

## **A SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL À LUZ DO MULTICULTURALISMO CONSTITUCIONAL**

### **THE SAFEGUARDING OF IMMATERIAL CULTURAL PATRIMONY IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL MULTICULTURALISM**

**Priscila Dalla Porta Niederauer Cantarelli**

Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC.  
Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM.  
Advogada.

E-mail: priscila\_dalla@hotmail.com

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO; 2 A IDENTIFICAÇÃO DO CONHECIMENTO TRADICIONAL COMO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL; 3 A TUTELA CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO AO CONHECIMENTO TRADICIONAL; 4 CONCLUSÃO; 5 REFERÊNCIAS.

**CONTENTS:** 1 INTRODUCTION; 2 IDENTIFICATION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE AS IMMATERIAL CULTURAL PATRIMONY; 3 THE CONSTITUTIONAL PROTECTION IN RELATION TO TRADITIONAL KNOWLEDGE; 4 CONCLUSION; 5 REFERENCES.

**Resumo:** O patrimônio cultural imaterial no que se refere ao conhecimento tradicional de populações locais indígenas ou não, vem sofrendo erosão, pois muitos cientistas apoderam-se dessa sabedoria para industrialização de produtos tendo como base as informações das comunidades tradicionais relacionadas a biodiversidade. No entanto, as mesmas não recebem nenhuma repartição dos benefícios advindos desses produtos. Portanto, mostra-se necessária uma proteção a esses conhecimentos. Assim, o constitucionalismo contemporâneo lança a salvaguarda desses conhecimentos através da Constituição Federal, e em última análise sendo o patrimônio cultural imaterial um direito fundamental.

**Palavras-chave:** Constituição. Patrimônio imaterial. Populações tradicionais.

**Abstract.** The immaterial cultural patrimony in what to be relates to the traditional knowledge of native local populations or not, comes suffering erosion, therefore many scientists take possession themselves of this wisdom for industrialization of products having as base the information of the traditional communities related biodiversity. However, the same ones do not receive no distribution from the happened benefits of these products. Therefore, a protection to this knowledge reveals necessary. Thus, contemporary constitutionalism launches it safeguards of these knowledge through the Federal Constitution, and in it finish analysis being the immaterial cultural patrimony a fundamental right.

**Keywords:** Constitution. Immaterial Patrimony. Traditional Populations.

## 1 INTRODUÇÃO

Mostra-se necessário reconhecer os direitos das comunidades tradicionais de se beneficiar coletivamente por suas tradições e conhecimentos, bem como de serem devidamente compensadas pelo acesso aos recursos biológicos e genéticos, seja mediante a proteção conferida pelo direito de propriedade intelectual ou outros mecanismos a serem previstos no contrato de acesso (ROCHA, 2003, p. 184).

Em respeito ao patrimônio cultural das populações tradicionais, a regulamentação jurídica para o acesso aos recursos da biodiversidade deve assegurar a essas comunidades o direito de não permitir a coleta de recursos biológicos e genéticos e o acesso ao conhecimento tradicional em seus territórios, além de exigir restrições a estas atividades fora de seus territórios, quando se demonstre que estas atividades ameacem a integridade de seu patrimônio natural ou cultural (ROCHA, 2003, p. 184).

Já que os princípios que a Convenção sobre Diversidade Biológica estabelece para o acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados - o consentimento prévio fundamentado e a repartição justa e equitativa dos benefícios - têm dupla implicação: por um lado, cabe aos países membros estabelecer mediante legislação interna, normas que disciplinem o acesso e a repartição de benefícios entre países provedores e destinatários utilizadores desses recursos; por outro lado, o respeito ao artigo 8(b) implica o consentimento prévio fundamentado dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais detentores de conhecimentos

tradicionais associados, e a repartição dos benefícios oriundos da utilização de tais conhecimentos com os seus detentores. Devem ser reconhecidos aos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais direitos intelectuais coletivos sobre os seus conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade (SANTILLI, 2005, p. 214).

## 2 A IDENTIFICAÇÃO DO CONHECIMENTO TRADICIONAL COMO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

Cultura abrange a língua e as diferentes formas de linguagem e de comunicação, os usos e costumes quotidianos, a religião, os símbolos comunitários, as formas de apreensão e de transmissão de conhecimentos, as formas de cultivo da terra e do mar e as formas de transformação dos produtos daí extraídos, as formas de organização política, o meio ambiente enquanto alvo de ação humanizadora. Cultura significa humanidade, assim como cada homem ou mulher é, antes do mais, conformado pela cultura em que nasce e se desenvolve (MIRANDA, 1996, p. 253).

Para Häberle, o essencial do núcleo cultural central consiste em certas idéias tradicionais, selecionadas e transmitidas historicamente, assim como seus respectivos valores, podendo assim, os sistemas culturais serem compreendidos como produtos de certas ações ou como elementos condicionantes de certas ações (HÄBERLE, 2000, p. 33).

