⁴⁶

Paulo de Bessa Antunes compreende que o direito ambiental rompe com a doutrina jurídica que tem por base o sujeito de direito, reconhecendo algum status jurídico a animais e a ecossistemas, fazendo possível a defesa imediata de formas de vida não humana, e mediatamente assegurando aos seres humanos o desfrute do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Reconhecem-se direitos próprios da natureza, conforme os inc. I, II e VII do art. 225 da Constituição Federal, independentemente do valor que possa ter para o ser humano, negando concepções passadas, pelas quais o homem subjugava a natureza. “A evolução desejável é que o Ser Humano possa se conceber como uma parte da natureza e que depende do todo para sua sobrevivência”.¹⁴⁷

Mostra-se a necessidade de uma posição compromissória, pela qual se deveria reconhecer que a humanidade não pode ser considerada como o centro da biosfera, ponto de convergência do reconhecimento e respeito pelo standard de moralidade baseado na pessoa humana, devendo-se permitir a inclusão da natureza, a partir do reconhecimento de que também possui uma existência moral relevante, atribuindo-lhe um valor intrínseco,

¹⁴³ Ibidem, p. 130.

¹⁴⁴ Em verdade o autor diz que na Constituição percebe-se um pêndulo entre os paradigmas antropocêntrico e biocêntrico.

¹⁴⁵ SILVA, op.cit., p. 208.

¹⁴⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 110.

¹⁴⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 25 e 27-28.

independente das necessidades humanas, e tampouco vinculada a uma ética utilitarista¹⁴⁸.

Analisando os termos do art. 225, CF, afirma Carolina Medeiros Bahia que a ordem constitucional brasileira filiou-se à perspectiva antropocêntrica alargada, vez que constitui a opção ética acolhida pelo sistema jurídico brasileiro, tendo em vista a concepção de desenvolvimento humano sustentável, que tenta compatibilizar a proteção ambiental com as facetas econômica, social, política e cultural do desenvolvimento humano, sendo imperativo que a proteção ambiental guarde sempre a dimensão da garantia da dignidade da pessoa humana e da sadia qualidade de vida¹⁴⁹.

Esse antropocentrismo alargado não se confunde com o antropocentrismo clássico que considera o ambiente como coisa a ser saqueada. Ele estabelece um paradigma que rompe com o centralismo jurídico em torno do homem e define uma preocupação plural, que o põe na teia da vida¹⁵⁰.

Patryck de Araújo Ayala considera que uma nova arquitetura constitucional dos direitos fundamentais leva em consideração propostas conciliatórias fundadas em pluralismos morais, nas quais a dignidade da pessoa humana e as necessidades ecológicas são os valores de definição do objetivo central dos direitos, qual seja a proteção da vida humana¹⁵¹.

Nestes termos é que afirma:

O objetivo de promoção do bem-estar do homem passa a compartilhar seu espaço no sistema jurídico, com o bem-estar de todas as formas de vida, em um modelo moral conciliatório, que atribui valor jurídico à proteção dos sistemas ecológicos.¹⁵²

A afirmação de um direito fundamental ao meio ambiente e, sobretudo, o reconhecimento de uma identidade particular ao bem ambiental desafiam a clássica configuração unitária de justificação destes direitos, mas, mesmo que consolide uma “independência axiológica da natureza”, encontram-se baseados na proteção do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵³.

¹⁴⁸ AYALA, Patryck de Araújo. O princípio da precaução e a proteção jurídica da fauna na constituição brasileira. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 10, n. 39, jul./set. 2005, p. 153.

¹⁴⁹ BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 113.

¹⁵⁰ SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 202-205.

¹⁵¹ AYALA, op.cit., p. 152.

¹⁵² Ibidem, loc.cit.

¹⁵³ Ibidem, p. 153.

5 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS

5.1 A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Para a teoria dos direitos fundamentais, é muito importante a distinção entre regras e princípios, por constituir a base jusfundamental e por ser uma chave para solução de problemas centrais da dogmática daqueles direitos. Sem ela, explica Robert Alexy, não pode existir uma teoria adequada dos limites, sequer uma teoria satisfatória da colisão¹.

Uma corrente de pensamento atribui aos princípios a característica de se oporem às normas. Alexy, por sua vez, considera que as regras e os princípios são resumidos debaixo do conceito de norma. Tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. A distinção entre regras e princípios é qualitativa entre dois tipos de normas². Gomes Canotilho segue a orientação traçada por Alexy, Dworkin e outros³.

Explica Robert Alexy que princípios tem de ser concebidos das garantias diretamente estatuídas pelas disposições jus fundamentais⁴, enquanto as regras surgem da determinação de condições de precedência, como resultados de ponderações.

Essencialmente o debate vincula-se à aplicabilidade ou não dos princípios para a solução dos casos concretos e para a máxima efetividade do direito vigente. Os juristas tradicionais identificam a falta de efetividade à prescrição meramente principial e a produção de efeitos no mundo das relações sociais à prescrição jurídica normativa.

Segundo Robert Alexy, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os últimos são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Assim, os princípios são *mandados de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, o que depende das possibilidades reais, ou fáticas, e jurídicas⁵. Encontram-se na Constituição Federal brasileira de 1988 normas que podem ser classificadas como princípios

¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 82.

² *Ibidem*, p. 82-83.

³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160.

⁴ Robert Alexy extrai da decisão do caso Lüth, de 1958, a noção de que os direitos fundamentais são titulados como princípios. (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007, p. 72-73).

⁵ *Idem*, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86-87.

ou como regras e esta distinção é importante para quando se indaga se mesmo os direitos fundamentais que não receberam do Constituinte normatividade suficiente são auto-aplicáveis.

Princípios traduzem mandados de otimização com força constitucional, atribuindo um dever aos poderes públicos de extraírem das normas a maior eficácia concreta possível. Os direitos fundamentais caracterizados como regras constituem-se em ordem de execução e obediência vinculada⁶. Nesta ordem de idéias cumpre fundamental papel a teoria da ponderação de princípios constitucionais para lhes conferir efetividade.

Thomas Bustamante explica que dizer que uma norma é um mandado de otimização estabelece o dever de realizar um estado ideal de coisas na máxima medida possível, sem descrever, antecipadamente, os comportamentos necessários para tanto. São normas às quais se pode aderir em maior ou menor extensão, sendo possível cumprir em diferentes graus o comando em questão; em cada colisão entre princípios constitucionais, a forma de otimização será diferente, em razão das condições fáticas e normativas do caso concreto⁷.

As possibilidades fáticas são avaliadas, no caso concreto, diante dos fatos. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos, funcionando como cláusula de exceção a carga de argumentação em relação a um deles, afastando os demais, total ou parcialmente⁸.

Por outro lado, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Havendo uma norma válida, deve-se fazer exatamente o que ela exige; nem mais nem menos⁹. As regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível¹⁰.

⁶ SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 59.

⁷ BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 14, n. 54, jan./mar. 2006, p. 83.

⁸ PUHL, Adilson Josemar. *Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*. São Paulo: Editora Pillares, 2005, p. 96-97.

⁹ Diversa é a opinião de Humberto Ávila, para quem “Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais” e “a afirmação de que as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada só tem sentido quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas”. Humberto Ávila entende que a ponderação não é de aplicação privativa entre os princípios, já que em alguns casos as regras entram em conflito e a solução depende da atribuição de peso maior a uma delas. Assim, as regras também carecem de ponderação, admite a distinção entre as normas apenas em função do grau de abstração anterior à interpretação relativamente à norma de comportamento, maior nos princípios e menor nas regras. Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, os princípios são normas imediatamente finalísticas. (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47-48, 52-53 e 71). Também aponta divergência no grau de concretização entre as normas CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003, p. 1173.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86-87.

O superfortalecimento do constitucionalismo hodierno, consoante Francisco Cunha Filho, para o qual a Constituição não tem palavras inúteis e inaplicáveis, difundiu as idéias de que os princípios são aplicáveis a casos concretos e no confronto com regras, sobre estas devem prevalecer¹¹.

Fixar princípio como norma dá suporte à postura ideológica nova que, aliada ao entendimento de que os mais importantes e abrangentes princípios de uma sociedade ficam inseridos na Constituição, reforçam a necessidade de sua mais ampla e profunda concretização.

5.2 CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS – A PONDERAÇÃO NA PROPOSTA DE ALEXY

Um conflito entre regras, segundo Alexy, somente pode ser solucionado por duas formas: ou introduzindo em uma regra uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou declarando inválida uma das regras¹². Neste último caso, o problema pode ser solucionado através de regras tais como “lex posterior derogat legi priori” ou “lex specialis derogat legi generali”¹³. A validade não é graduável e sem a introdução de uma regra de exceção, uma das normas deve ser declarada inválida¹⁴.

Diferentemente ocorre quando se trata de choques entre princípios¹⁵, que segundo

¹¹ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Cultura e democracia na constituição federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 55.

¹² No mesmo sentido CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003, p. 1162.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 88.

¹⁴ CEZNE, Andrea Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 13, n. 52, jul./set. 2005, p. 55. Parece ser contra a nomenclatura que Alexy usa a maior divergência que Humberto Ávila apresenta contra a distinção entre regras e princípios da construção do Professor Alemão. Ao invés da afirmação de invalidade de uma regra, Ávila adverte com o afastamento de uma regra, ou com a sua não aplicação integral. À afirmação da dimensão de peso dos princípios Ávila explica que são às razões e aos fins da norma que se deve atribuir um peso no caso concreto. Ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 53, 59, 74. É admissível a correção de Ávila no tratamento das regras, pela clareza que empresta à linguagem, mas isto não invalida a construção de Alexy, no tocante aos princípios, que devem ser atendidos na maior medida possível, ainda que, como afirma o professor gaúcho, um princípio possa ser, em determinado caso, declarado prioritário ao outro. É preciso ter em consideração que o grau de indeterminação do comportamento exigido para o cumprimento dos princípios, ou do estado ideal de coisas a ser promovido, admite mais apropriadamente que as regras a diferente graduação na aplicação que a técnica de ponderação preconiza.

¹⁵ Embora o direito sempre tenha convivido com a questão das antinomias, nunca se falou tanto de colisões normativas e necessidade de ponderação como nas últimas décadas, apontando-se elementos sociológicos, como o aprofundamento da complexidade das relações humanas, elementos jurídicos, a exemplo do movimento de retorno do direito aos valores e a ampliação do espaço no qual o intérprete está autorizado a transitar, e elementos políticos, como o processo de transferência da discussão política para o Judiciário, em detrimento das instâncias de representação política. (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 6-16).

Alexy têm o costume de colidir, tornando necessária uma ponderação de bens¹⁶. Neste caso, um dos princípios tem que ceder ante o outro, o que não significa declarar inválido o princípio deslocado, ou que nele tenha que se introduzir uma cláusula de exceção.

O que se verifica é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira diversa. “Um princípio enuncia uma razão que argumenta em uma direção, mas não exige uma decisão em particular”.¹⁷ É isto que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferentes pesos e que prima o princípio com maior peso¹⁸. A solução da colisão consiste, tendo em conta as circunstâncias do caso, em estabelecer entre os princípios uma relação de *precedência condicionada*¹⁹.

Nenhum princípio pode, a priori, e sem a consideração das circunstâncias de um caso concreto, prevalecer sobre outro, o que corresponderia, na acepção de Alexy, ao estabelecimento de uma relação de *precedência incondicionada*. Esta ausência de hierarquia

Aponta, em última instância, à fundamentação racional de juízos de dever ser de direitos fundamentais concretos. A racionalidade da fundamentação exige que a via desde as definições dos direitos fundamentais aos juízos de dever ser de direitos fundamentais concretos seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos.²⁰ (tradução nossa)

A técnica para solução das colisões aproxima-se do método ou estilo tópico, cujo maior referencial é a obra de Theodor Viehweg, publicada em 1953, na Alemanha, que alterou significativamente a metodologia jurídica. Sua proposta consiste na recuperação de um estilo de raciocínio jurídico voltado para o problema, abandonado desde a Modernidade, e não para a norma²¹.

¹⁶ *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007, p. 73. Ver também J. J. Gomes Canotilho. “As idéias de ponderação (Abwägung) ou de balanceamento (Balancing) surge em todo o lado onde haja necessidade de ‘encontrar o direito’ para resolver ‘casos de tensão’ (Ossenbühl) entre bens juridicamente protegidos”. Ele destaca que a inexistência de ordenação abstrata dos bens constitucionais e a formatação principial de muitas normas consagradoras de direitos fundamentais, tornam indispensável uma operação de balanceamento desses bens de forma a obter uma norma de decisão de acordo com as circunstâncias do caso. (*Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003, p. 1182 e 1237).

¹⁷ CEZNE, Andrea Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 13, n.52, jul./set. 2005, p. 53.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 89.

¹⁹ *Ibidem*, p. 91-92.

²⁰ “[...] apunta, en última instancia, a la fundamentación racional de juicios de deber ser de derechos fundamentales concretos. La racionalidad de la fundamentación exige que la vía desde las deficiones de los derechos fundamentales a los juicios de deber ser de derechos fundamentales concretos sea accesible, en la mayor medida posible, a controles intersubjetivos.” (*Ibidem*, p. 39).

²¹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 17 e 33.

Na tópica o pensamento jurídico é essencialmente problemático. Inverte-se a perspectiva de aplicação do direito cuja ênfase passa a recair na indução e não mais na dedução. A partir do caso concreto o julgador deve buscar a solução mais justa, por meio de procedimento dialógico, no qual são testados os diversos topoi (pontos de vista), para verificar qual deles acena com a melhor resposta para o problema enfrentado²².

Os topoi configuram lugares comuns na argumentação discursiva, que sem vincular o juiz, apenas apresentam-lhe alternativas para a solução de determinado problema. São diretrizes retóricas reveladas pela experiência, sem nenhum propósito sistemático e numa ordem descuidada, que objetivam servir de fio condutor para a descoberta de uma resposta razoável para o caso concreto. A decisão resulta do confronto dialético entre os diversos topoi pertinentes ao caso, devendo prevalecer o que contribuir para a construção da solução mais justa²³.

Os topoi não são certos ou errados, mas apenas mais ou menos adequados para a solução de determinado problema. O estilo tópico é essencialmente casuístico e prático. Mas, conforme Daniel Sarmento, ele peca pela unilateralidade, ao desprezar a importância da dimensão sistemática no fenômeno jurídico²⁴.

