

## CULTURA, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS CULTURAIS CULTURE, CONSTITUTION AND CULTURAL RIGHTS

MARCELLA SOUZA CARVALHO<sup>1</sup>

### RESUMO

Com o intuito de aproximar e dar destaque à relação existente entre Direito e Cultura, e partindo de uma perspectiva de apreciação e valoração dos chamados Direitos Culturais, o presente artigo debruça-se sobre o estudo jurídico da cultura, especialmente no que condiz ao aspecto constitucional. Abordam-se em um primeiro momento a abrangência e as interfaces que permeiam a compreensão do termo cultura enquanto foco central das discussões antropológicas. A busca por um conceito constitucionalmente adequado para este termo revela em primeiro lugar a relação indissociável existente entre Constituição e Cultura. Por ser a Constituição de um Estado um fenômeno essencialmente cultural, destaca-se a teoria da Constituição como Ciência da Cultura, do filósofo Peter Haberle. Passa-se então a uma análise pormenorizada da cultura e dos Direitos Culturais na Carta Magna Brasileira. A primeira e única vez em que a expressão Direitos Culturais apareceu na história das constituições brasileiras foi em 1988. Entretanto, estes já eram enquadrados na categoria de Direitos Humanos deste a década de 1960, quando expostos e disciplinados em importantes documentos jurídicos de âmbito mundial, listados no presente artigo. Além dos artigos 215 e 216 da Constituição Federal de 1988, os quais compõem sessão própria da Cultura, diversos outros dispositivos, ainda que indiretamente, exemplificam a garantia aos Direitos Culturais resguardada pela Constituição de 1988, o que permite evidenciá-los como Direitos Fundamentais de todos os indivíduos.

**Palavras – Chave:** Cultura. Constituição. Direitos Culturais

### ABSTRACT

In order to approach and highlight the relationship between law and culture, and from a perspective of appraisal and valuation of so-called Cultural Rights, this article focuses on the study of legal culture, especially that matches the constitutional aspect. It addresses at first the scope and interfaces that underlie the understanding of the term culture while central focus of anthropological discussions. The search for a constitutionally adequate concept for this term reveals firstly the inseparable relationship between the Constitution and Culture. Because the Constitution of a State essentially cultural phenomenon, there is the theory of the Constitution as a Science of Culture, philosopher Peter Haberle. From then to a detailed analysis of the culture and the cultural rights in Brazilian Constitution. The first and only time the phrase appeared Cultural Rights in the history of Brazilian constitutions was in 1988. However, these were already classified as a Human Rights this the 1960s, when exposed and disciplined in important legal documents worldwide, listed in this article. In addition to the articles 215 and 216 of the Constitution of 1988, which make up session of Culture itself, several other

<sup>1</sup> Acadêmica de Direito do UNICURITIBA; Acadêmica do curso de Bacharelado e Licenciatura em Dança da FAP – Faculdade de Artes do Paraná; Conselheira da área artístico-cultural da Dança do CONSEC – Conselho de Cultura do Estado do Paraná; Conselheira do Fórum de Dança de Curitiba. Email: marsouzadv@hotmail.com

devices, even indirectly, to exemplify the guarantee cultural rights safeguarded by the Constitution of 1988, which allows them as evidence of Fundamental Rights all individuals.

**Key - Words:** Culture. Constitution. Cultural Rights

## 1 INTRODUÇÃO

Para uma melhor compreensão acerca dos chamados Direitos Culturais, faz-se necessário em um primeiro momento uma análise acerca da história, do uso e das interfaces do termo que permeia toda esta pesquisa: a cultura.

A preocupação em estudar as culturas humanas, e com isso compreender o que de fato é cultura, sempre esteve presente nas ciências sociais, em especial na antropologia, ainda que sob esse aspecto até hoje não se tenha um conceito definido. Nos últimos 100 anos a definição de cultura é foco central de discussões antropológicas, mostrando-se um assunto inesgotável (LARAIA, 2006, p.7). Isso porque, a tentativa de compreender seu significado, implica na igual tentativa de compreensão dos modos de vida de uma sociedade, nas particularidades exercidas por cada indivíduo e de como a cultura influencia o comportamento social. Ou seja, tarefa difícil vista sob o parâmetro de qualquer ciência que não seja exata.