Seus elementos são a dignidade da pessoa humana como premissa que deriva a cultura de todo um povo e dos direitos humanos universais. Outro elemento é o princípio da soberania popular como forma identificatória de uma colaboração que se renova cada vez de forma aberta e responsável. Também é necessária a constituição como pacto onde se formulam objetivos educacionais e valores orientadores possíveis e necessários (HÄBERLE, 2000, p. 33).

Da mesma forma, os sistemas de saberes tradicionais combinam assim, múltiplos objetivos através da síntese de práticas culturais, sociais e produtivas; estas permitem aperfeiçoar a oferta ecológica dos recursos, conservando as condições de

uma produção sustentável, uma distribuição mais equitativa dos recursos e uma apropriação diferenciada de bens no tempo e no espaço. Dessa maneira, as estratégias de uso múltiplo da natureza levam a decodificar a abundância de seus diversos microambientes, ampliando práticas produtivas que não apenas preservam a biodiversidade, mas elevam o nível de auto-satisfação das necessidades materiais da comunidade (LEFF, 2006, p. 431).

Conforme José Afonso da Silva (2001, p. 39):

A cultura passou a integrar os textos constitucionais a partir do momento em que as Constituições abriram um título especial para a ordem econômica, social, educação e cultura - o que se deu primeiro com a Constituição Mexicana de 1917 e depois com a Constituição de Weimar de 1918, e esta com maior influência sobre as Cartas Políticas produzidas entre as duas Grandes Guerras Mundiais. Foi daí que veio a norma do art. 148 da Constituição de 1934, que dispôs sobre a proteção das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral.

A Constituição Federal adotou uma concepção unitária do meio ambiente que compreende tanto os bens naturais quanto os bens culturais. É o que se deduz de uma interpretação sistêmica e integrada dos dispositivos constitucionais de proteção ao meio ambiente e à cultura, sendo este também o entendimento de grande parte da doutrina (SANTILLI, 2005, p. 70).

Nas palavras de José Afonso da Silva (1995, p. 2):

conceito de meio ambiente há de ser, pois globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico. O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente compreensiva dos recursos naturais e culturais.

Já que o patrimônio cultural imaterial diz respeito àquela amostra intangível da produção cultural dos povos, encontradas nas tradições, nos saberes, no folclore, nas línguas, nas festas, e em outras tantas manifestações que são transmitidas de geração em geração.

No que se refere à tutela do patrimônio cultural imaterial, quais sejam, as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas, auferem relevo a Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular de 1989, a Declaração sobre Diversidade Cultural de 2001, a Proclamação das Obras-Primas do Patrimônio Oral e Intangível da Humanidade de 2001 e, em especial, a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, aprovada pela UNESCO em 17.10.2003, quando de sua 32ª Reunião Geral que chama a atenção no que diz respeito ao patrimônio cultural não ser estanque, já que, ao ser transmitido *"de geração em geração é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história gerando um sentimento de identidade e continuidade, contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana"*. No Brasil, vigora o Decreto 3.551, de 04.08.2000, que instituiu o registro de bens culturais de natureza imaterial e criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial. (MENDONÇA, 2007, p. 319).

Segundo a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, aprovada pela UNESCO em 2003, patrimônio cultural imaterial são as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas, junto com os instrumentos, objetos, artefatos, lugares que lhes são associados, que as comunidades, os grupos e, em alguns casos os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural.

Lanari Bo (2003, p. 31) sustenta que a Convenção de 1972 do Patrimônio Mundial em relação aos sítios naturais no Brasil, representa o fascínio com a natureza brasileira e ainda afirma que:

a aproximação entre as noções de patrimônio cultural e natural tem sido objeto de reflexão em diversos países, sobretudo os desenvolvidos. A percepção

de que a paisagem também é um objeto cultural na medida em que exibe, além dos atributos físicos resultado de diversas ações humanas, está presente em inúmeras ações estatais de proteção. Muitos sítios naturais incluem em suas propostas para inscrição na lista da Unesco a presença de populações indígenas integradas ao meio ambiente. Em outra vertente, o conceito de *cultural landscape*, que valoriza paisagens construídas segundo tradições culturais, como é o caso das plantações de café cubanas, tem sido empregado para balizar candidaturas de sítios no âmbito da Convenção de 1972 do Patrimônio Mundial.

Deste modo, o meio ambiente cultural está relacionado à própria existência e desenvolvimento da vida, pois é inerente ao conjunto de relações estabelecidas pelo homem, seja dentro do seu grupo social, seja na sua interação com a natureza. A natureza é indissociável da formação cultural, sendo com base naquela que esta se desenvolve (DERANI, 2001, p.72).

Neste sentido, o legado cultural dos povos indígenas da América Latina aparece como um recurso indissociável de seu patrimônio de recursos naturais e do vínculo estabelecido historicamente com seu entorno através de suas práticas sociais e produtivas. Assim, a organização espacial e temporal de cada cultura conforma um sistema de relações sociais de produção que potencializam o aproveitamento integrado, sustentável e duradouro dos recursos naturais (LEFF, 2006, p. 425).