Na construção de Alexy, as colisões de direitos fundamentais devem, segundo a teoria dos princípios, ser qualificadas de colisões de princípios, sendo o procedimento para a sua solução, a ponderação²⁵. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do

²² Ibidem, p. 39-41, 94, 98 e 105.

²³ Ibidem, p. 48-52, 88-91.

²⁴ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, 2002, p. 129.

²⁵ Com o caso Lüth, decidido em 1958, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, que Alexy considera o primeiro exemplo do desenvolvimento pleno do espaço amplo dos direitos fundamentais, evidencia-se que sempre quando a aplicação de normas conduz à limitação de um direito fundamental deve ter lugar uma ponderação dos princípios colidentes. (ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 24, out./dez. 2005, p. 334-344). Ana Paula de Barcellos fornece um conceito de ponderação segundo o qual é a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais. Tal conceito se afasta da proposição original de Alexy, pois toca a conflitos que não os exclusivamente principiológicos, mas infra-legais e concretos, ou para definir o sentido de conceitos jurídicos indeterminados, e chega, como anuncia a autora, a assumir uma dimensão muito ampla de forma a identificar ponderação com interpretação. É possível dizer que a ponderação para Ana Paula de Barcellos assume um procedimento prévio em relação à ponderação para Alexy, pois compreende, como primeiro passo, a identificação das normas – em verdade das regras, cuja aplicação considera preferencial aos princípios - em conflito, para só então examinar as circunstâncias do caso concreto e, num terceiro momento, analisar conjuntamente os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles. Considerável destaque em sua obra é dado à construção do que denomina parâmetros abstratos gerais, em que expõe a preferência na aplicação das regras (o que inclui o núcleo dos princípios), à aplicação de princípios, em sua área não nuclear, (apesar de não expor que fazer quando das normas em conflito se extraíam duas regras em sentido oposto, e de parecer negar o pressuposto da ponderação que é exatamente a avaliação de pesos entre normas-princípios em oposição a normas-regras, que não são avaliadas porque elaboradas para valer ou não – tudo ou nada), e a prevalência das normas constitucionais relacionadas com os direitos fundamentais e a dignidade humana sobre as demais (embora não explique como resolver conflitos em que ambas as normas se refiram a direitos fundamentais). Assim, o primeiro parâmetro geral seria aplicável à primeira fase da

tipo teórico-normativo, o outro metodológico. Assim, a discussão sobre a teoria dos princípios é, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação²⁶. Sobre ela Alexy afirma que no direito constitucional alemão esta é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo, que é o da proporcionalidade²⁷. Este consiste de três princípios parciais, que expressam a idéia da otimização²⁸.

A ponderação como parte de um exame de proporcionalidade é o problema nuclear da

ponderação enquanto o segundo parâmetro geral aplica-se à terceira fase, como ficará claro nos parágrafos seguintes (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005). Síntese da tese exposta no livro citado pode ser encontrada em BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Conferir especialmente as páginas 57-58, 61, 71, 80, 91-92. Também se posiciona pela preferência na aplicação das regras aos princípios de mesmo nível hierárquico, Humberto Ávila. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 103-106.

²⁶ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 217, jul./set. 1999, p. 67-79. Para Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos aos fatores relevantes de uma determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita. BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 350.

²⁷ O conceito de proporcionalidade na doutrina brasileira tem mostrado variações que se distanciam da perspectiva de Alexy. A filiação a uma origem americana liga a ponderação, como princípio, assimilado ao da razoabilidade, à garantia do devido processo legal. É por intermédio do *substantive due process* que se procede ao exame de razoabilidade e de racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público. Analisa-se a compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e/ou administrador e os fins visados, na hipótese de limitação a algum direito individual, segundo os parâmetros da adequação, da exigibilidade ou necessidade (também conhecido como princípio da menor ingerência possível ou da proibição do excesso) e da proporcionalidade em sentido estrito. Ver BARROSO, Luís Roberto. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. In: MAIA, Antonio Cavalcanti (Org.) *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 324 et seq. Ver também nesta linha, com a distinção de ligar o princípio ao do Estado Democrático de Direito, BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 37-39, 59, 74, 96-100, passim. Ocorre que, neste sentido, a proporcionalidade é mecanismo para avaliar a incidência de ação estatal sobre esfera de direitos dos cidadãos e dizer da sua justiça ou não, diverso, portanto, do sentido emprestado por Alexy, adotado nesta dissertação, de resolução de conflito entre direitos fundamentais, sem a consideração da ingerência do legislativo infraconstitucional na restrição dos mesmos direitos. É possível entender a proporcionalidade ainda em um terceiro sentido, como explica Adilson Josemar Puhl, considerando uma mescla entre a doutrina alemã, que utiliza as nomenclaturas proporcionalidade e proibição de excesso, e entende derivado do princípio do Estado de Direito, e a doutrina americana, que usa o termo razoabilidade, decorrente da cláusula do *substantive due process of law*. Também este autor entende que os termos são intercambiáveis e da mesma forma busca extrair três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, embora reconheça que o princípio seja útil não apenas para proteger o direito individual contra as ingerências estatais, mas também nos conflitos de interesses entre os cidadãos. (PUHL, Adilson Josemar. *Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*. São Paulo: Editora Pillares, 2005, p. 59-69, 76-82, 106-115 e 182). Do mesmo modo estabelece, quanto aos três subprincípios, BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 77-88. Completamente diversa é a noção que desenvolve Humberto Ávila. Ele considera a proporcionalidade um postulado normativo, ou uma metanorma, isto é, uma norma que estabelece a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras, mas ainda vincula a análise a uma relação entre meios e fins. (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 122-149, passim).

²⁸ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 24, out./dez. 2005, p. 334-344.

dogmática dos direitos fundamentais e a razão principal para a abertura dos catálogos de direitos fundamentais²⁹. Problemas análogos existem em muitos direitos fundamentais sociais. Sem ponderação não pode ser verificado o conteúdo exato desse direito³⁰.

A ponderação consiste na avaliação das condições de precedência e na fundamentação da tese de que certo princípio antecede a outro³¹. De um enunciado de preferência sobre uma relação de precedência condicionada se segue uma regra que prescreve a consequência jurídica do princípio que tem primazia quando se dão certas condições de prioridade³². Esta lei, que será chamada “lei de colisão”, é um dos fundamentos da teoria dos princípios de Alexy.

Como os princípios ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas, não contêm *mandados definitivos*. Do fato de um princípio preceder num caso não se infere que o que o princípio exige para este caso valha como resultado definitivo. Os princípios mesmos não são nunca razões definitivas³³. Todavia, a solução de colisão apresentada para o caso concreto não significa que somente seja relevante para este caso – pode-se estabelecer relações de precedência que possam ser utilizadas em casos novos, já que estas relações fornecem informações sobre o peso relativo dos princípios em balanceamento³⁴.

Na atribuição e balanceamento dos pesos relativos dos princípios opostos na discussão da questão, relevante papel assumem os argumentos. Por isso Alexy entende ser necessário complementar a teoria dos princípios com uma teoria da argumentação jurídica. A lei de ponderação não formula nenhuma pauta para decidir definitivamente os casos, mas aliada à teoria da argumentação jurídica permite a definição de um critério de análise³⁵.

Entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade existe uma conexão, como já anunciado. Princípios são mandatos de otimização com respeito às possibilidades jurídicas e fáticas. Para chegar a uma decisão, quando se entrecrocamos dois princípios opostos,

²⁹ O mesmo texto constitucional consagra valores diferentes e interesses políticos diversos que poderão se chocar reciprocamente. Essa pluralidade exigirá do intérprete um esforço especial a fim de preservar cada uma das disposições envolvidas, definir-lhes os contornos e manter a unidade da Constituição. (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 10-11).

³⁰ ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Revista de Direito Administrativo. São Paulo, n.217, jul./set. 1999, p. 55-66.

³¹ Idem, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 93.

³² Com o que um princípio pode ser razão concreta para juízos concretos de dever-ser.

³³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 103.

³⁴ CEZNE, Andrea Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 13, n. 52, jul./set. 2005, p. 65.

³⁵ ALEXY, op.cit., p. 167.

é necessária uma ponderação no sentido da lei de colisão.

Ante princípios que não podem ser quantificados, nem hierarquizados, e que expressam na esfera deontológica, ou do dever ser, o que os valores significam na esfera axiológica, a ponderação cumpre relevante papel. Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito nascem sempre quando o exercício ou a realização destes direitos de um titular tem conseqüências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares os quais podem ou não ser colidentes³⁶.

Segundo Alexy, “Otimizar princípios [...] pede, ao lado da exclusão de sacrifícios desnecessários, somente a justificação do sacrifício necessário por, pelo menos, igual importância do cumprimento do princípio, cada vez, em sentido contrário”³⁷.

O mandamento da ponderação corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade, conforme elaboração do direito constitucional alemão. O primeiro é o princípio da idoneidade do meio empregado para o alcance do resultado com ele pretendido; o segundo, o da necessidade desse meio, conforme o qual ele não é necessário se existe um mais ameno, menos interventor.

Destarte, a máxima de proporcionalidade se divide em três aspectos: a máxima de proporcionalidade em sentido estrito, que trata das possibilidades jurídicas da efetividade dos princípios; as máximas da necessidade e da adequação, que tratam das possibilidades fáticas ou reais³⁸, da efetividade dos princípios.

O princípio da idoneidade ou da adequação exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, a cuja realização eles devem servir. O que se indaga é se a medida restritiva irá produzir os efeitos pretendidos e havendo duas ou mais medidas possíveis, deve-se adotar a que melhor produza os efeitos almejados³⁹. “Considerando que o fim colimado pela norma pode ser atingido por diversos meios, revelar-se-á adequado o meio apto a atingir o fim visado, sendo dotado de pertinente”⁴⁰.

Já o princípio da necessidade pede, entre dois meios, que, em geral, fomentam igualmente bem um princípio, escolher aquele que menos intensamente intervém em outro

³⁶ Idem, Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 217, jul./set. 1999, p. 67-79.

³⁷ Idem, *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007, p. 88.

³⁸ Ibidem, p. 82.

³⁹ PUHL, Adilson Josemar. *Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*. São Paulo: Editora Pillares, 2005, p. 110.

⁴⁰ BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 134.

princípio, ou que se mostre o menos oneroso ou ainda, mais benigno. Assim, dentre os diversos meios disponíveis, deve-se escolher o que de modo mais suave irá tocar os direitos⁴¹ ou o menos agressivo aos bens e valores constitucionalmente protegidos⁴².

A ponderação é objeto do terceiro princípio parcial da máxima da proporcionalidade. Segundo ele, quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio⁴³, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro⁴⁴. Devem ser seguidos três passos. No primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A seguir, deve-se comprovar a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Como terceiro passo, deve ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do primeiro⁴⁵.

Acerca da máxima da ponderação, Alexy expressa que

Quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro. Esta regra expressa uma lei que vale para a ponderação de princípios, de qualquer tipo que eles sejam. Pode ser chamada “lei da ponderação”. De acordo com a lei da ponderação, a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro.⁴⁶ (tradução nossa)

Nas ponderações é importante verificar o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, por um lado, e o grau de importância da satisfação do outro princípio, por outro. A uma afetação muito intensa, deve corresponder um grau de importância ou de satisfação muito alto.

Todas as colisões podem somente ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos. A questão é como isso

⁴¹ PUHL, Adilson Josemar. *Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*. São Paulo: Editora Pillares, 2005, p. 59-69 e 76-82.

⁴² BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 135.

⁴³ Importante frisar que a garantia de um direito fundamental somente pode ser restringido por razões que também tenham dignidade constitucional. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, p. 51).

⁴⁴ A isto Alexy denomina de lei de ponderação. (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007, p. 82-83.

⁴⁵ Idem, Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 24, out./dez. 2005, p. 334-344.

⁴⁶ “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Esta regla expresa una ley que vale para la ponderación de principios, de cualquier tipo que ellos sean. Puede ser llamada ‘ley de la ponderación’. De acuerdo con la ley de la ponderación, la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro.” (Idem, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 161).

deve ocorrer⁴⁷. A tarefa que se impõe é determinar em que intensidade isto pode ocorrer, ou a partir de quando uma afetação se encontra justificada por um benefício.

De forma sintética, traduzindo a formulação de Alexy, Daniel Sarmento explica que na aplicação da técnica da ponderação, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se no caso concreto eles efetivamente se confrontam ou se é possível harmonizá-los. Nesta tarefa estará cumprindo o princípio da unidade da Constituição que demanda a busca da conciliação entre normas constitucionais aparentemente conflitantes, evitando antinomias e colisões. Cuida-se de identificar e examinar os limites dos princípios imanentes; se da interpretação dos princípios resultar a constatação de uma efetiva colisão, deve-se passar à segunda fase do processo, que envolve a ponderação dos interesses em disputa⁴⁸.

Neste caso o intérprete deve impor “compressões” recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando alcançar um ponto em que a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro. Em primeiro lugar, terá de comparar o peso genérico que a ordem constitucional confere, em tese, a cada um dos interesses envolvidos. Ele deve adotar como norte a tábua de valores inscritos na Constituição. Embora não se possa dizer que exista uma hierarquia entre as normas, ela não empresta a mesma relevância a todos os interesses que abriga. O peso genérico é apenas indicativo do peso específico que cada princípio vai assumir na resolução da questão. Ele dependerá da intensidade com que estiverem afetados os interesses tutelados por cada um dos princípios em confronto⁴⁹.

Para avaliar a intensidade da intervenção num princípio ou num direito fundamental, e permitir mais segurança na aplicação da ponderação, Alexy elabora uma escala, a que denomina triádica, em que figuram os graus leve, médio e grave. Para estabelecer a lei de ponderação, são atribuídos esses valores a cada um das duas dimensões da lei de ponderação (intensidade de intervenção em um princípio e importância da satisfação do princípio colidente) e então realizadas associações entre esses graus⁵⁰. Assim, objeto da avaliação como

⁴⁷ Idem, Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 217, jul./set. 1999, p. 67-79.

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, 2002, p. 99-100.

⁴⁹ Ibidem, p. 100 et seq.