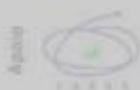
Sendo assim, cultura pode estar ligada a todos os aspectos da realidade social de um povo, ou então, mais especificamente ao conhecimento, crenças, valores e ideais de um povo (SANTOS, 1987, pg. 20). Isso permite dizer que cultura abrange as formas de cultivo da terra e do mar e as formas de transformação dos produtos daí extraídos, o meio ambiente enquanto alvo de ação humanizada, as formas de apreensão e de transmissão de conhecimentos, a língua e as diferentes formas de linguagem e de comunicação, os usos e costumes cotidianos, os símbolos comunitários, a religião e as formas de organização política da sociedade.

Nesse âmbito, é possível estabelecer a fundamental importância resguardada à cultura, seja numa abrangência sociopolítica, econômica, antropológica, filosófica ou histórica, a níveis nacional e internacional, pois a cultura é elemento modificador e transformador de um povo, estando atrelada aos seus diferentes modos de vida, valores e crenças, e ao desenvolvimento e evolução da natureza humana (REGO, 2008, p.42).

A cultura enquanto possibilidade transformadora de um ambiente representa a sua valorização como eixo de sustentação de qualquer nação, à medida que resguarda a condição de modificadora dos modos de pensar e agir. No Brasil, exemplo claro de constantes transformações de cunho social, político e econômico, os aspectos constitutivos da cultura estão sendo cada vez mais valorizados, entendendo-se que por meio da cultura se pode construir um país mais justo e democrático.

Parafrazeando Michel Prieur, o autor luso Vaco Pereira da Silva (2007) estabelece que entre o Direito e a Cultura existe uma espécie de “relação amorosa”, em que cada um dos pares “completa” o outro, com vantagens e benefícios recíprocos, na medida em que a “cultura obriga o direito a evoluir e o direito recompensa-a, tornando-a mais universal e democrática” (PRIEUR, 2004 apud SILVA, 2007, p.7).

Importante asseverar desde já que, no que condiz ao presente artigo, não se pode adotar a ideia de aceitação de todos os significados apontados. É preciso voltar-se, na esfera do Direito, à significação mais pertinente da conceituação de cultura, permitindo assim um desenvolvimento claro acerca desta temática.



## 2 CULTURA NO TEXTO CONSTITUCIONAL

Conforme destacado, importante se faz a compreensão de um conceito jurídico constitucionalmente adequado para o termo cultura, partindo de uma dogmática presente na Carta Magna de 1988. Contudo, sem abandonar de plano as bases conceituais socioantropológicas já existentes. Cabe neste momento, portanto, refletir sobre qual seria uma aproximação adequada dos conceitos anteriormente expostos com as dimensões de cultura propostas na Constituição Federal de 1988.

Este fato não implica em dizer que a cultura à qual se refere a Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seus artigos 215 e 216, seja uma categoria estática, estanque; apenas se enfatiza que a ampliação da noção de cultura da Constituição vigente não pode ser assemelhada ao conceito antropológico em toda sua plenitude (SILVA, 2001, p. 35). Ou seja, o conceito mais difundido de cultura, qual seja o antropológico pregando que toda produção humana é cultural, é demasiado amplo e acaba de certa forma não sendo compatível, essencialmente, com a ideia de ação estatal no âmbito cultural.

Ou seja, o conceito mais difundido de cultura, qual seja o antropológico pregando que toda produção humana é cultural, é demasiado amplo e acaba de certa forma não sendo compatível, essencialmente, com a ideia de ação estatal no âmbito cultural. Do mesmo modo, um conceito jurídico para a cultura se faz necessário na medida em que nem toda forma de sua expressão pode ser juridicamente protegida. Assim, Cunha Filho estabelece que:

[...] cultura para o mundo jurídico é a produção humana juridicamente protegida, relacionada às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, e vinculada ao ideal de aprimoramento, visando à dignidade da espécie como um todo, e de cada um dos indivíduos [...] a cultura é identificada precisamente por suas manifestações; se a norma menciona que todas as manifestações humanas relacionadas à *identidade dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira* compõem o patrimônio cultural do país, e se, para além disso, nada mais pode ser vislumbrado como cultura, de fato o que o legislador fez foi simultaneamente definir patrimônio cultural e cultura para a seara jurídica do Brasil. (CUNHA FILHO, 2004, p. 37/49).