Vale destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da comunidade *Mayagna, de Awás Tingni*<sup>1</sup>, reconheceu a necessidade do desenvolvimento livre e permanente da relação povos e suas terras, bem como que a própria sobrevivência física e a integridade cultural dos povos indígenas dependem da indivisibilidade de natureza espiritual. Tal concepção foi enfatizada

<sup>1</sup> Em 17 de setembro de 2001, a Corte Interamericana de Direitos Humanos deu sua sentença, declarando que a Nicarágua violou os direitos humanos dessa comunidade e ordenou que o governo reconheça, proteja os direitos legais da comunidade a respeito de suas terras tradicionais, seus recursos naturais e seu meio ambiente. A comunidade de Awás Tingni lutou durante anos perante os tribunais para proteger suas terras e os recursos naturais que nelas foram encontrados. REVISTA "MUNDO e MISSÃO", Nicarágua Livre. Disponível em: <http://www.pime.org.br/mundoemissao/direitoshautodet.htm>. Acessado em 11 ago 2008.

em Kimberley (Declaração de Kimberley) e em Joanesburgo, no Plano de Aplicação dos Povos Indígenas sobre Desenvolvimento Sustentável (KISHI, 2005, p. 718).

Hodiernamente, a globalização impõe um viver, um sentir, um pensar cada vez mais parecido e comum, a valorização da diversidade cultural constitui um bem de incomensurável valor. A questão cultural torna-se mais visível, assim como a preocupação com a sua proteção e continuidade.

Nesse mesmo viés, Gálvez (2004, p. 319) traz um exemplo da Constituição do Peru, qual seja,

a Constituição de 1824 desse país adotou mesmo regulamento que fez o sistema norte-americano com respeito aos povos indígenas ao requisitar ao congresso geral a faculdade "ao reparo ao comércio com as nações estrangeiras e entre os estados diferentes do federação e tribos dos índios". Ou seja, reservam as relações com os indígenas mediante um instrumento jurídico chamado tratado, como se aqueles indivíduos formassem sua própria nacionalidade e história<sup>2</sup>.

Assim, a cultura deve ser entendida como parte do ambiente total que engloba o conhecimento da biodiversidade no que tange aos objetos materiais de manufatura, às técnicas e saberes, como também, dimensionada num determinado território no qual as comunidades indígenas e as populações tradicionais detenham conhecimentos diferentes sobre a sociodiversidade e sobre a biodiversidade a que estão ligadas e que devem ser preservadas (WACHOWICZ; ROVER, 2007, p. 52).

Deste modo, o socioambientalismo nasceu baseado no pressuposto de que as políticas públicas ambientais só teriam eficácia social e sustentabilidade política se incluísse as comunidades locais e gerassem uma repartição socialmente justa e equitativa

<sup>2</sup> Tradução livre de la Constitución de 1824 de aquel país adoptó incluso regulación que hizo el sistema norteamericano respecto a los pueblos de indígenas al encargar al congreso general la facultad de "arreglar el comercio con las naciones extranjeras y entre los diferentes Estados de la federación y tribus de los indios". Es decir, reservaban las relaciones con los indígenas mediante un instrumento jurídico llamado tratado, como si acaso aquellos individuos no fuesen parte de su propia nacionalidad e historia.

dos benefícios procedentes da exploração dos recursos naturais (SANTILLI, 2005, p. 35).

Já que o movimento ambientalista tradicional tende a se inspirar e a seguir modelos de preservação ambiental importados de países do Primeiro Mundo, aonde as populações urbanas buscam principalmente em parques, desenvolver atividades de recreação em contato com a natureza, conservando intactas as áreas protegidas. Distante das pressões sociais típicas de países em desenvolvimento com populações pobres e excluídas, o modelo preservacionista tradicional funciona bem nos países desenvolvidos, do norte, mas não se sustenta politicamente aqui (SANTILLI, 2005, p. 41).

Por conseguinte, pode-se afirmar utilizando as palavras de Santilli (2005, p. 41) que:

o socioambientalismo é uma invenção brasileira sem paralelo no ambientalismo internacional, que indica precisamente o rumo de integrar políticas setoriais, suas perspectivas e atores, num projeto de Brasil que tenha sua cara e possa, por isso mesmo, ser politicamente sustentado<sup>3</sup>.

Conforme Kymlicka (1996, p.153), os direitos diferenciados em função do grupo – como a autonomia territorial, o direito ao veto, a representação garantida nas instituições centrais, as reivindicações territoriais e os direitos lingüísticos – podem ajudar a corrigir dita desvantagem, mitigando a vulnerabilidade das culturas minoritárias ante as decisões das maiorias. As proteções externas desse tipo asseguram que os membros de uma minoria têm as mesmas oportunidades de viver e trabalhar em sua própria cultura que os membros da maioria.