⁵⁰ Alexy entende aplicáveis estes três graus a cada um deles individualmente, mas ressalta a dificuldade de operar com tantas categorias. “Os nove graus de um tal modelo triádico duplo permitem distinguir intervenções muito graves de grave médias, e justamente, agora ainda, de graves. Tais refinações, que aliás não são convenientes em toda parte [...] porém têm limites. Se se quisesse ir mais além, então se deveria falar em um terceiro grau de coisas, como intervenções graves muito leves. Quem poderia ainda entender isso?” (*Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2007, p. 83). É ainda Alexy que diz: “É, em último lugar, a natureza do direito constitucional que fixa limites à fineza da

leve, médio e grave são, por um lado o grau de não-cumprimento, de intervenção ou prejuízo de um princípio e, por outro, a importância do cumprimento do princípio adverso⁵¹.

Objeta-se que a ponderação não constitui um método que permita o controle racional, abrindo campo para o subjetivismo e decisionismo judicial, minimizando a previsibilidade que deveria pautar a atuação do aplicador do direito. Acrescenta-se à crítica o argumento de que não parece compatível com a idéia de Estado de Direito e da divisão dos poderes⁵², ou com uma Constituição rígida, autorizar que a aplicação das normas constitucionais seja definida em função de juízos casuísticos, que podem restringir e mesmo afastar a aplicação de normas que sequer poderiam ser alvo de medidas legislativas que lhes pudessem tentar abolir (art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988)⁵³.

Parte das críticas seria aplicável, embora em menor intensidade, à interpretação jurídica como um todo, em especial nas hipóteses em que o intérprete está diante de valores ou opções políticas ou de conceitos jurídicos indeterminados⁵⁴.

Valem as objeções porquanto se infere que a ponderação não é um procedimento que, em cada caso, conduza exatamente a um resultado. Mas disso não se pode extrair que a ponderação não seja um procedimento racional, ou seja, irracional⁵⁵. O problema da racionalidade da ponderação conduz à questão da possibilidade da fundamentação racional de

escalação e, de todo, exclui escalas de tipo infinitesimal”. (Ibidem, p. 144). Assim, afastam-se do presente estudo tanto esta escala dupla, quanto as classificações que atribuem conseqüências aritméticas ou geométricas, porque não parecem acrescentar nenhum caractere (plausibilidade, objetividade), que já não possa ser deduzido da fórmula que usa os graus leve, médio e grave.

⁵¹ Ibidem, p. 138.

⁵² A objeção se dirige, em verdade, genericamente à chamada jurisdição constitucional, que pode intervir em competências legislativas para as quais não possui legitimidade democrática, embora se reconheça que o controle judicial de constitucionalidade confira clareza a uma ordem jurídica. “De fato, toda a ordem jurídica que se justifica, a partir de princípios, depende de uma interpretação construtiva e, desta maneira, daquilo que Sustain qualifica como ‘normas de fundo’. Toda a decisão de princípios ultrapassa uma interpretação do texto da lei, necessitando de uma justificação externa [...] Tal consideração não esclarece se o recurso inevitável a tais normas de fundo não abre ao tribunal constitucional a porta para uma criação do direito inspirada politicamente, a qual, segundo a lógica da divisão de poderes, deveria ficar reservada ao legislador democrático”. Para Habermas, a jurisdição constitucional que parte do caso concreto, está limitada à aplicação de normas constitucionais pressupostas como válidas, sendo de notar que os argumentos legitimadores da ponderação são dados preliminarmente ao tribunal, na perspectiva da aplicação do direito. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. v. I. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 297-298, 301, 306, 313-314). Mas é de se indagar se tais condicionamentos já não são suficientes para legitimar a atuação judicial, uma vez que ele próprio reconhece que “uma jurisprudência dirigida por princípios não precisa necessariamente ferir a estrutura de decisão organizada hierarquicamente [...]”, bem como que “normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso [...]”. p. 323 e 324.

⁵³ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 67.

⁵⁴ Idem, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 54.

⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 157.

enunciados que estabelecem preferências condicionadas entre valores⁵⁶ ou princípios opostos⁵⁷.

A respeito da construção de Alexy, Andrea Nárriman Cezne, destaca a elaboração de um método que põe sob controle a formulação das regras, decorrentes das relações de precedência condicionada estabelecidas entre os princípios em conflito:

O reconhecimento da aplicação da máxima de proporcionalidade aos conflitos entre princípios representa um extraordinário avanço, no sentido de proporcionar uma aplicação racional destes princípios, através de um procedimento formal muito claro. A importância de toda essa construção de regras e princípios é a construção de parâmetros racionais, especialmente dirigidos ao julgador para resolução de casos difíceis, de forma a afastar-se de um legalismo extremo, ou de um decisionismo puro.

[...]

Não se pode olvidar a importância desses caminhos teóricos apresentados, especialmente para possibilitar a fundamentação racional de uma prática judicial, que não pode mais ater-se simplesmente ao mundo simplificado das regras, mas deve responder às questões difíceis colocadas ao Poder Judiciário.⁵⁸

Estabelecer sentenças racionais sobre o grau de intervenção em um princípio, sobre o grau de importância pelo cumprimento do princípio contrário e, ao final, sobre a relação entre eles, garante o controle do método da ponderação, ao tempo em que afasta o subjetivismo, de que aquele é acusado. Crescem em importância, porque na base da ponderação, os argumentos plausíveis que servem para estabelecer os pesos relativos dos princípios colidentes a par de conferir racionalidade ao resultado da operação.

Como esclarece o próprio Alexy,

Ponderação sem discurso não é possível e as formas de argumento ou esquemas inferenciais do discurso abarcam, necessariamente, a estrutura da ponderação, como ela é tornada explícita pela fórmula do peso. [...] Se, porém, o discurso prático não fosse racional não existiria racionalidade

⁵⁶ Esta é outra objeção de Habermas, que diz basear-se o Tribunal Constitucional Federal, e conseqüentemente Alexy, numa compreensão falsa da sua atividade. Diferenciando valores de princípios, Habermas diz que os primeiros têm um sentido teleológico, enquanto os últimos são dotados de sentido deontológico e que a chamada jurisprudência de valores levanta o problema da legitimidade na medida em que se transforma numa instância autoritária, estabelece uma legislação concorrente e foge do âmbito da argumentação racional, vez que valores são preferidos ou rejeitados de modo irrefletido, fazendo com que os argumentos funcionalistas prevaleçam sobre os normativos. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. v. I. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 314-323). É preciso destacar que Alexy faz uma clara distinção entre o âmbito de trabalho dos princípios – deontológico – e o âmbito de trabalho dos valores – axiológico - afirmando que em direito do que se trata é do que é devido, apesar de ser possível passar da constatação de que determinada solução é a melhor do ponto de vista constitucional (valor), à de que é devida iusconstitucionalmente. (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 138-147).

⁵⁷ *Ibidem*, p. 159.

⁵⁸ CEZNE, Andrea Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 13, n. 52, jul./set. 2005, p. 66-67.

prática.⁵⁹

Vale ressaltar, como faz Daniel Sarmiento, que o método da ponderação de interesses ou de princípios não representa uma técnica puramente procedimental para a solução de conflitos entre princípios constitucionais; ela incorpora uma irreduzível dimensão substantiva, na medida em que seus resultados devem se orientar para a promoção dos valores humanísticos superiores. Estes valores estão sintetizados no princípio da dignidade da pessoa humana, que confere unidade teleológica a todos os demais princípios e regras que compõem o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional⁶⁰.

“A despeito das críticas, nenhuma das opções sugeridas pela doutrina substitui satisfatoriamente a ponderação e nem supera as dificuldades metodológicas a ela imputadas”, segundo Ana Paula de Barcellos⁶¹.

Thomas Bustamante sentencia que

Se é verdade que nunca conseguiremos estabelecer parâmetros absolutamente seguros para dizer como cada caso deve ser valorado, podemos, contudo (e o modelo de Alexy é um bom exemplo disso), estabelecer estruturas para justificar as nossas valorações e para saber como trabalhar com elas.⁶²

Sendo inevitáveis os choques entre disposições constitucionais, com natureza de direitos fundamentais, algum método estrutural e funcionalmente sustentável deve permitir o encontro de solução. A proposta de Alexy mostra-se, assim, sustentável.

5.3 A COLISÃO ENTRE A PROTEÇÃO DA FAUNA E A PROTEÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS RELIGIOSAS DE MATRIZES AFRICANAS

5.3.1 Das hipóteses de adoção unilateral da teoria biocêntrica/ecocêntrica em detrimento das manifestações culturais

Vladimir Passos de Freitas ressalta que o ato de proteção às manifestações de crenças,

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 161.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, 2002, p. 57.

⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 18.

⁶² BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 14, n. 54, jan./mar. 2006, p 106.

danças, músicas e rituais de grupos étnicos formadores de nossa sociedade⁶³ deve ser feito partindo do pressuposto de que a manifestação seja enaltecida e colabore para o aprimoramento e felicidade do ser humano.

Foi com semelhante argumento que o Supremo Tribunal Federal considerou discrepante da norma constitucional inserida no art. 225 a manifestação conhecida como “farra do boi”⁶⁴. Considerou-se que a crueldade, entendida como inerente ao festejo, não contribuía para o enaltecimento do ser humano, pois promovia sofrimento ao animal⁶⁵. Voto divergente foi proferido pelo Ministro Maurício Corrêa, que entendeu que o Estado deve garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, e proteger as manifestações das culturas populares, coibindo eventuais excessos, que considera extrínsecos à prática.

A decisão, mesmo aliando-se à causa da proteção dos animais, revela uma inequívoca filiação antropocêntrica, na medida em que busca estabelecer que as práticas culturais sejam modelos de refinamento e de civilização, e que a crueldade com os animais, através de “paixões condenáveis”, não se compatibiliza com tal intento, ferindo o elevado sentimento humano de realização da dignidade da pessoa humana e construção de uma sociedade livre, justa e solidária⁶⁶. Outra decisão que expressa o entendimento do Supremo Tribunal Federal é a que trata da briga de galos, em que também se alegou crueldade, porque as aves vão à exaustão e à morte⁶⁷.

Nesta perspectiva foi igualmente realizada a análise por Maria Fernanda Leis⁶⁸, ao tratar de manifestações do patrimônio cultural brasileiro que utilizam animais, como a farra do boi, rodeios e o candomblé, que conforme seu entendimento, traduzem práticas cruéis, e

⁶³ FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: RT, 2000, p. 103.

⁶⁴ O Supremo Tribunal Federal, em 1997, no julgamento de um recurso extraordinário, teve que decidir sobre a constitucionalidade ou não da prática tradicional do Estado de Santa Catarina. RE 153531/SC, Recurso Extraordinário, Relator do Acórdão Ministro Francisco Rezek, julgamento em 03/06/1997, publicado em 13/03/1998. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 5, n. 18, abr./jun. 2000, p. 315-327.

⁶⁵ O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2000.021138-9, no Acórdão, a respeito da Lei Estadual nº 11.365/2000, que visava regulamentar a prática da farra do boi, imputa insito ao evento, além do tratamento cruel, a imposição de sacrifício ao animal. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Tutela do patrimônio cultural brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 269. Igual fundamento aparece na ADIN 02.001632-8 Sessão Plenária, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, j. 20.11.2002, sendo Relatora a Desembargadora Francimar Dias, que deferiu a medida cautelar por unanimidade, para suspender efeitos da Lei Estadual nº 7.380, de 14.12.1998, que disciplinava a briga de galos. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 8, n. 31, jul./set. 2003, p. 353-358.

⁶⁶ *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 5, n. 18, abr./jun. 2000, p. 326.

⁶⁷ Adotada na ADIMC 1.856-6-RJ, sendo relator o Ministro Carlos Velloso. Neste caso, a ação foi proposta contra a Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 2.895, de 20.03.1998. Julgada em 03.09.1998, v.u., DJ 22.09.2000, p. 69. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 6, n. 21, jan./mar. 2001, p. 295-298.

⁶⁸ LEIS, Maria Fernanda. *A influência do tratamento cruel aos animais domésticos no patrimônio cultural material brasileiro*. 2002. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

que não se encontram abrigadas no ordenamento jurídico brasileiro, em face de princípios e normas de direito ambiental. Na verdade, põe em dúvida a possibilidade de entender como integrante do patrimônio cultural nacional a ser protegido, manifestações em que seja verificado o tratamento cruel de animais. Sob seu ponto de vista, a crueldade contra animais domésticos interfere na proteção ao patrimônio cultural imaterial a ponto de determinar a modificação da manifestação ou mesmo a sua extinção.

O ponto fulcral é a repressão, na Constituição Federal e na Lei dos Crimes Ambientais, de crueldade contra animais, domésticos ou silvestres. Ela lembra que o termo fauna abarca os animais domésticos e domesticados, segundo a Constituição Federal, embora a Lei nº 5.197/67, alterada pela Lei nº 7.653/88, fale apenas em animais silvestres, o que poderia levar à conclusão de que somente a fauna silvestre possui amparo legal, pois a Constituição deixa à lei regular as hipóteses, vedando, no art. 225, § 1º, VII, as práticas que coloquem em risco a função ecológica da fauna e da flora, provoquem extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. Apesar das duas primeiras serem dirigidas aos animais silvestres, a última proibição pode ser aplicada a qualquer animal. Fernanda Leis lembra que a Lei nº 9.605/98, art. 32, impõe pena a quem praticar abusos, maus-tratos, ferimentos ou mutilações em animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.

A respeito da abrangência da proteção dos animais contra a crueldade, não diverge Patryck de Araújo Ayala. Segundo a ordem de valores da Constituição Brasileira, a proteção da fauna a partir da proibição de comportamentos cruéis não distingue espécies particulares ou modalidades da fauna específicas, isto é, todos os animais, componham ou não a fauna silvestre, estão situados sob a incidência da reserva constitucional⁶⁹.

Laerte Fernando Levai da mesma forma entende que a legislação brasileira põe a salvo todos os animais, protegendo-os de maus tratos e crueldades, e suas vidas e integridades físicas não podem sucumbir diante de interesses comerciais, econômicos ou religiosos, que chama de rituais sanguinolentos⁷⁰.

O embate, embora Maria Fernanda entenda que “desproteger um bem cultural é aniquilar as raízes formadoras de uma nação [...] como também extirpar a própria identidade personificadora”⁷¹, resolve-se pela preponderância do direito ambiental, na estruturação que o

⁶⁹ AYALA, Patryck de Araújo. O princípio da precaução e a proteção jurídica da fauna na constituição brasileira. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 10, n. 39, jul./set. 2005, p. 179.

⁷⁰ LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade consentida: crítica à razão antropocêntrica. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, n. 1, v. 1, jan./dez. 2006, p. 179.

⁷¹ LEIS, Maria Fernanda. *A influência do tratamento cruel aos animais domésticos no patrimônio cultural imaterial brasileiro*. 2002. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 27.

liga à sadia qualidade de vida, com base na unidade do sistema jurídico.

Apesar da Constituição garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, protegeu a fauna, vedando as práticas cruéis, o que significa que as manifestações da cultura devem ser salvaguardadas e incentivadas, desde que não haja crueldade contra animais, uma vez que fere não só a prática da civilidade e os bons costumes, mas também a sensibilidade humana, pelo respeito que o homem tem a todas as formas de vida⁷².

Ocorre que quando fala dos animais daninhos⁷³, Maria Fernanda exclui a possibilidade de crueldade, com o que revela uma inequívoca concepção antropocêntrica. Assim, o princípio de proteção que rege e regula as práticas de caça, apanha, pesca, se põe de lado no trato dos animais considerados nocivos à saúde e aos interesses econômicos dos homens. Afasta-se a proteção ao direito de existir, de ter preservada sua função ecológica e de não ser tratado com crueldade. A nocividade ou a ampliação de seu grau deve-se, muitas vezes, à ação do próprio homem, depois de provocar desequilíbrio ecológico e despejar resíduos que propiciam a infestação de pragas urbanas. Aqui a nova ética no tratamento do ambiente fica posta de lado, exatamente para combater os efeitos ou resultados provocados por uma ação humana. Outra exceção que estabelece é quanto aos animais silvestres cuja caça é permitida para alimentação de populações indígenas ou interioranas.

Diante do desenvolvimento cultural do povo e da constante transformação de seus anseios, Maria Fernanda Leis acredita ser possível a modificação das manifestações culturais que implicam crueldade contra animais, fazendo a proposta de proibir por completo a farra do boi e de relativizar a prática do candomblé, de modo a não utilizar animais de forma sacrificial⁷⁴.

José Robson da Silva entende que “diante da Constituição, todas as práticas humanas (mesmo que antigas e integrantes de manifestações culturais), cruéis, e que vilipendiam a condição de ser vivo são inconstitucionais”⁷⁵. Laerte Fernando Levai condena todas as formas de utilização ou manipulação de animais, colocando no mesmo cadinho as atividades do agronegócio, científico, sanitário, eventos supostamente culturais, esportivos e recreativos, e

⁷² Ibidem, p. 72.

⁷³ Dá como exemplo a Lei nº 9.605/98, que diz não ser crime o abate de animais nocivos (art. 37, IV) e lembra que a Lei nº 5.197/67 já trazia hipótese de permissão de eliminação de animais nocivos (art. 3º, § 2º).

⁷⁴ LEIS, Maria Fernanda. *A influência do tratamento cruel aos animais domésticos no patrimônio cultural imaterial brasileiro*. 2002. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 172.

⁷⁵ SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 209. O autor chama a atenção, ainda, para a Lei nº 6.938/81, em que vislumbra uma inequívoca vinculação ao paradigma biocêntrico e que promove a convergência entre a proteção à dignidade da vida humana e a proteção à vida de outros seres.

as motivadas pelas crenças religiosas. Tais utilizações, além de se submeterem às regras do utilitarismo, desconsideram a singularidade de cada criatura e o caráter sagrado da vida, qualquer que seja a sua forma⁷⁶.

Em artigo de Daniel Braga Lourenço, embora trate da religião conhecida como Santeria, que é professada nos Estados Unidos por refugiados cubanos instalados no sul da Flórida, e de como o assunto, que envolve a tutela jurídica dos animais, foi abordado pela Suprema Corte Americana, são expostos alguns pontos importantes para a presente discussão⁷⁷.

A religião Santeria se vale do sacrifício de animais como parte integrante de seus rituais, o que gerou uma tentativa de repressão à matança. O caso foi levado à Suprema Corte dos Estados Unidos, e julgado pelo prisma do conflito entre a liberdade religiosa e a possibilidade de utilização de animais em sacrifício⁷⁸. A Corte entendeu que os argumentos de que no Estado da Flórida o abate que não é para consumo alimentício é considerado imotivado e cruel, e que as imolações, que significam violências e arbitrariedades com os animais, que ademais não são consumidos, podem colocar em risco a saúde física e psíquica das pessoas, que seriam afetadas pelas cenas de violência e crueldade, não poderiam derrubar a liberdade de religião estabelecida por emenda à Constituição⁷⁹.

Daniel Braga entende que importante dissociação quanto à liberdade de crença-ação deixou de ser feita no caso da Corte Americana. Esta teoria, que considera também presente no Brasil, doutrinária e constitucionalmente, distingue liberdade de crença, que afirma a liberdade de consciência e de idéias, de forma absoluta, da liberdade de conduta, que pode ser limitada e relativizada na prática pelo ordenamento jurídico, de forma a permitir uma tolerante convivência entre as diversas religiões⁸⁰.

Expressa o autor que apenas a atribuição de baixo status moral aos animais, resquício do Direito das Sagradas Escrituras e do Direito Romano, ainda justifica o preconceito no seu tratamento e o descaso com a sua vida e integridade física e psíquica. Não entende justificado o sacrifício de animais, ainda que arraigado na prática religiosa, porque afronta o maior e mais

⁷⁶ LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade consentida: crítica à razão antropocêntrica. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, n. 1, v. 1, jan./dez. 2006, p. 176-177.

⁷⁷ LOURENÇO, Daniel Braga. A liberdade de culto e o direito dos animais não-humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 13, n. 51, abr./jun. 2005, p. 295-318.

⁷⁸ A Santeria é considerada pelo autor como muito similar ao Candomblé, pelo seu panteão de divindades, pela utilização de sacrifícios para marcar eventos significativos, pela forma de iniciação e instituição de sacerdotes masculinos e femininos.

⁷⁹ LOURENÇO, op.cit., p. 298-301.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 302.

tutelado bem jurídico de todos, que é a vida de seres sencientes, humanos ou não⁸¹. Para Braga as práticas religiosas podem ser relativizadas, devendo o Estado intervir para garantir o exercício de outros direitos, conforme a previsão do art. 5º, inciso VIII, da Constituição Federal. No caso, como os animais têm constitucionalmente protegidas suas vidas e integridades físicas, nenhuma prática pode impor o seu sacrifício⁸².

Semelhante posicionamento expressou Manoel Jorge e Silva Neto, ao dissertar sobre a liberdade religiosa, e entender restringida, pelo art. 64 da Lei de Contravenções Penais, a liberdade de culto e, no particular, a liberdade de sacrifício de animais no ritual do Candomblé e Umbanda. É seu entendimento que o sacrifício importa em crueldade, vedada pelo ordenamento jurídico⁸³.

5.3.2 Da ponderação entre os princípios da proteção das manifestações culturais religiosas de matriz africana e o da proteção aos animais

Embora seja possível dizer, como Hermano Vianna, que “as culturas não obedecem ao rigor de um sistema que estaria fundamentado num conjunto de regras estáticas, comuns a todos os indivíduos que vivem ‘nessa’ cultura”, é contestável aceitar o entendimento do autor, que duvida da idéia de que as culturas devem ser preservadas ou que as diferenças culturais devem ser mantidas a todo custo, por não ser possível dizer com precisão onde começa uma cultura e acaba outra⁸⁴.

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

⁸¹ Ibidem, p. 306, 308-310.

⁸² Ibidem, p. 306, 317-318.

⁸³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. A proteção constitucional à liberdade religiosa. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 40, n. 160, out./dez. 2003, p.120-121.

⁸⁴ Apesar de afirmar que o que deve ser combatido é a ameaça de homogeneização cultural. (VIANNA, Hermano. Diversidade e construção do futuro. In: BRANT, Leonardo (Org.). *Diversidade Cultural: globalização e cultural locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras Editora; Instituto Pensarte, 2005, p. 116-118).

identificam e singularizam coletividades humanas⁸⁵.

Da mesma forma que a biodiversidade é indispensável à sobrevivência dos ecossistemas, os sistemas culturais compostos do mosaico complexo das culturas do mundo precisam da diversidade para preservar o patrimônio humano para as gerações futuras. Hoje em dia, qualquer desenvolvimento só é eticamente justificável se for sustentável tanto do ponto de vista ambiental quanto cultural. A cultura e a diversidade cultural são vistas hoje não só como um fim, mas também como um objetivo do desenvolvimento, entendido assim como a realização da existência humana em toda a sua plenitude, em todos os quadrantes do planeta.⁸⁶

A UNESCO considera que uma das formas mais eficazes de preservar o patrimônio intangível é garantir que os portadores desse patrimônio possam continuar produzindo-o e transmitindo-o. Uma decisão que conduz à extinção do bem cultural de natureza imaterial afeta toda uma rede de relações intersubjetivas da comunidade em questão, produzindo efeitos sobre suas tradições, convivência, relações pessoais, expectativas e valores⁸⁷. Como assevera Daniel Barreto “A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana [...]” e implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones⁸⁸.

[...] cada vez que desaparece uma cultura ou um traço cultural, limita-se a capacidade de intercâmbio seminal, de inovação genética, de capacidade criativa e, pouco a pouco, poderíamos nos encontrar em um mundo sem diferenças, unipolar, em que todos pensariam e agiriam da mesma maneira, em que ninguém tentaria expressar algo, em que o acinzentado e a homogeneidade reduziriam a humanidade à intranscendência.⁸⁹

A respeito do embate entre a salvaguarda das práticas culturais e a dos animais, afirma Carolina Bahia que

⁸⁵ BARRETO, Daniel Pires Alexandrino. *O registro dos bens culturais imateriais à luz da hermenêutica pluralista e procedimental de Peter Häberle*. 2004. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, p. 62 e 92.

⁸⁶ ÁLVAREZ, Vera Cíntia. Diversidade cultural: algumas considerações. In: BRANT, Leonardo (Org.). *Diversidade Cultural: globalização e culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras Editora; Instituto Pensarte, 2005, p. 172.

⁸⁷ Há quem refira que uma etnia pode manter sua identidade étnica mesmo quando o processo de aculturação em que está inserida tenha alcançado altos graus de mudança cultural. Porém o fato de a mudança cultural não levar à mudança identitária não quer dizer que a dimensão da cultura deixe de desempenhar um papel na dimensão dos valores e das concepções “do nós frente aos outros expressas como fatos culturais”. (OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *Caminhos da identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: Paralelo 15, 2006, p. 36-37).

⁸⁸ BARRETO, op.cit., p. 133 e 141.

⁸⁹ SEGÓVIA, Rafael. As perspectivas da cultura: identidade regional versus homogeneização global. In: BRANT, Leonardo (Org.). *Diversidade Cultural: globalização e cultural locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras Editora; Instituto Pensarte, 2005, p. 84-85.

na luta pela construção deste novo projeto civilizatório, defrontamos com a necessidade de preservar a diversidade cultural da ação dos processos de padronização e desintegração, por um lado, e com o desafio de modificar as relações humanas, por outro.⁹⁰

A civilização contemporânea tem tentado criar uma inteligente opção por padrões de desenvolvimento sustentável que garantam às gerações futuras o direito de usufruir um meio-ambiente saudável e de uma herança cultural que distinga e identifique os diferentes povos⁹¹.

Segundo Patryck de Araújo Ayala surgem tormentosos problemas para a determinação do alcance da regra de proteção, quando se confrontam as disposições dos art. 215, 216 e 225 da Constituição Federal, especialmente quando se considera que a atribuição do sentido de crueldade também guarda grande proximidade com a necessidade de se avaliar práticas culturais e representações valorativas de conteúdo plural, presente em grande número de eventos e manifestações associadas a espécimes integrantes da fauna, silvestre ou não. Somente a realização de julgamentos de proporcionalidade podem dar solução adequada ao dilema⁹².

Interessante neste ponto destacar a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁹³, ao julgar, em 2005, a constitucionalidade da Lei nº 12.131/04, que introduziu o parágrafo único ao art. 2º, da Lei nº 11.915/03. Tratava-se de avaliar acréscimo ao Código Estadual de Proteção aos Animais que excluía a infringência de lei na hipótese do sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana. A ementa do Acórdão, que expressou a improcedência do pedido, por maioria, expõe que não há norma que proíba a morte de animais e que a liberdade de culto permitiria a prática.

Deixando de mencionar outras questões que, apesar de importantes, fogem ao escopo da presente dissertação, como ser ou não da competência do Estado-membro disciplinar a matéria, na existência de norma geral da União, ou se o tema seria ou não de natureza penal, destacam-se para exame as questões consideradas de fundo ou materiais.

O voto do relator ressalta que a ação foi proposta por possível ofensa ao princípio da isonomia, ao criar exceção em favor apenas dos cultos de matriz africana. Extrai-se que não

⁹⁰ BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 193.

⁹¹ BARRETO, Daniel Pires Alexandrino. *O registro dos bens culturais imateriais à luz da hermenêutica pluralista e procedimental de Peter Häberle*. 2004. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, p. 73.

⁹² AYALA, Patryck de Araújo. O princípio da precaução e a proteção jurídica da fauna na constituição brasileira. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 10, n. 39, jul./set. 2005, p. 179.

⁹³ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70010129690, Relator Desembargador Araken de Assis, proposta pelo Procurador Geral de Justiça, julgada em 18/04/2005. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 1, v. 04, out./dez. 2005, p. 297-327. Também publicado na Revista de Direito Ambiental. São Paulo, ano 12, n. 45, jan./mar. 2007, p. 318-337.

parece haver dúvida sobre a possibilidade de excluir a existência de delito, quando a utilização seja destinada a cultos religiosos. A ação, instaurada pelo Ministério Público Estadual, se dirigia à abrangência da permissão, que deveria se inscrever de forma ampla⁹⁴. Ou seja, não se argumentava que a prática feria o art. 225 da Constituição Federal e a Lei nº 9.605/98.