Cada comunidade, por força de circunstâncias geográficas e históricas, possui a sua própria cultura, distinta, embora sempre em contato com as demais e sofrendo as suas influências. Mas, nos nossos dias de hoje, a circulação sem precedentes de bens culturais

<sup>3</sup> Apud SANTILLI, Márcio. *Transversalidade na corda bamba*. Apresentação a um balanço dos seis meses do governo Lula na área socioambiental, realizado pelo Instituto Socioambiental (ISA) e disponível em [www.socioambiental.org](http://www.socioambiental.org).

e de pessoas conduz, algo contraditoriamente, a tendências uniformizadoras e de multiculturalismo (MIRANDA, 2003, p. 83):

A Constituição reflecte a formação, as crenças, as atitudes mentais, a geografia e as condições económicas de uma sociedade e, simultaneamente, imprime-lhe carácter, funciona como princípio de organização, dispõe sobre os direitos e os deveres de indivíduos e de grupos rege os seus comportamentos, racionaliza as suas posições recíprocas e garante a vida colectiva como um todo, pode ser agente, ora de conservação, ora de transformação.

As constituições de letra viva sendo entendido por letra viva aquelas cujo resultado é obra de todos os interpretes da sociedade aberta, são em seu fundo e em sua forma expressão em instrumento mediador de cultura, marco reprodutivo e de recepções culturais e depósito de futuras configurações culturais, experiências, vivências e saberes. Assim a realidade jurídica de todo o Estado constitucional é só um fragmento da realidade constitucional viva e seus textos e contextos são uma forma de suas realidades culturais. A identidade da constituição pluralista se alia entre a tradição, o legado cultural e as experiências históricas, pressupõe uma dependência cultural de todo um povo (HÄBERLE, 2000, p. 35).

Para Häberle, o essencial do núcleo cultural central consiste em certas idéias tradicionais, selecionadas e transmitidas historicamente, assim como seus respectivos valores, podendo assim, os sistemas culturais serem compreendidos como produtos de certas ações ou como elementos condicionantes de certas ações.

Desta forma pode se compreender o conceito da cultura de forma tão diferenciada e disciplinada, que distingue entre os pólos variáveis e os múltiplos níveis existentes em função de cada um de seus respectivos contextos jurídicos, se conseguirá cumprir a tarefa própria do jurista e da ciência jurídica. Mas a cultura entendida em um sentido muito mais amplo forma o contexto de todo o texto legal e de toda ação relevante juridicamente significativa dentro do Estado constitucional (HÄBERLE, 2000, p. 26).

No entanto, assevera Kymlicka, que a argumentação baseada na igualdade só aprovará os direitos especiais para as minorias

nacionais se verdadeiramente existe, alguma desvantagem relacionada com o pertencimento cultural e se tais direitos servem realmente para corrigir esta dita desvantagem. Na América do norte os grupos indígenas são mais vulneráveis as decisões da maioria do que os quebequeses e os portoriquenhos e, portanto, as proteções externas haveriam de ser mais amplas (KYMILICKA, 1996, p.154).

Neste contexto assevera Gorczewski (2007, p.110):

Ainda, estaria o estado cumprindo a Declaração de Direitos das Pessoas Pertencentes às Minorias Nacionais, Étnicas, Religiosas ou Linguísticas que o obriga a garantir e proteger a identidade cultural destas minorias.<sup>4</sup>

Para Kymlicka (1996, p.154), a pergunta que deve-se fazer é a seguinte: O que é uma forma justa de reconhecer línguas, traçar fronteiras e distribuir poderes? A resposta, ao seu entender, consiste em afirmar que se deveria assegurar que todos os grupos nacionais tenham a possibilidade de manter-se como cultura distinta, se assim o desejam. Desta forma, assegura-se a igual proteção dos traços positivos do pertencimento cultural para os membros de todos os grupos nacionais. Em uma sociedade democrática, a nação majoritária sempre recebera ajuda para sua língua e sua cultura social, e terá também poder legislativo para proteger seus interesses em decisões que afetem a cultura. A questão é se a imparcialidade exige que as minorias nacionais se lhe concedam as mesmas prestações e oportunidades.

A Constituição Federal dedicou todo um capítulo à proteção da cultura (artigos 215 e 216), protegendo as “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes processo civilizatório nacional”, considerando “patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial”, “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”.

Assim sendo, os bens imateriais abrangem as mais diferentes formas de saber, fazer e criar, como músicas, contos, lendas, danças

<sup>4</sup> Declaração aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 47/135 de dezembro de 1992.

receitas culinárias, técnicas artesanais e de manejo ambiental. Incluem ainda os conhecimentos, inovações e práticas culturais de povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, que vão desde formas e técnicas de manejo de recursos naturais até técnica de caça e pesca e conhecimentos sobre sistemas ecológicos e espécies com propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas. Tal compreensão abarca ainda as formas culturais diferenciadas de apropriação do meio ambiente, em seus aspectos materiais e imateriais. Assim, os dispositivos constitucionais dedicados à proteção de minorias étnicas também se preocuparam em proteger a dimensão imaterial de seu patrimônio e de sua cultura (SANTILLI, 2005, p. 78).

Entretanto, a diversidade ecológica e cultural não apenas é considerada como um princípio ético, como um valor intrínseco, não mercantil, mas como meios de produção e potenciais produtivos que conformam um sistema de recursos naturais, culturais e tecnológicos capazes de reorientar a produção para a satisfação das necessidades básicas, reconhecendo os valores culturais das populações do Terceiro Mundo. O princípio de diversidade não apenas é concebido como um patrimônio cultural que deve ser conservado, mas como uma condição para a construção de um futuro sustentável. Esta visão do desenvolvimento sustentável contém a socialização da natureza e de seus potenciais ecológicos (LEFF, 2006, p. 407-408).