É o Desembargador Relator quem introduz novos argumentos, inaugurando amplo debate, expondo posição favorável às práticas culturais que importem sacrifício de animais domésticos, com apoio na lição de Celso Antônio Pacheco Fiorillo⁹⁵, e embora diga que nenhum direito é absoluto, e que pelo princípio da proporcionalidade garantir a vida do animal significa proibir a prática, não chega a desenvolver qualquer noção que se aproxime da técnica em exame. O voto pontua que não se trata de liberdade de crença, mas sim de exteriorizações práticas, e que não importam em crueldade com animais, ponto que foi reiteradamente trazido por votos de outros desembargadores. Afirma, ainda, que nenhuma lei proíbe matar animais próprios ou sem dono, regulando apenas os excessos.

A Desembargadora Maria Berenice Dias assinala que a redação introduzida pela Lei nº 12.131/04 não é constitucional quando excepciona apenas as religiões de matriz africana, votando pela inconstitucionalidade parcial, apenas para eliminar a restrição, entendendo, de resto, que existe permissão para as práticas culturais que importem morte de animais. Outros desembargadores entenderam que a exceção dizia respeito à vedação de crueldade, que restaria permitida nestas religiões e que o Poder Público não poderia criar preferências num Estado laico. A questão também foi analisada sob o prisma da liberdade religiosa, que não permitiria qualquer limitação. Mas houve quem, como o Desembargador Alfredo Foerster, posicionou-se a favor da vida dos animais, sem admitir exceção, por ser a crueldade ínsita à morte provocada no sacrifício.

⁹⁴ Tal fundamento se extrai, inclusive de artigo publicado e extraído do parecer oferecido nos autos da ADI pelo Ministério Público Estadual. De fato, no referido parecer e artigo, diz-se que “inúmeras outras expressões religiosas valem-se de sacrifícios animais, como a dos judeus e dos muçulmanos, razão pela qual a discriminação em favor apenas dos afro-brasileiros atinge frontalmente o princípio da igualdade, com assento constitucional”. E para deixar fora de dúvida a posição do autor da ação, quanto à possibilidade da continuidade das práticas sacrificiais, declarou-se que “jamais a liberdade de religião, constitucionalmente garantida, poderia ser afetada decisivamente em seu núcleo essencial por norma protetiva de animais. E isso porque parece evidente que, no caso, o direito de liberdade goza de primazia qualificada (*preferred position* do direito norte-americano) relativamente à proteção ambiental”. (ALMEIDA, Isabel Dias; HERINGER JR., Bruno. Liberdade de religião e sacrifício de animais: a lei estadual gaúcha n. 12.131/2004. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, ano VI, n. 22, abr./jun. 2006, p. 197-204).

⁹⁵ Este autor considera que todo ato realizado com o propósito de garantir o bem-estar humano não caracterizará a crueldade prevista no Texto Constitucional, do contrário estaria inviabilizada a utilização da fauna pelo homem como bem essencial à sadia qualidade de vida. “A crueldade só estará caracterizada se a prática contra o animal não tiver por finalidade proporcionar ao homem uma sadia qualidade de vida ou, na hipótese de estar presente este propósito, os meios empregados não forem os absolutamente necessários à atividade”. (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107).

Referido processo encontra-se no Supremo Tribunal Federal, para apreciação do Recurso Extraordinário oferecido, sob nº 494601, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio Mello. A Procuradoria Geral da República manifestou-se, em parecer, pelo conhecimento e desprovemento do recurso ou pelo provimento parcial para extrair da norma a expressão “de matriz africana”, permanecendo o dispositivo com a seguinte redação: não se enquadra nesta vedação o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões⁹⁶.

Interessante é salientar a manifestação dos membros do Ministério Público Estadual, ao entenderem que mesmo suprimindo o dispositivo da Lei Estadual, não se estaria prejudicando os cultos de matriz africana, os quais, com amparo na liberdade religiosa, poderiam continuar com suas práticas sacrificiais, apenas limitados pela ponderação com outros valores, direitos e princípios constitucionais⁹⁷.

De natureza assemelhada é a conclusão de Carolina Bahia, ao afirmar que a idéia de proporcionalidade põe em xeque todas as decisões que, ante a colisão de direitos fundamentais, optam por posições unilaterais ou são fundamentadas num pretense princípio *in dubio pro natura*, em detrimento das práticas culturais que envolvem animais. De fato, a concepção de que não existe hierarquia em tese entre os direitos fundamentais está na base da proporcionalidade e é a partir da negação desta hierarquia em abstrato que a garantia do desenvolvimento humano sustentável torna-se possível⁹⁸.

As teorias biocêntrica e ecocêntrica e a linha de defesa específica dos animais quando levadas ao extremo trazem conseqüências indesejáveis no plano jurídico. Na colisão entre os princípios ou direitos fundamentais em comento não se pode decidir de forma a conduzir à extinção qualquer deles; deve-se buscar preservar a ambos os bens jurídicos, já que não seria o caso de fazer prevalecer um em prejuízo de outro.

Neste sentido a lição de Ana Paula de Barcellos:

A consagração em um mesmo texto de opções e interesses políticos diversos, e até mesmo de direitos que em vários de seus desenvolvimentos poderão se chocar reciprocamente, exigirá do interprete um esforço todo especial – e também técnicas próprias – a fim de preservar cada uma das normas envolvidas, definir-lhes os contornos e manter a unidade da Constituição.⁹⁹

⁹⁶ Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=494601&CLASSE=RE&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M>. Acesso em: 29 jun. 2007.

⁹⁷ ALMEIDA, Isabel Dias; HERINGER JR., Bruno. Liberdade de religião e sacrifício de animais: a lei estadual gaúcha n. 12.131/2004. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, ano VI, n. 22, abr./jun. 2006, p. 203.

⁹⁸ BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 145-148.

⁹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 51.

Assim, tanto a proteção dos animais contra atos cruéis ou que os conduzam à extinção, quanto a preservação da liberdade de ação cultural são valores relevantes, mas como os demais princípios do nosso ordenamento, não apresentam caráter absoluto.

A este respeito, por outro lado, Marcos Paulo de Souza Miranda é categórico, ao dizer que não é pelo simples fato de uma determinada manifestação cultural estar arraigada nos costumes de um povo há décadas ou séculos, que o Poder Público necessariamente terá de preservá-la e promovê-la, devendo-se no confronto com outros direitos, buscar a compatibilização com os demais valores juridicamente protegidos¹⁰⁰.

Mesmo na inexistência de expressa disposição constitucional que preveja uma reserva para restrição do direito fundamental, o que poderia se afirmar a respeito dos art. 215 e 216 da Constituição Federal de 1988, é possível, tornando-se mesmo imprescindível, a utilização da ponderação para resolver os conflitos, impondo limites para que os direitos possam coexistir. É Suzana de Toledo Barros quem adverte ser

[...] falsa a idéia de que os direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei restritiva expressa seriam insuscetíveis de qualquer restrição. As inúmeras situações concretas de exercício desses direitos estão a revelar que é quase impossível instituir um direito em favor de alguém sem que não haja reflexos nos direitos de outrem.¹⁰¹

Para efeito deste estudo e antes de realizar o exercício de ponderação, cumpre dizer que são considerados iguais os pesos abstratos dos princípios em colisão, de forma que eles se neutralizam, não exercendo influencia na lei de ponderação¹⁰². Ambos se referem a direitos fundamentais, fruíveis coletivamente, caracterizados como direitos que exigem defesa e promoção pelo Estado, e que dizem respeito à vida humana digna. Como afirma Daniel Sarmento, o princípio da dignidade da pessoa humana abriga e fomenta o pluralismo, constituindo fórmula elástica o bastante para acolher valores potencialmente conflitantes¹⁰³.

Não se considera na fórmula de ponderação, o princípio da liberdade religiosa, prevista no art. 5º, VI, da Constituição Federal, que poderia aditar o peso em favor do direito cultural em discussão. Denominando a situação de colisões de feixes de princípios, Alexy recomenda cuidado, não dedicando mais que algumas linhas ao tema, sem expressar qualquer

¹⁰⁰ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 266.

¹⁰¹ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 168.

¹⁰² Peso abstrato de um princípio é o peso que lhe cabe relativamente a outros princípios, independentemente das circunstâncias de alguns casos. (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 139).

¹⁰³ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, 2002, p. 59.

exemplo que permitisse um seguro manejo da lei de ponderação¹⁰⁴.

Proibir por completo a utilização de animais em liturgias de religiões de origem africana, tendo em conta a linha de defesa dos animais, que coloca a salvo suas vidas, integridades físicas e psíquicas, segundo a teoria da ponderação de Alexy, corresponderia ao estabelecimento de uma relação de precedência incondicionada, em que, sem qualquer avaliação de condições incidentes no caso, o princípio da proteção ao meio ambiente, consistente na proibição de utilizar animais, estaria em posição de precedência em relação ao da proteção da manifestação cultural.

Como reconhecem Isabel Dias Almeida e Bruno Heringer Junior, a respeito das religiões de matriz africana “impedir o sacrifício ritual de animais implica, para esses cultos, a perda da própria identidade da sua expressão cultural”¹⁰⁵.

Verificar-se-ia, também, a precedência incondicionada, se na situação inversa, fosse conferida uma preferência ao princípio do art. 216 da Constituição Federal, permitindo em qualquer caso, sem avaliação em concreto, o uso de animais.

Cabe lembrar que numa relação de precedência condicionada, o princípio que cede no caso concreto não perde sua validade e continua com seu âmbito de proteção vigorando, podendo ser aplicado em outras situações.

Conforme a construção de Alexy o primeiro passo é analisar a adequação. O que se procura saber é se a medida restritiva irá produzir os efeitos pretendidos. O sub-princípio da adequação exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de um princípio, sem, pelo menos, fomentar um outro, a cuja realização ele deve servir. Assim, havendo duas ou mais medidas possíveis, deve-se adotar a que melhor produza os efeitos almejados.

De acordo com a explanação do capítulo terceiro, é com a morte sacrificial de animais, de regra, domésticos ou domesticados, que são realizados ritos muito específicos pertinentes às religiões de origem africana.

Partes dos animais constituem os *ebós* e são ofertados aos deuses, como forma de pagamento, de purificação, de renovação de energia. O sangue do animal sacrificado é utilizado ora para tocar o noviço, iniciando a aliança de sujeições, compromissos e comportamentos ditados pelos princípios da religião; ora para lavar, junto com suco de ervas especiais, as contas cujos fios constituem as primeiras insígnias do devoto; para banhar os elementos que constituem os assentos; quando os praticantes sentem necessidade de

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 153.

¹⁰⁵ ALMEIDA, Isabel Dias; HERINGER JR., Bruno. Liberdade de religião e sacrifício de animais: a lei estadual gaúcha nº 12.131/2004. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, ano VI, n. 22, abr./jun. 2006, p. 200-201.

purificação; como oferenda ou presente de agradecimento ou tributo aos Orixás; para obtenção de cura; para renovar a força dos instrumentos musicais e, ainda, como meio de manter a dinâmica e a harmonia entre os diversos componentes do sistema, através da restituição e redistribuição de *axé*. Passa, destarte, pelo exame da adequação a relação entre a restrição de um lado e a produção de efeitos do outro, entre os princípios em comento.

No passo seguinte do exame de ponderação deve-se analisar a necessidade, segundo a qual um meio não é obrigatório se existe um outro mais ameno, menos interventor. Assim, entre dois meios, que, em geral, fomentam igualmente bem um princípio, deve-se escolher aquele que menos intensamente intervém em outro princípio, ou que se mostre o menos oneroso ou, ainda, o mais benigno.

Com base, ainda, no capítulo terceiro pode-se afirmar que a utilização de animais nos ritos de sacrifício é indispensável e não pode ser substituída por outro meio. A vítima sacrificial tem sempre um papel sagrado e liga o mundo sagrado ao mundo profano. O sacrifício tem um significado fundamental em diversas etapas da formação dos integrantes do culto e da constituição e continuidade do próprio terreiro, organizado em comunidade. Como modalidade de pagamento, a devoção implica uma manutenção atuante e de alto significado diante do voto religioso e constitui o momento de agradecer ao deus e de reforçar a submissão diante da fé.

Com apoio no estudo de Marcel Mauss e Henri Hubert pode-se compreender que o sacrifício vem a ser considerado a condição da existência divina. Pelo sacrifício não apenas nascem alguns deuses, como todos conservam sua existência.

Afigura-se, desta forma, como necessária a intervenção no princípio instituído pelo art. 225 da Constituição Federal como maneira de fomentar o outro princípio, que não se realiza senão com restrição daquele.

Estas etapas, em que se analisam a adequação e a necessidade, constituem as fases em que são sopesadas as possibilidades ou condições reais ou fáticas. Para a análise das condições jurídicas ou normativas, o exame apropriado é o da proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro. Devem ser seguidos três passos. No primeiro, deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A seguir, deve-se comprovar a importância da satisfação do princípio em sentido contrário. Como terceiro passo, deve ser demonstrado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do primeiro.

Cabe inicialmente dizer que se da atribuição de direitos a elementos do meio ambiente,

por força das leis que os protegem, resulta a sua consideração como sujeito de direito, como reconhece parte dos doutrinadores, a Constituição Federal não permite distinguir a natureza jurídica dos animais, porque apesar de atribuir à fauna direitos no § 2º do art. 225, o que revelaria sua caracterização como sujeito, no caput os considera, enquanto integrantes do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo. Difícil compatibilizar as duas noções conflitantes.

Por outro lado, há os que entendem que tais direitos são inatos, em razão do estabelecimento da igualdade de interesses e da possibilidade de sentir e sofrer não serem exclusivos da pessoa humana, ou seja, que estes direitos devam ser possuídos por todos os indivíduos que apresentam um valor inerente e que podem ser considerados como sujeitos-de-uma-vida: todos os indivíduos capazes de agir intencionalmente e lembrar; que apresentem desejos e preferências; que têm condição de perseguir seus objetivos; manifestam uma vida emocional; revelam senso de futuro; têm uma identidade psicológica; e demonstram um bem-estar experimental que independe da utilidade ou do interesse para outros.

Todavia, seja por seu valor inerente, seja pela conferência expressa, mesmo com a atribuição de direitos aos animais, tais como à existência, ao respeito, à proteção pela pessoa humana, vedando a submissão a maus-tratos e a atos cruéis, bem como proibindo a utilização para divertimento, por incompatível com sua dignidade, o que imporia sua a defesa, isto não significa que tais direitos não possam ser restringidos, quando sopesados com outros. Pensá-los, pois, como sujeitos de direito não significaria um salvo-conduto que os poria distante de utilização humana, mesmo as que lhes traga danos.