Desta maneira, não se pode justificar a tutela e proteção dos conhecimentos tradicionais associados por sua potencialidade de exploração econômica, do mesmo modo que não há como criar hierarquia entre culturas, nem justificar a sua preservação na medida em que sejam rentáveis, ou que possuam biodiversidade (WACHOWICZ; ROVER, 2007, p. 52).

Nesse sentido, Leff (2006, 420) critica as razões da preservação das entidades étnicas na atual globalização, em suas palavras:

Os valores da conservação adquiriram uma importância prática na esfera produtiva pelos efeitos globais da destruição dos mecanismos de equilíbrio da natureza — da preservação da biodiversidade

depende o equilíbrio ecológico do planeta — também porque a natureza é fonte de recursos genéticos e de matérias-primas para a produção de mercadorias (produtos alimentícios, farmacêuticos e novos materiais). A preservação das identidades étnicas, os valores culturais e as práticas tradicionais de uso dos recursos aparecem assim como uma condição para a colocação em prática de projetos de gestão ambiental e de manejo dos recursos naturais em escala local, ao mesmo tempo que se convertem em insumo para os processos de etnobioprospeção das empresas de biotecnologia que se apropriam desses saberes através dos direitos de propriedade intelectual. Em todo caso, os saberes culturais são uma base para a reapropriação da natureza a partir de uma racionalidade alternativa.

Apresenta-se, assim, o problema de avaliar os princípios éticos, os valores culturais e os potenciais qualitativos e incomensuráveis do desenvolvimento sustentável. Este não é apenas uma questão técnica, mas implica a legitimação de conhecimentos e valores tradicionais, assim como o dos novos direitos ambientais. Mas, sobretudo, a valorização do patrimônio natural e cultural como princípios de uma estratégia alternativa de desenvolvimento fundada na diversidade cultural requer a elaboração teórica de uma nova *racionalidade produtiva*, que incorpore os processos culturais e ecológicos como fundamento do processo produtivo capaz de constituir as relações sociais e orientar as forças produtivas para um desenvolvimento sustentável (LEFF, 2006, p. 425).

### 3 A TUTELA CONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO AO CONHECIMENTO TRADICIONAL

A Constituição Federal adotou a tendência contemporânea de preocupação com os interesses difusos, em especial com o meio ambiente. Já que, não se pode tratar de diversidade biológica sem abordar o art. 1º, inciso III, da CF/88, pois para que se tenha dignidade da pessoa humana é necessária à manutenção do equilíbrio do ecossistema planetário. Uma vez que a discussão ecológica e a preocupação com o meio ambiente e proteção dos recursos ecológicos vinculam-se diretamente à sobrevivência do ser humano e aos direitos humanos.

Trazendo toda a sistemática necessária para a segurança da diversidade biológica, ligada a idéia de vida humana digna e com saúde, em função da proteção e preservação das gerações presentes e futuras, segundo atuação do Poder Público e de toda coletividade (FIORILLO; DIAFERIA, 1999, p. 26-27). Além disso, quando interpreta-se qual é a finalidade da Constituição Federal em relação à proteção dos bens ambientais, não nos delimitamos apenas a interpretar o art. 225, pelo fato dos mesmos estarem ligados essencialmente aos fundamentos da cidadania, à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho.

Como acentua o professor Paulo Affonso Leme Machado (2003, p.26),

a Constituição, na ordem dos seus valores, colocou, com prioridade, o patrimônio genético do País. Patrimônio genético pode ser entendido como o conjunto de material genético, aí compreendido todo o material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade, com valor real ou potencial, que possa ser importante para as gerações presentes e futuras. Diante dessa obrigação constitucional de ser preservada a diversidade genética no país, parecem-me inconstitucionais as atividades e obras que possam extinguir uma espécie ou ecossistema, pois constituem a fonte dessa diversidade.

A relevância da biodiversidade está no fato de constituir-se em fonte de grandes riquezas, não no sentido de matéria-prima passível de exploração econômica apenas, mas porque alberga intrinsecamente conteúdo valorativo ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético. Os reais benefícios proporcionados por ela aos seres humanos, em termos econômicos, foram ainda pouco estudados. Mas já se sabe que a biodiversidade é a base da atividade agrícola, pecuária, pesqueira e florestal, que oferece matéria-prima para o melhoramento genético de espécies úteis e para as biotecnologias (VARELLA; PONTES; ROCHA, 1999, p.23).

A diversidade natural dos ecossistemas, que garante a preservação das espécies, também provê outros importantes

serviços, incluindo a manutenção de ciclos hidrológicos, regulação do clima, contribuição para o processo de formação e maturação do solo, conservação e alternância de nutrientes essenciais, absorção e eliminação de poluentes, constituição de áreas voltadas ao turismo, lazer, pesquisa e educação (KISHI, 2005, p. 292).<sup>5</sup>

Surge então o constitucionalismo ecológico, pois a maioria dos países, em norma constitucional, impôs ao Estado o dever de defender o meio ambiente e de controlar as atividades que o possam poluir e a todos a obrigação de abster-se de ações atentatórias ou lesivas ao ambiente, conferindo aos lesados o direito de fazer cessar, por meio do emprego de medidas não jurisdicionais ou jurisdicionais, esses atentados e de pleitear indenizações por danos patrimoniais e morais (DINIZ, 2001, p. 572).

O meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, é um direito humano fundamental. Embora não esteja inserido no artigo 5º da Constituição entre os direitos e garantias fundamentais “explícitos”, a doutrina já reconhece o seu caráter fundamental, abalizado em uma compreensão material do direito fundamental, cujo conteúdo invoca a construção da liberdade do ser humano. Nas palavras de Derani (1998, p. 97):

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito à vida e à manutenção das bases que a sustentam. Destaca-se da garantia fundamental a vida exposta nos primórdios da construção dos direitos fundamentais, porque não é simples garantia à vida, mas este direito fundamental é uma conquista prática pela conformação das atividades sociais, que devem garantir a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, abster-se da sua deterioração, e construir a melhoria geral das condições de vida na sociedade.

Portanto, na proteção dos recursos naturais, a doutrina sustenta que o direito ao meio ambiente é um direito fundamental de terceira “dimensão”, incluído entre os “direitos de solidariedade

<sup>5</sup> apud McNEELY, Jeff apud YAMIN Farhana, Biodiversity, Ethics and International Law, International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944), vol. 71, issue 3, Ethics, the Environment and Changing International Order, 1995, p. 531. Disponível em <<http://www.jstor.org/about/t5TrnB.html>>. Acesso em 05/06/2003.

ou “direitos dos povos”. Assim, o direito ao meio ambiente é ao mesmo tempo individual e coletivo e interessa a toda a humanidade. Por isso, “esse direito para ser garantido, exige o esforço conjunto do Estado, dos indivíduos, dos diversos setores da sociedade e das diversas Nações” (MIRRA, 2004, p.57).

Ressalte-se que os direitos de terceira dimensão são aqueles designados como os “de direitos dos povos”, de “cooperação”, de “fraternidade” e até mesmo de direitos humanos morais e espirituais. Esses direitos surgiram como resposta à dominação cultural e como reação ao alarmante grau de exploração não mais da classe trabalhadora dos países industrializados, mas das nações em desenvolvimento por aquelas desenvolvidas” e dos quadros de extrema injustiça do ambiente dessas nações (GORCZEVSKI; RICHTER, 2007, p.15).

Deste modo, os direitos de terceira dimensão<sup>6</sup> pertencem não à humanidade presente, apenas, mas também à humanidade passada, presente e futura. Se por um lado a humanidade presente tem direito a um meio ambiente equilibrado; a humanidade passada tem o direito de que seja preservada a sua memória, inclusive a memória genética; enquanto a humanidade futura tem o direito de que se preserve a possibilidade de sua existência (OLIVEIRA, 2005, p. 2733).

Em favor desta mesma idéia Trindade (1993, p. 56-57) declara:

Cada geração é a um tempo usuária e guardiã de nosso patrimônio comum natural e cultural, e deveria assim deixá-lo para as gerações futuras em condições não piores do que recebeu (encorajamento da igualdade entre as gerações). Donde o princípio da equidade intergeracional (conservação de

<sup>6</sup> A expressão “geração de direitos” tem sofrido várias críticas da doutrina nacional e estrangeira. É que o uso do termo “geração” pode dar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra. No entanto, os direitos de liberdade não desaparecem ou não deveriam desaparecer quando surgem os direitos sociais e assim por diante. O processo é de acumulação e não de sucessão. Além disso, a expressão pode induzir à idéia de que o reconhecimento de uma nova geração somente pode ou deve ocorrer quando a geração anterior já estiver madura o suficiente, dificultando bastante o reconhecimento de novos direitos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 47



opções, da qualidade, e do acesso), lucidamente desenvolvido por E. Brown Weiss, assim como a necessidade de proteger sistemas de sustentação da vida, processos ecológicos, condições ambientais e recursos culturais necessários à sobrevivência da espécie humana, e a necessidade de sustentar um meio-ambiente humano sadio. [...] aqueles que vivem hoje nada mais são do que um elemento de uma cadeia que não deve ser interrompida. Existe, assim, uma sociedade mundial não apenas no espaço entre os povos do mundo, mas também no tempo, entre as gerações que se sucedem.

Além do direito fundamental da solidariedade em nível intergeracional e entre todas as nações e povos, o reflexo do progresso tecnológico na sadia qualidade de vida exige ética nas relações jurídicas. Assim, a incorporação da Convenção da Diversidade Biológica ao ordenamento jurídico constitucional, mais precisamente, ao rol não-exaustivo dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, reforça o direito fundamental à equidade no acesso aos recursos biológicos e na repartição dos benefícios alcançados pela Biotecnologia (KISHI, 2008, p. 716-717).