Ressalte-se que a morte de animais não é proibida pela norma constitucional, mas tão somente o exercício de práticas que importam crueldade, comprometam suas funções ecológicas ou provoquem extinção de espécies. A linha de defesa radical dos elementos da natureza, que atribui igual valor a todos os seres e a suas vidas, não encontra abrigo no sistema jurídico internacional, sequer no ordenamento brasileiro. Como visto no capítulo quarto, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, passando pelos Pactos de Direitos Civis e Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, pela Declaração de Estocolmo, e Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural¹⁰⁶, até a Convenção sobre a Diversidade Biológica, não se estabelece um direito à vida dos animais, senão uma garantia de preservação da degradação ou do desaparecimento, como condição

¹⁰⁶ Vale destacar que a proteção aqui estabelecida se dirige às formações geológicas e fisiográficas e as zonas que constituam o habitat de espécies animais e vegetais ameaçadas e que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação, conforme art. 2º, que define o patrimônio natural.

para evitar o empobrecimento dos elementos do patrimônio mundial da humanidade, e para garantia da qualidade de vida do homem.

É verdade que a Convenção sobre a Diversidade Biológica reconhece um valor intrínseco dela e de seus componentes, e da sua importância para a evolução e para a manutenção dos sistemas necessários à vida da biosfera. Todavia, deve-se reconhecer uma indiscutível tendência à preservação para benefício humano, das gerações presentes e futuras, vez que a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica é de importância absoluta para atender as necessidades de alimentação, de saúde e de outra natureza da crescente população mundial, como informa o preâmbulo do documento.

Ainda que a declaração dos direitos dos animais faça referência a um direito à vida, trata-se de uma declaração política ou de intenções, sem força vinculante no âmbito internacional e mesmo brasileiro, que no art. 5º, § 2º da CF fala em tratados internacionais, não em declarações. Ademais, ela estabelece que havendo necessidade, a morte de um animal deve ser instantânea, sem dor, nem angústia, admitindo exceções ao estabelecimento do direito.

Não é demais lembrar que mesmo aqueles que defendem uma linha de consideração dos interesses dos animais, como Peter Singer, o fazem sem assumir uma posição de garantia do direito à vida daqueles. A defesa em favor dos sujeitos-de-uma-vida ou dos seres sencientes caminha na direção da extinção ou tentativa de diminuição do sofrimento imposto aos animais.

A crueldade, de que se poderia acusar as práticas rituais religiosas, é um termo jurídico indeterminado, que não tem sua definição fixada em lei, apesar desta dizer da ocorrência daquela quando se verifica ato de abuso, maus tratos, ferimento ou mutilação em animais. A doutrina relaciona algumas condutas que configuram a prática vedada, dentre as quais destaca-se para comentário por possível vinculação ao tema, em razão da exclusão das demais hipóteses por absoluta impertinência, o abate atroz, qual seja, aquele bárbaro, intolerável.

A descrição das técnicas de imposição de morte no Candomblé não autoriza dizer que o que ocorre é um abate atroz, torturante ou desumano, ainda que se possa qualificar o ato de chocante. Não se trata do exercício de uma perversidade ou impiedade. É possível dizer que a morte é rápida, com busca do menor sofrimento à vítima, que, é preciso lembrar, assume uma posição simbólica e sagrada. Não existe oferenda em que o objeto consagrado não se interponha igualmente entre o deus e o oferecedor, sendo a vítima o intermediário pelo qual a corrente se estabelece. Se em alguns casos à vítima é passada alguma característica do sacrificante, dando-lhe o poder de representação, em outros, é a vítima, ou o que resta dela,

que irá passar ao sacrificante as novas qualidades que adquiriu pelo sacrifício, o que revela que o que se oferece, além de representar o sacrificante, representa os deuses, firmando o caráter de extrema sacralidade do ato.

Ainda que se entenda que há um abate, visto que a utilização também é para o consumo, dos deuses e dos humanos, já que partes dos animais são separadas e levadas para a cozinha ritual, preparadas e oferecidas aos Orixás, sendo o resto do animal cozido e distribuído nas cerimônias entre os assistentes e os integrantes da religião, e que este abate é cruel por não se realizar com prévia insensibilização, tem-se de admitir que o grau de não cumprimento do princípio é, no máximo, médio.

Não poderia ser outro o entendimento, quando se leva em conta que também outras atividades, permitidas social e juridicamente, como experiências científicas, que provocam sensações dolorosas, mutilação, intoxicação em animais e morte, são realizadas, muitas vezes, sem igualmente insensibilizá-los. E nestas, não se cogita de proibição, quando não possam ser substituídas por outros métodos de pesquisa, isto é, quando não existirem recursos alternativos.

O ritual do sacrifício, por outro lado, propõe-se a ser o momento que reforça a estrutura religiosa, estabelecendo um elo com a ancestralidade e possibilitando a integração e a comunicação do mundo visível com o mundo intangível, sendo de extrema importância no sistema cultural. O ritual, por sua vez, é definido como o meio estruturado e comportamental que viabiliza essa interação. O sacrifício animal, na sua dimensão simbólica de transferência e regeneração do axé das divindades, é o ato mais importante do complexo *assento-ebó*, e provavelmente, da religião como um todo e encontra-se ligado à reposição da continuidade africana.

O *ebó*, ou oferenda, decorrente do sacrifício de animais, acompanha todo o processo construtivo dos terreiros, marcando ritos de passagem e o cotidiano social dos adeptos. O ritual da “matança” se propõe a ser o momento que reforça a estrutura religiosa, estabelecendo um elo com a ancestralidade. É considerada fundamental a centralidade do momento religioso para qualquer expressão cultural, eis que cada setor da vida de cada indivíduo está inserido numa visão sacral, que dá sentido à realidade, destacando-se na cultura africana a exacerbação daquela característica. Os sacrifícios animais e as oferendas de comidas rituais nos altares dedicados às divindades constituem a base da religiosidade africana.

É para assegurar as formas originais de representações culturais que se deve garantir a realização dos cultos, liturgias e das festas que como sinais dos momentos vivenciados pelas coletividades ficam encravados em bens culturais que simbolizam as relações, os

pensamentos, os modos de criar, fazer e viver, valores e concepções ligados à história e à herança cultural africana.

Foi destacado que a religião impregnou todas as atividades, regulando e influenciando o viver cotidiano, conservando os terreiros um sentido profundo de comunidade, ao preservar e recriar o mais específico das raízes culturais. É estreita a vinculação entre a religião e a coesão social, vez que a forma religiosa é a essência da necessidade ou da razão dos vínculos sociais. Donald Pierson já assinalou que a função social primária do candomblé é a de reforçar, por meio de experiências coletivas de rituais e cerimônias, as atitudes e sentimentos que, promovendo uma consciência comunitária, distinguem os africanos e seus descendentes, constituindo a sua identidade própria.

Não se pode esquecer a relevância da manifestação para fundar a permanência da diversidade sócio-cultural, eleita pela Constituição Federal de 1988, como direito fundamental e difuso, tanto expressamente no art. 216, quanto pela recepção do texto da convenção internacional, através do art. 5º, § 2º. A importância da proteção à cultura e suas manifestações apresenta-se de fundamental importância para a preservação dos traços identitários das comunidades a que se vinculam, visto que a cultura propicia a singularização e unidade dos povos, possibilitando conhecer-se, de cada um, a identidade cultural.

Tais circunstâncias estabelecem a relevante importância do cumprimento do princípio de proteção da manifestação cultural e revela um elevado grau, em seu favor, a ser sopesado no momento culminante do exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, quando se estabelece para um princípio uma intensidade média de intervenção para que ocorra o cumprimento de um princípio em que o fundamento da promoção é alto ou grave, o resultado é fácil de reconhecer. O fundamento alto de incentivo justifica a restrição em nível médio.

Outra situação, não obstante, pode se configurar, e exigir nova atividade de ponderação. Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo, frente a um aparente conflito entre o meio ambiente natural e o meio ambiente cultural, a questão pode ser dirimida pelo princípio do desenvolvimento sustentável, que em cada caso, determinará a solução com prevalência de um aspecto. Assim, deve ser observado se o animal está em extinção, o que vedaria a prática cultural. De igual modo veda-se a prática se a atividade tiver o fim meramente econômico, e não puder ser identificada com os valores de uma região ou população¹⁰⁷.

A segunda hipótese ditada pelo autor passa distante do tema aqui tratado e não será

¹⁰⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 108.

alvo de considerações. A primeira, porém, é relevante, a par de estabelecer um condicionamento ao direito fundamental de manifestação cultural e merece ser objeto de comentário.

Segundo a lista publicada pelo Ministério do Meio Ambiente dos animais relacionados pelos autores para práticas de sacrifício nos ritos de religiões de matriz africana, encontram-se ameaçadas de extinção algumas sub-espécies de tartarugas¹⁰⁸ e de caracóis¹⁰⁹. Nos casos em que os ritos utilizam referidas espécies da fauna, não pode ser reconhecida a intensidade elevada do cumprimento do direito fundamental previsto no art. 216 da Constituição Federal.

Permitir a realização e a continuidade da prática ritual sem cuidados para evitar a extinção dos animais destas espécies que se encontram ameaçadas, inclusive quanto às suas funções ecológicas, significaria impor uma restrição, agora com intensidade grave, para fomentar, neste caso, o cumprimento de um princípio que poderia ter, no máximo, o grau médio. Explica-se: não proibir senão o sacrifício de animais de duas espécies em extinção não importaria à liturgia uma restrição muito grave ou alta à continuidade e difusão da religião. Seria possível a continuidade da prática mesmo sem o uso de tais espécies, já que o de outras não se encontra vedado.

Pode-se acrescer o fundamento de que patrocinar a extinção das espécies significaria ofender ao direito fundamental difuso de todos, de gozar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Deve-se considerar que esta, além de impossibilitar o cumprimento da sua função ecológica específica, ofende ao direito da presente e das gerações futuras de usufruir o recurso natural. Com a eliminação de uma espécie pode-se até mesmo provocar a extinção de outras, que restariam igualmente atingidas. Verifica-se que é extenso o âmbito dos sujeitos afetados pela restrição extrema a que seria imposto o princípio, fosse admitida a realização da prática até a completa eliminação de uma espécie animal.

Vale ressaltar que com a extinção de espécies, tanto a Constituição Federal, no art. 225 caput, e § 1º, através dos incisos I, II e VII, como a Convenção sobre a Diversidade Biológica, acolhida no Brasil por força do art. 5º, § 2º da Carta Federal, estariam sendo gravemente afetadas. Nesta segunda hipótese, torna-se injustificável impor um grau alto de restrição a um princípio para efetivar o cumprimento de um outro com fundamento de promoção médio.

¹⁰⁸ *Caretta caretta*, conhecida como cabeçuda ou tartaruga meio-pente; *Chelonia mydas*, conhecida como tartaruga-verde ou aruanã; *Eretmochelys imbricata*, conhecida como tartaruga-de-pente; a *Lepidochelys olivacea*, conhecida como tartaruga-oliva e a *Dermodochelys coriacea*, a tartaruga-de-couro. IBAMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/sbf/fauna/index.cfm>>. Acesso em: 10 jul. 2007.

¹⁰⁹ *Megalobulimus cardosoi*, conhecido como aruá-do-mato; *Megalobulimus grandiz*, conhecido como aruá-do-mato, aruá-gigante ou caracol-gigante; *Megalobulimus proclivis*, conhecido como aruá-alongado. IBAMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/sbf/fauna/index.cfm>>. Acesso em: 10 jul. 2007.

Não se pode dizer que seja no primeiro caso, seja no segundo, uma vida estaria sendo, de qualquer forma, ceifada, e que ela se encontra protegida pela Constituição, a evidenciar incoerência nos resultados das ponderações. Necessário lembrar que a proteção à vida dos animais não se encontra, própria e diretamente abrigada no art. 225, nem em qualquer outra parte da Constituição, senão como garantia de que não sofram extinção de sua espécie, ou crueldade, não se podendo esquecer que o direito fundamental ao meio ecologicamente equilibrado é vinculado à vida humana, que é o valor maior do ordenamento jurídico pátrio, e se esta não possui importância superior às demais formas de vida, é a que mais concentra a realização do princípio da dignidade.

7 CONCLUSÃO

A convivência de princípios constitucionais que devem ser atendidos na maior medida possível e que, por outro lado, importam em restrições ou compressões na esfera de atuação de outros é decorrência da adoção, pela Constituição Federal, da concepção pluralista de direitos e de interesses políticos.

Seja a proteção dos animais contra atos cruéis ou que os conduzam à extinção, seja a preservação da liberdade de ação cultural são valores relevantes, mas como os demais princípios do nosso ordenamento, não apresentam caráter absoluto. Pela estatura constitucional de que gozam, e por estabelecerem direitos fundamentais, tanto o princípio da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, quanto o da garantia da realização das manifestações culturais que singularizam os grupos formadores da sociedade brasileira, exigem do interprete um especial esforço a fim de preservar cada uma das normas envolvidas, e conferir efetividade a todas as previsões da Constituição Federal.

Decisões baseadas na idéia de proporcionalidade expõem a ilegitimidade de todas aquelas outras que diante de uma situação de colisão de direitos fundamentais, apontam para posições que privilegiam um princípio em detrimento do outro.

A inexistência de hierarquia em tese entre os direitos fundamentais recomenda o uso da técnica da ponderação, em que somente após a avaliação da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito da relação entre a intensidade da restrição a um princípio, por um lado, e o fundamento do cumprimento do outro princípio, por outro, é possível apontar para uma solução justa do conflito.

Mesmo que se levem em conta as teorias que fazem a enfática defesa de determinados direitos para certos componentes dos recursos naturais, é preciso reconhecer que elas não se encontram refletidas nos instrumentos internacionais que se dedicam ao estabelecimento de normas e programas para a questão ambiental, a serem seguidas pelos governos.

As teorias que fazem a defesa específica de elementos dos recursos naturais como dotados de um direito à existência que não cederia em nenhuma hipótese, e significam uma virada radical em oposição ao antropocentrismo, conduzem ao extremo de sobrepujar as evidentes diretrizes que elevam a patamar de direito fundamental a disposição constitucional que consagra a vida humana digna.