Verifica-se no texto constitucional uma clara ampliação da noção de patrimônio cultural, a valorização da pluralidade cultural e um espírito de democratização das políticas culturais, arraigados em um contexto de busca da concretização da cidadania e de direitos culturais. É o que preceitua a seção constitucional dedicada à cultura com o art. 215 e art. 216:

O exame do *caput* do artigo 216 demonstra o amplo progresso que se deu no tratamento do bem cultural, já que inclui no seu conceito o aspecto imaterial, absorvendo as concepções mais modernas referentes à matéria.

Assim, o conceito de patrimônio cultural possibilita a proteção dos mais variados bens, vislumbrando um universo que transpõe as manifestações materiais, tangíveis, para abarcar outras dimensões de cunho imaterial, fluídas, tão importantes quanto aquelas, e que são expressões da história e da vida de um povo, do seu modo de

e pensar o mundo, enfim, da sua própria identidade (AGUINAGA, 2006, p.7).

Segundo Paulo Affonso Leme Machado (2001, p. 56), há de se diferenciar entre o disposto no *Caput* do artigo 216 e o que consta de seus incisos. O autor esclarece que o *caput* se refere à identidade, à ação, e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira, e os seus incisos reportam-se à relação de bens de natureza material e imaterial que "podem ou não se relacionar com os grupos formadores da sociedade brasileira". A diferenciação que é feita resulta na compreensão de que os bens incluídos nos incisos podem ser protegidos, ainda que não estejam vinculados direta ou indiretamente à identidade, à ação, e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira (ANTUNES, 2002, p. 116).

Fato é que os artigos 215, § 1º; 216; 231 e 232 da Constituição Federal fornecem um arcabouço jurídico muito amplo e favorável à proteção do conhecimento tradicional, principalmente naquilo que se refere às sociedades indígenas. Nas palavras de Antunes (2002, p. 117):

O sujeito de direito que se pretenda tutelar não é uma pessoa física ou jurídica, mas uma comunidade que vive de forma tradicional ou diferenciada da sociedade envolvente. A nota mais marcante do conhecimento tradicional, em meu entendimento, é a sua característica coletiva. Ainda que a norma fale em prática individual, esta deve ser compreendida no contexto cultural da comunidade local ou indígena. É possível - e mesmo muito freqüente - que um determinado indivíduo em uma comunidade seja o único a exercer funções de Pajé ou Xamã, ou outra qualquer. Mesmo assim, estamos diante de uma atividade coletiva, pois tal indivíduo é fruto de uma atitude coletiva, de um conhecimento coletivo, de uma tradição. E mais: a sua prática será transmitida a terceiro que, a tempo e hora, irá sucedê-lo em sua função social.

Portanto, o multiculturalismo permeia todos os dispositivos constitucionais destinados à proteção da cultura. Está presente na obrigação do Estado de proteger as manifestações culturais dos

distintos grupos sociais e étnicos, incluindo indígenas. Vislumbra-se a orientação pluralista e multicultural do texto constitucional no conceito de patrimônio cultural, que consagra a idéia de que este abrange bens culturais referenciadores dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, e no tombamento constitucional dos documentos e sítios possuidores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. É a valorização da rica sociodiversidade brasileira, e o reconhecimento do papel das expressões culturais de diferentes grupos sociais no desenvolvimento da identidade cultural brasileira (SANTILLI, 2005, p. 75).

A diversidade cultural, a par da diversidade biológica, também está conceituada na Constituição Federal como bem de uso comum do povo, na medida em que estabelece que o Estado garanta a todos o pleno exercício dos direitos culturais e, nessa qualidade, merece ser preservado. A Constituição da República de 1988, aos incisos I e II do § 1º, do artigo 225, preceitua a vigamestra a lastrear a proteção à biodiversidade, ao prescrever que, para garantir a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, compete ao Poder Público: preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético. Noutras palavras, está a expressar o Texto Magno que, para a efetividade do princípio da sadia qualidade de vida com o desenvolvimento sustentável, é necessário também o concurso dos princípios fundamentais (KISHI, 2008, p. 294).

A Constituição reconhece e resguarda a diversidade étnica e cultural, assegurando direitos coletivos associados à biodiversidade e à sociodiversidade. A síntese socioambiental está escopo entre a proteção à biodiversidade e à sociodiversidade compreendidas como valores constitucionais integrados em uma unidade conceitual e normativa (SANTILLI, 2005, p. 92). Nas palavras de Santilli (2005, p. 93):

O texto constitucional revela a compreensão de que não basta proteger a biodiversidade: a diversidade de espécies, genética e de ecossistemas, sem assegurar

a diversidade cultural que está intimamente relacionada a esta. A síntese socioambiental está presente na interface entre biodiversidade e sociodiversidade, permeada pelo multiculturalismo, pela pluriétnicidade e pelo enfoque humanista. Só se dará plena eficácia e efetividade às normas constitucionais se forem compreendidas em toda a sua essência, se pudermos retirar o máximo delas. Interpretar as normas constitucionais de conteúdo socioambiental apenas pelo viés da tutela ao patrimônio natural deixa a sua efetividade muito aquém do desejado e da solução hermenêutica que atende ao princípio da máxima efetividade.

Bem por isso, a diversidade cultural, a par da diversidade biológica, também está conceituada na Constituição Federal como bem de uso comum do povo<sup>7</sup>, na medida em que estabelece que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais”,<sup>8</sup> e, nessa qualidade, merece ser preservado.

#### 4 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 adotou uma direção visivelmente multicultural e pluriétnica, reconhecendo direitos coletivos a povos indígenas, comunidades ribeirinhas e quilombolas. A Carta Magna garantiu às comunidades tradicionais o direito de usufruírem de suas tradições, rompendo com a memória assimilacionista e assegurando-lhes direitos permanentes.

Visto que o direito ao equilíbrio ecológico do meio ambiente é um direito constitucional que transcende os limites individuais. Este está vinculado à idéia ser essencial à sadia qualidade de vida, e de identidade de um povo, portanto o meio ambiente, no qual a biodiversidade se integra, está disponível para que atenda à existência digna do ser humano.

O socioambientalismo que permeia a Constituição brasileira privilegia e valoriza as dimensões materiais e imateriais (tangíveis ou intangíveis) dos bens e direitos socioambientais, a transversalidade

<sup>7</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, artigos 215 e 216.

<sup>8</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, artigos 215, caput.

das políticas públicas socioambientais, a função socioambiental da propriedade e a consolidação de processos democráticos de participação social na gestão ambiental. A união socioambiental orienta e fundamenta toda a legislação infraconstitucional brasileira aprovada após a Constituição de 1988, dando-lhe coerência e unidade axiológico-normativa.

## 5 REFERÊNCIAS

AGUINAGA, Karyn Ferreira Souza. A Proteção do Patrimônio Cultural Imaterial e os Conhecimentos Tradicionais. In: XV Congresso Nacional do Conpedi - Direito, Biodiversidade e Soberania na Amazônia, 2006, Manaus. *Anais do XV Congresso Nacional do Conpedi*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Diversidade Biológica e Conhecimento Tradicional Associado**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: PURVINI DE FIGUEIREDO, Guilherme José (Org.). **Temas de direito ambiental e urbanístico**. São Paulo: Max Limonad, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 1998.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFERIA, Adriana. **Biodiversidade e Patrimônio Genético**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

GALVÉZ, José Francisco. Las Comunidades de Indígenas en el Constitucionalismo Iberoamericano. In: MUÑOZ-ARACO, José Manuel Pérez-Prendes (dir.). **La Violencia y los Enfrentamientos de las Culturas**. Madrid: Istel, 2004.

GORCZEVSKI, Clóvis. **Jurisdição Paraestatal**: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos direitos humanos na sociedade multicultural. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

GORCZEVSKI, Clovis; RICHTER, Daniela. O Direito ambiental sob a ótica dos direitos humanos e a importância da educação. In: GORCZEVSKI, Clovis (Org.). *Direitos humanos, educação e meio ambiente*. Porto Alegre: Evangraf, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura**. Madrid: Tecnos, 2000.

LANARI BO, João Batista. **Proteção do Patrimônio na UNESCO**: ações e significados. Brasília: UNESCO, 2003.

LEFF, Enrique. **Racionalidade Ambiental**: a reapropriação social da natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. A Proteção da Biodiversidade: um direito humano fundamental. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (orgs.). **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI**: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. Princípios Fundamentais da Políticas Nacionais do Meio Ambiente e da Biodiversidade. In: AGRELLI Vanusa Murta; SILVA, Bruno Campos (Coord.). **Direito Urbanístico e Ambiental**: Estudos em Homenagem ao Professor Toshio Mukai. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KYMLICKA, Will. **Ciudadania Multicultural**. Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós, 1996.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Constituição e Meio Ambiente. *Revista de Interesse Público, Revista de Doutrina*,

**Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária**, ano 5, nº 21, Porto Alegre: Nota dez, 2003.

MENDONÇA, Gilson Martins. O Direito Fundamental à Cultura: dos tratados internacionais a Constituição federal de 1988. In PIOVISAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2007.

MIRANDA, Jorge. *O património cultural e a Constituição – tópicos*. In Direito do Património Cultural, obra colectiva: Oeiras, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Coimbra, 2003. v. II

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

OLIVEIRA, Antônio Flávio. Bioética. Sequência genética de diversidades. patrimônio comum da humanidade ou informações apropriáveis? **Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDUA**. Belo Horizonte, ano 4. n. 23. p. 2731-2738, set./out. 2005.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Regulamentação Jurídica do Acesso à Biodiversidade. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 29, p. 167-185, jan./mar. 2003.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos** proteção jurídica a diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais** 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura** São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1995.

TRINDADE, Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio-ambiente-paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

VARELLA, Marcelo Dias; PONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. **Biossegurança & Biodiversidade - Contexto Científico e Regulamentar**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

WACHOWICZ, Marcos; ROVER, Aires José. Propriedade Intelectual: conhecimento tradicional associado e a biotecnologia. In: IACOMINI, Vanessa (coord.). **Propriedade Intelectual e Biotecnologia**. Curitiba: Juruá, 2007.