Ainda, por outro lado, que se considere que a dignidade da pessoa humana, eleita fundamento da República Federativa do Brasil, assinale uma orientação antropocêntrica na avaliação dos bens e interesses constitucionais em comento, é preciso lembrar que o art. 225

da mesma Constituição oferece uma dicção que permite focalizar as duas éticas ambientais discutidas na dissertação. É o que se pode denominar de antropocentrismo alargado que preconiza o equilíbrio da vida em todas as suas formas, sem fazê-lo em detrimento da preservação da vida humana digna.

Assim, na colisão entre os princípios ou direitos fundamentais em comento não se pode decidir de forma a conduzir à restrição extremada de qualquer deles; deve-se buscar preservar a ambos os bens jurídicos, já que não é o caso de fazer prevalecer um em total prejuízo de outro.

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece expressamente a existência de direitos culturais, ao dispor no art. 215 que *o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais*.

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

A preservação do patrimônio cultural não constitui um fim em si mesmo, senão uma garantia do direito à memória individual e coletiva, cabendo a advertência assinalada por Danilo Cunha de que a proteção legal e constitucional do patrimônio cultural é, na verdade, forma de proteção à própria dignidade da pessoa humana, porque o homem só é respeitado integralmente quando sua cultura e formação também o são.

Segundo as últimas teorias sobre cultura, ainda existe a pressuposição de que as pessoas vivem num mundo de símbolos, sendo de notar que o relativismo apregoa que toda cultura é fundamentada em premissas singulares. É exatamente a diversidade das culturas que deve ser valorizada, com o que se deve aspirar, sim, a uma cultura mundial comum, mas que não diminua a particularidade das partes que a compõem. Cultura e identidades estão em fluxo constante e não podem mais ser desprezadas. O reconhecimento e a ênfase na diversidade humana conduzem à acentuação da importância da identidade e da referência.

A cultura deve ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais, materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade e um grupo social. Assim a importância da proteção à cultura e suas manifestações apresenta-se de fundamental importância para a preservação dos traços identitários das comunidades a que se vinculam. As tradições e as formas de expressão de cada povo constituem sua maneira mais acabada de estar presente no mundo. Identidade cultural e diversidade cultural são indissociáveis, constituindo um dever velar pela sua preservação e defesa em cada povo, como um conjunto

de valores que dão sentido à vida. O patrimônio cultural é garantia de sobrevivência social dos povos, porque é produto e testemunho de suas vidas.

Verificou-se a eleição da diversidade, humana e ambiental, como valor a ser promovido universalmente, e tanto os documentos das organizações internacionais, quanto a Constituição Federal, nos arts. 215, 216 e 225, passaram a albergar tal concepção.

A idéia de herança cultural tem sido cada vez mais valorizada, como fonte de intercâmbios sociais e culturais e como memória de uma comunidade, e neste sentido o patrimônio cultural ampliou o campo de visão até outras manifestações.

Passou-se da perspectiva da proteção aos bens de natureza excepcional, de valor histórico e artístico nacional, ao reconhecimento de uma vasta gama de bens procedentes do saber popular que alargou a concepção de patrimônio, assentada na diversidade cultural, étnica e religiosa. Isto significa a inclusão de segmentos sociais até então apartados das ações patrimoniais. O valor excepcional que se exigia para a inclusão no rol seletivo dos bens do patrimônio nacional alijava do processo camadas que não eram possuidoras dos bens materiais. A definição de patrimônio cultural, afastando os estreitos limites legais antes existentes, e envolvendo a proteção da identidade dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, encontra-se, agora, ancorada na noção de referências culturais.

Não por outro motivo a UNESCO, em outubro de 2001, adota uma Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural. Nela, a diversidade é elevada à posição de patrimônio comum da humanidade, e considerada tão vital para o gênero humano, quanto a biodiversidade para os seres vivos. Em 2005, a UNESCO aprova uma Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais, buscando garantir sua especificidade, reafirmando que a diversidade cultural é uma característica essencial da humanidade, constituindo um patrimônio comum, a ser valorizado e cultivado em benefício de todos. Por destacar a importância da diversidade cultural para a plena realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, ela reconhece a necessidade de adoção de medidas para proteção da diversidade das expressões culturais.

Para que haja salvaguarda do patrimônio cultural imaterial a Convenção da UNESCO de 2003 entende necessário aplicar medidas para garantir a viabilidade de existência destes bens, incluindo a identificação, documentação, pesquisa, preservação, proteção, promoção, valorização, transmissão pela educação formal e informal e revitalização, recomendando a cada Estado-parte que se empenhe para assegurar o reconhecimento, o respeito e a valorização do patrimônio cultural imaterial na sociedade.

O esquecimento, o desaparecimento e a falta de uso faz com que práticas culturais sejam

deixadas de lado e abandonadas. A destruição deliberada prova de forma incontestável o papel essencial que tem a preservação da identidade dos povos e dos grupos sociais. A natureza imaterial do bem somente molda a identidade cultural, quando molda também a prática cotidiana, e isto exige que a sua conservação efetiva seja realizada pela vivência da manifestação, sob pena de constituir-se em ação danosa à preservação do patrimônio cultural. A descontinuidade de uma manifestação cultural pode levá-la ao desaparecimento, extinguindo o direito de exercício de gerações futuras, contrariando assim o mandamento que recomenda a sua difusão.

Tudo isto marca a falência da visão linear da transmissão de valores e se põe de acordo com o reconhecimento da singularidade das culturas, como fonte de identidade e de dignidade. A perspectiva reducionista inicial que reconhecia o patrimônio apenas no âmbito histórico foi suplantada por uma visão mais abrangente, passando a definição de patrimônio a ser pautada pelos referenciais culturais dos povos. A nação adquiriu uma dimensão simbólica em que se instalam o sentimento da identidade e a percepção da alteridade. Danças, línguas, músicas, jogos, celebrações, literatura, artes plásticas, cozinha e o próprio modo de ser e de interpretar a vida passaram a importar na definição de bens culturais, na categoria de patrimônio imaterial, numa efervescência de bens que não têm importância senão pela evocação ou representação que sugerem.

É possível dizer que a religião impregna todas as atividades regulando e influenciando o viver cotidiano, conservando um sentido profundo de comunidade, preservando e recriando o mais específico das raízes culturais. Se do princípio da igualdade se pode extrair que nenhuma manifestação cultural poderia ser oficializada ou privilegiada, não importando a origem, também se pode inferir que nenhuma deveria ser negligenciada, abandonada ou proibida. Enquanto direito fundamental, o direito à cultura e à prática religiosa impele o Estado a não impedir que o indivíduo viva de acordo com os signos e com os valores de sua cultura.

Por sua vez, o sacrifício animal, na sua dimensão simbólica é considerado provavelmente o ato mais importante da religião como um todo. Como parte integrante e fundamental para a constituição e continuidade das práticas religiosas de matriz africana, na medida em que, como direito cultural, importa em concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, assume uma dimensão de peso que, aliado ao preceito que recomenda a aceitação, o reconhecimento, a valorização da diversidade de identidades e das referências culturais, impossibilitam que uma intervenção que proíba a sua realização seja considerada simplesmente leve.

Cuida-se de uma intervenção de intensidade grave e segundo a escala, chamada triádica, desenvolvida por Robert Alexy, fundamentos de promoção do princípio contrário, em tais casos, somente podem ser justificados quando a intensidade é igualmente grave, o que não ocorre no caso concreto. Isto não significa que em situação diversa as intensidades de intervenção permaneçam as mesmas, como foi, inclusive demonstrado, resultando numa solução completamente diferente para a colisão entre os direitos fundamentais. A técnica da ponderação coloca aos intérpretes um mecanismo axiologicamente neutro para solução de conflitos, a exigir e a permitir que em cada caso concreto sejam atribuídos os devidos pesos que fundamentem os níveis de restrição e de promoção dos princípios, tudo de forma a alcançar a justa solução do litígio.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 217, jul./set. 1999, p. 67-79.

_____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 217, jul./set. 1999, p. 55-66.

_____. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 24, out./dez. 2005, p. 334-344.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Isabel Dias; HERINGER JR., Bruno. Liberdade de religião e sacrifício de animais: a lei estadual gaúcha n. 12.131/2004. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, ano VI, n. 22, abr./jun. 2006, p. 197-204.

ÁLVAREZ, Vera Cíntia. Diversidade cultural: algumas considerações. In: BRANT, Leonardo (Org.). *Diversidade Cultural: globalização e culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras Editora; Instituto Pensarte, 2005, p. 167-173.

ANDRADE, Mário de. Anteprojeto para a criação do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Brasília, n. 30, 1999, p. 271-287.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

ARANTES, Antonio Augusto. Patrimônio imaterial e referências culturais. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, 147, out./dez. 2001, p. 129-139.

ARAÚJO, Ana Valéria. Povos indígenas e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coords.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPPIR, 2006, p. 217-255.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). *NBR 6023. Informação e documentação – Referências – Elaboração*. Rio de Janeiro, ago. 2002.

_____. *NBR 6024: informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito*. Rio de Janeiro, maio 2003.

_____. *NBR 10520. Apresentação de citações em documentos*. Rio de Janeiro, ago. 2002.

_____. *NBR 14724. Informação e documentação – Trabalhos Acadêmicos – Apresentação*. Rio de Janeiro, dez. 2005.

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

6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

AYALA, Patryck de Araújo. O princípio da precaução e a proteção jurídica da fauna na constituição brasileira. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 10, n. 39, jul./set. 2005, p. 147-188.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: RT, 2006.

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

BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49-118.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. In: MAIA, Antonio Cavalcanti (Org.). *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 319-342.

BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 327-378.

BASTIDE, Roger. *O candomblé da Bahia (rito Nagô)*. Tradução de Maria Isaura Pereira de Queiroz. 2. ed. São Paulo: Ed. Nacional; Brasília: INL, 1978.

BECHARA, Erika. *A proteção da fauna sob a ótica constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

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

BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição24.htm>. Acesso em: 28 fev. 2007.

_____. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição91.htm>. Acesso em: 28 fev. 2007.

_____. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição34.htm>. Acesso em: 28 fev. 2007.

_____. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição37.htm>. Acesso em: 28 fev. 2007.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição46.htm>. Acesso em: 28 fev. 2007.

_____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição67.htm>. Acesso em: 28 fev. 2007.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 14, n. 54, jan./mar. 2006, p. 76-107.

CAMARGO, Haroldo Leitão. *Patrimônio histórico e cultural*. 3. ed. Coleção ABC do Turismo. São Paulo: Aleph, 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003.

CAPES. *Banco de teses*. Disponível em <<http://serviços.capes.gov.br/capesdw/>>. Acesso em: 10 fev. 2007.

CARNEIRO, Edison. *Candomblés da Baía*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

CEZNE, Andrea Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 13, n. 52, jul./set. 2005, p. 51-67.

CHACON, Mario Peña; CRUZ, Ingrid Fournier. Derechos humanos y medio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 10, n. 39, jul./set. 2005, p. 189-211.

CHAUÍ, Marilena. *Cidadania cultural: o direito à cultura*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. Tradução de Luciano Vieira Machado. 3. ed. São Paulo: Estação Liberdade: UNESP, 2006.

CONSELHO DA EUROPA. Declaração de Amsterdã. Elaborada em outubro de 1975, no Congresso do patrimônio arquitetônico europeu. In: CURY, Isabelle (Org.). *Cartas patrimoniais*. 3. ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004, p. 199-210.

CONSELHO INTERNACIONAL DE MONUMENTOS E SÍTIOS - ICOMOS. Carta de Veneza: Carta internacional sobre conservação e restauração de monumentos e sítios. Elaborada em maio de 1964, em Veneza, no II Congresso internacional de arquitetos e técnicos dos monumentos históricos. In: CURY, Isabelle (Org.). *Cartas patrimoniais*. 3. ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004, p. 91-95.

_____. Declaração do México. Elaborada em 1985, no México, na Conferência mundial sobre as políticas culturais. ICOMOS - Conselho Internacional dos Monumentos e Sítios. In: CURY, Isabelle (Org.). *Cartas patrimoniais*. 3. ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004, p. 271-280.

_____. Declaração de Tlaxcala. Revitalização de pequenas aglomerações. Elaborada em 28 de outubro de 1982, em Trindade, Tlaxcala, no 3^a Colóquio Interamericano sobre a Conservação do Patrimônio Monumental. In: CURY, Isabelle (Org.). *Cartas patrimoniais*. 3. ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004, p. 265-269.

CORREIA, Belize Câmara. A tutela judicial do meio ambiente cultural. *Revista de Direito Ambiente*. São Paulo, ano 9, n. 34, abr./jun. 2004, p. 41-58.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Crimes de perigo e riscos ao ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 11, n. 42, abr./jun. 2006, p. 05-24.

CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*. Tradução Viviane Ribeiro. 2. ed. Bauru: EDUSC, 2002.

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

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Cultura e democracia na constituição federal de 1988: A Representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Introdução. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Patrimônio imaterial e biodiversidade. Brasília, n.32, 2005.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 3, n. 10, abr./jun. 1998, p. 60-92.

DELGADO, José Augusto. Aspectos Constitucionais do Direito Ambiental. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 197-227.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DIAS, Edna Cardozo. *Manual de crimes ambientais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, n. 1, v. 1, jan./dez. 2006, p. 119-122.

ELBEIN, Juana. Tradição e contemporaneidade: o universo mítico de Mestre Didi. *Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes*. Salvador, v.1, n. 8, 2º semestre de 2006, p. 25-28.

ENCONTRO INTERNACIONAL DE ARQUITETOS. Carta de Machu Picchu. Elaborada em dezembro de 1977, no Encontro Internacional de Arquitetos. In: CURY, Isabelle (Org.). *Cartas patrimoniais*. 3. ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004, p. 235-245.

FALCÃO, Joaquim. Patrimônio imaterial: um sistema sustentável de proteção. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 163-180.

FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

FEDERICO, Maria Elvira Bonavita. *Meio ambiente e degradação cultural: Mário de Andrade põe em visibilidade um monumento ausente na cidade*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas; Fapesp, 2005.

FELIPE, Sônia T. Fundamentação ética dos direitos animais: o legado de Humphry Primatt. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, n. 1, v. 1, jan./dez. 2006, p. 207-229.

FINK, Daniel Roberto. Meio ambiente cultural: regime jurídico da responsabilidade civil. In: LEITE, José Rubens Morato e DANTAS, Marcelo Buzaglo (Orgs.). *Aspectos processuais do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 44-55.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Direito administrativo e meio ambiente*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. *Patrimônio histórico e cultural*. Coleção Passo-a-passo, 66. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GÓES, Fred. Bens imateriais em desfile: a caminhada axé. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 63-68.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. V. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

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

IBAMA. Lista nacional das espécies da fauna brasileira ameaçadas de extinção. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/sbf/fauna/index.cfm>>. Acesso em: 10 jul. 2007.

IPHAN. Homepage Institucional. Disponível em: <<http://www.iphan.gov.br>>. Acesso em: 20 fev. 2007.

_____. *Relatório de atividades 2001/2002*. Brasília: IPHAN, 2003.

_____. *Relatório de atividades 2003/2004*. Brasília: IPHAN, 2005.

KUPER, Adam. *Cultura: a visão dos antropólogos*. Tradução: Mirtes Frange de Oliveira Pinheiros. Bauru: EDUSC, 2002.

LABARTHE, Norma et al. Uso de animais: os fins justificam os meios? In: SCHRAMM, Fermin Roland et al (Org.). *Bioética: riscos e proteção*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; Editora Fiocruz, 2005, p. 241-253.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

LEIS, Maria Fernanda. *A influência do tratamento cruel aos animais domésticos no patrimônio cultural imaterial brasileiro*. 2002. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003.

LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade consentida: crítica à razão antropocêntrica. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, n. 1, v. 1, jan./dez. 2006, p. 171-190.

LEVAI, Laerte Fernando; DARÓ, Vânia Rall. Experimentação animal: histórico, implicações éticas e caracterização como crime ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 9, n. 36, out./dez. 2004, p. 138-150.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *O pensamento selvagem*. Tradução de Maria Celeste da Costa e Souza e Almir de Oliveira Aguiar. São Paulo: Ed. Nacional e Editora da USP, 1970.

LÉVI-STRAUSS, Laurent. Patrimônio imaterial e diversidade cultural: o novo decreto para a proteção dos bens imateriais. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 23-27.

LIMA, Fábio Batista. *Os candomblés da Bahia: tradições e novas tradições*. Salvador: Universidade do Estado da Bahia/ARCADIA, 2005.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LODY, Raul. *Candomblé: religião e resistência*. São Paulo: Ática, 1987.

_____. *Dicionário de arte sacra e técnicas afro-brasileiras*. Rio de Janeiro: Pallas, 2003.

_____. *O povo do santo: religião, história e cultura dos orixás, voduns, inquices e caboclos*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

LONDRES, Cecília. Para além da “pedra e cal”: por uma concepção ampla de patrimônio. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 185-204.

LOURENÇO, Daniel Braga. A liberdade de culto e o direito dos animais não-humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 13, n. 51, abr./jun. 2005, p. 295-318.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2005.

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

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

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

MARQUES, José Roque Nunes. *Direito ambiental: análise da exploração madeireira na Amazônia*. São Paulo: LTr, 1999.

MATHEWS, Gordon. *Cultura global e identidade individual: à procura de um lar no supermercado cultural*. Tradução de Mário Mascherpe. Bauru: EDUSC, 2002.

MATTELART, Armand. *Diversidade cultural e mundialização*. Tradução Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2005.

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

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 3. ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2004.

MILARÉ, Édís; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 09, n. 36, out./dez. 2004, p. 09-10.

MILARÉ, Édís; LOURDES, Flávia Tavares Rocha. Meio ambiente e os direitos da personalidade. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 10, n. 37, jan./mar. 2005, p. 11-27.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Patrimônio ambiental cultural: usucapião de bens móveis tombados – uma análise em busca da efetividade protetiva do Dec.-Lei 25/37. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 11, n. 41, jan./mar. 2006, p. 167-181.

_____. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2004.

MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

NICOLAU, Michel. Diversidade cultural e sistema ONU: um lugar para cultura. In: BRANT, Leonardo (Org.). *Diversidade Cultural: globalização e cultural locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras Editora; Instituto Pensarte, 2005, p. 131-147.

NUÑEZ, Eloy Martos. Del patrimonio tangible al intangible: por el valor de la palabra. In: RETTENMAIER, Miguel; BARBOSA, Márcia H. S.; RÖSING, Tânia M. K. (Orgs.). *Leitura, identidade e patrimônio cultural*. Passo Fundo: UPF, 2004.

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

OLIVEIRA, Ana Gita; FREIRE, Beatriz Muniz. Nota sobre duas experiências patrimoniais. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Patrimônio imaterial e biodiversidade. Brasília, n. 32, 2005, p. 153-166.

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

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. Protocolo adicional à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotado pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 56, de 19 de abril de 1995, ratificado em 21 de agosto de 1996, sendo promulgado em 30 de dezembro de 1999, pelo Decreto 3.321. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: RT, 2003, p. 534-540.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Convenção sobre Diversidade Biológica. Adotada pela Assembléia Geral da ONU, no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 2, de 03 de fevereiro de 1994 e promulgado pelo Decreto nº 2.519, de 06 de março de 1998. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.).

Coletânea de direito internacional. São Paulo: RT, 2003, p. 614-632.

_____. Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Adotada na Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro em 14 de junho de 1992. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: RT, 2003, p. 581-582.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Aprovada pela Resolução 217, na 3ª sessão ordinária da Assembléia Geral da ONU, em Paris, em 10 dez. 1948. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: RT, 2003, p. 401-404.

_____. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Adotada pela Assembléia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, ratificado em 24 de janeiro de 1992, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: RT, 2003, p. 455-467.

_____. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotada pela Assembléia Geral da ONU, em 19 de dezembro de 1966, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991, ratificado em 24 de janeiro de 1992, e promulgado pelo Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: RT, 2003, p. 470-477.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA - UNESCO. Convenção sobre a salvaguarda do patrimônio mundial, cultural e natural. Elaborada em Paris, em 16 de novembro de 1972, durante a 17ª Reunião da Conferência Geral. In: CURY, Isabelle (Org.). *Cartas patrimoniais*. 3. ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004, p. 177-193.

_____. *Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais*. Adotada na 33ª reunião, em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/foruns_de_cultura/diversidade_cultural/a_convencao/index.php?p=24174&more=1&c=1&pb=1>. Acesso em: 11 jul. 2007.

_____. Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial. Aprovada pela UNESCO na 32ª sessão da Conferência Geral, em Paris, 17 de outubro de 2003. In: CURY, Isabelle (Org.). *Cartas patrimoniais*. 3. ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004, p. 371-390.

_____. *Lista de Estados-Parte da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais*. Disponível em: <<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?language=E&KO=31038>>. Acesso em: 11 jul. 2007.

_____. Recomendação sobre a salvaguarda da cultura tradicional e popular. Elaborada em Paris, em 15 de novembro de 1989, durante a 25ª Reunião da Conferência Geral. In: CURY, Isabelle (Org.). *Cartas patrimoniais*. 3. ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004, p. 293-301.

_____. Recomendação sobre medidas destinadas a proibir e impedir a exportação, a importação e a transferência de propriedade ilícitas de bens culturais. Aprovada pela

UNESCO na 13ª sessão da Conferência Geral, em Paris, 19 de novembro de 1964. In: CURY, Isabelle (Org.). *Cartas patrimoniais*. 3. ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004, p. 97-103.

PAPPIANI, Ângela M. As estratégias de inserção do povo indígena na sociedade brasileira: a literatura. In: RETTENMAIER, Miguel; BARBOSA, Márcia H. S.; RÖSING, Tânia M. K. (Orgs.). *Leitura, identidade e patrimônio cultural*. Passo Fundo: UPF, 2004.

PARÉS, Luis Nicolau. *A formação do candomblé: história e ritual da nação jeje na Bahia*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2006.

PEREZ, Miriam Azevedo Hernandez. O direito à indenização das populações indígenas. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 11, n. 41, jan./mar. 2006, p. 182-190.

PEDRO, Antonio Fernando Pinheiro. Aspectos ideológicos do meio ambiente. In: SILVA, Bruno Campos (Org.). *Direito ambiental: enfoques variados*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 15-26.

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

PIMENTEL, Álamo. Da diáspora cultural à busca de sentido para a contemporaneidade educadora do Pelourinho. In: GOTTSCHALL, Carlota de Souza; SANTANA, Mariely Cabral de (Orgs.). *Centro da Cultura de Salvador*. Salvador: EDUFBA; SEU, 2006, p. 160-182.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Direitos Fundamentais Sociais: Questões Interpretativas e Limites de Justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Direito Internacional dos direitos humanos e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coords.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPPIR, 2006, p. 19-58.

_____. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PRANDI, Reginaldo. *Os Candomblés de São Paulo: a velha magia na metrópole nova*. São Paulo: HUCITEC: EDUSP, 1991.

PUHL, Adilson Josemar. *Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*. São Paulo: Editora Pillares, 2005.

REGAN, Tom. *Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos animais*. Tradução Regina Rheda, revisão técnica Sonia Felipe, Rita Paixão. Porto Alegre: Lugano, 2006.

REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

RETTENMAIER, Miguel. Cultura, escrita e identidade(s): difíceis contornos. In: RETTENMAIER, Miguel; BARBOSA, Márcia H. S.; RÖSING, Tânia M. K. (Orgs.). *Leitura,*

identidade e patrimônio cultural. Passo Fundo: UPF, 2004.

RIOS, Aurélio Virgílio. Quilombos e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coords.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPPPIR, 2006, p. 187-216.

ROCHA, Julio César de Sá da. *Direito ambiental do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

ROCHA, Jussara. A palavra do tecido: o vestuário como afirmação da identidade o corpo como suporte da obra. *Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes*. Salvador, v.1, n. 8, 2º semestre de 2006, p. 37-44.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. A evolução da proteção do patrimônio cultural – crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 3, n. 11, jul./set. 1998, p. 25-43.

_____. Patrimônio Cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 6, n. 21, jan./mar. 2001, p. 174-191.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca (Orgs.). *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTANA, Heron José de. Abolicionismo Animal. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 09, n. 36, out./dez. 2004, p. 85-109.

_____. Espírito animal e o fundamento moral do especismo. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, n.1, vol. 1, jan./dez. 2006, p. 37-65.

SANT'ANNA, Márcia. Patrimônio imaterial: do conceito ao problema da proteção. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 151-161.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Juana Elbein dos. *Os nagôs e a morte: Pàde, Àsèse e o culto Ègun na Bahia*. Petrópolis: Vozes, 1984.

SANTOS, Angelo Oswaldo de Araújo. A desmaterialização do patrimônio. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 11-22.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

_____. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coords.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPPPIR, 2006, p. 59-108.

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

SEGÓVIA, Rafael. As perspectivas da cultura: identidade regional versus homogeneização global. In: BRANT, Leonardo (Org.). *Diversidade Cultural: globalização e culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras Editora; Instituto Pensarte, 2005, p. 83-90.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. A proteção constitucional à liberdade religiosa. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 40, n. 160, out./dez. 2003, p.111-130.

SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Libertação animal*. Tradução de Marly Winckler; revisão técnica de Rita Paixão. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004.

SOCIEDADE DAS NAÇÕES. Carta de Atenas. Outubro de 1931. In: CURY, Isabelle (Org.). *Cartas patrimoniais*. 3.ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004, p. 13-19.

SODRÉ, Jaime. As esculturas do Mestre Didi o arco-íris do olhar. *Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes*. Salvador, v.1, n. 8, 2º semestre de 2006, p. 59-68.

SOFFIATI NETO, Aristides Arthur. Ecossistemas Aquáticos: antropocentrismo, biocentrismo e ecocentrismo. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 10, n. 37, jan./mar. 2005, p. 202-217.

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão proferido na ADIMC 1.856-6-RJ, rel. Ministro Carlos Velloso, j. 03/09/1998, v.u., DJU 22/09/2000, p. 69. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 6, n. 21, jan./mar. 2001, p. 295-298.

_____. Acórdão proferido no RE 153531/SC, Recurso Extraordinário, red. Ministro Marco Aurélio, j. 03/06/1997, DJU 13/03/1998. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 5, n. 18, abr./jun. 2000, p. 315-327.

_____. *Consulta processual do RE 494601*, Relator o Ministro Marco Aurélio Mello.

Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=494601&CLASSE=RE&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M>. Acesso em: 29 jun. 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02.001632-8 Sessão Plenária, julgado em 20/11/2002. Rel. Desembargadora Francimar Dias. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 8, n. 31, jul./set. 2003, p. 353-358.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70010129690, Relator Desembargador Araken de Assis proposta pelo Procurador Geral de Justiça. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 1, v. 04, out./dez. 2005, p. 297-327.

VERGER, Pierre Fatumbi. *Orixás deuses iorubas na África e do novo Mundo*. Tradução de Maria Aparecida da Nóbrega. 6. ed. Salvador: Corrupio, 2002.

VIANNA, Hermano. Diversidade e construção do futuro. In: BRANT, Leonardo (Org.). *Diversidade Cultural: globalização e cultural locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras Editora; Instituto Pensarte, 2005, p. 115-119.

VIANNA, Leticia Costa Rodrigues. Dinâmica e preservação das culturas populares: experiências de políticas no Brasil. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 147, out./dez. 2001, p. 93-100.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WANNER, Maria Celeste de Almeida. Cultura Visual: uma homenagem a Henry John Drewall. *Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes*. Salvador, v.1, n. 8, 2º semestre de 2006, p. 07-11.

ZAOUAL, Hassan. *Globalização e diversidade cultural*. Textos selecionados e traduzidos por Michel Thiollent. Coleção questões de nossa época, v. 106. São Paulo: Cortez, 2003.

Biblioteca Central Reitor Macêdo Costa - UFBA

- S232 Santana, Patrícia da Costa.
A ponderação na colisão entre os princípios da proteção das manifestações culturais religiosas de matriz africana e o da proteção aos animais / Patrícia da Costa Santana. - 2007.
151 f.
- Orientador : Profº Drº Saulo Casali Bahia.
Co-orientador: Profº Drº Heron José de Santana.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito.
1. Direitos dos animais. 2. Animais - Proteção - Legislação. 3. Cultos afro-brasileiros - Sacrifícios. 4. Direito ambiental. I. Bahia, Saulo Casali. II. Santana, Heron José de. III. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. IV. Título.
- CDD – 346.046954
CDU – 347.121.1