Portanto, entender a cultura na Constituição Federal de 1988 em sua dimensão aberta é estabelecer um diálogo multi, inter ou transdisciplinar permanente com outras ciências (CUNHA FILHO; COSTA; TELLES, 2008), evitando qualquer totalitarismo por parte do direito, bem como visões fragmentadas da cultura, pois o significado e “o conteúdo do bem cultural deve ser preenchido por teóricos de outras disciplinas” (MARCHESAN, 2007, p.39).

Considerar a cultura como embaixadora de todos os direitos e conseqüente produto de sua operacionalização é de suma importância para o reconhecimento do quanto é relevante o estudo desse setor para qualquer atividade que se desenvolva, mormente aquelas vinculadas às ciências sociais, como é o caso do Direito. (CUNHA FILHO, 2000, p.31)

Para o constitucionalista Jorge Miranda (2003, p. 83), a Constituição reflete a formação, as crenças, as atitudes mentais, a geografia e as condições econômicas de uma sociedade e, simultaneamente, imprime-lhe caráter, 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 coletiva como um todo, pode ser agente, ora de conservação, ora de transformação.

# II Encontro

A Constituição de um Estado é um fenômeno cultural – por não poder ser compreendida desentranhada da cultura da comunidade donde provém e por ser, em si mesma, uma obra e um bem de cultura. Daí Peter Häberle (1998) propõe uma teoria da Constituição como ciência da cultura. Constitucionalista alemão, Peter Häberle dedicou seus estudos à relação existente entre o Direito e a cultura, tornando-se importante referência nos debates então propostos em decorrência da amplitude de seus aportes para a ciência do Direito e das problemáticas que suas teorias permitem antecipar e solucionar, em especial o entendimento do conceito central de seus estudos – a relação indissociável entre Constituição e cultura. Além de, é claro, sua eclética formação (filosófica, artística, literária e jurídica). (HABERLE, 2000).

A propositura de Häberle é de abrangência ampla, e para sua concretude englobam-se informações sociológicas e antropológicas, com reportes desde o triângulo ciência, educação e arte até os demais parâmetros de conhecimentos e valores, tais quais crenças e valores morais, artes, costumes e leis existentes dentro de uma vida em sociedade. Sendo assim, aquilo que se entende necessário para uma materialização constitucional deve ser encarado amplamente, para que então a cultura seja inserida dentre os seus elementos científicos os quais completarão o rol dos conceitos jurídicos presentes nesse entendimento.

Uma análise das constituições contemporâneas possibilita, a partir da vasta gama temática e inovações quanto a liberdades e cláusulas gerais e específicas relacionadas à cultura, a aferição da relação evidente entre constituição e cultura, acrescentando nesse ponto uma criatividade plural no aspecto histórico constitucional do presente. Segundo Häberle (2000, p. 160), todos os estudos resultantes de uma compreensão da Constituição como ciência da cultura em nível comparado estão atualmente intensificando os esforços interdisciplinares, para permitir uma nova leitura das relações existentes entre dignidade humana e povo, razão e liberdade, Direito e realidade, assim como entre ideologia e interesses econômicos.

A consolidação da teoria de Häberle, cujo foco é a interpretação constitucional efetuada à luz da perspectiva científico-cultural, efetiva-se de melhor maneira no meio jurídico se considerada a ideia de que toda motivação constitucional é sempre movida de acordo com as influências e fundamentações culturais próprias. Conclui, portanto, o professor alemão por uma teoria da Constituição de cunho científico cultural que pode cooperar para a redução do direcionamento dos objetivos do Estado Constitucional exclusivamente para o bem estar materialista, a partir do paradigma do Estado Social de Direito, uma vez que oferece crítica a toda interpretação desse tipo de Estado que seja fundada unipontualmente no crescimento quantitativo e sobredimensionado (HABERLE, 1998 p. 160-161).

Dessa forma, a teoria da Constituição como ciência da cultura apresenta-se como uma alternativa a favor da sedimentação das bases teóricas do Estado Constitucional, a qual poderá sobreviver razoavelmente forte mesmo em tempos de profunda crise (HABERLE, 1998 P. 161).

Vasco Pereira da Silva, autor da obra *A Cultura a que tenho Direito*, trabalha intensamente na interpretação e valorização à teoria de Häberle, e apresenta uma dupla dimensão da relevância cultural dos fenômenos constitucionais e da importância da cultura na lei fundamental, sendo elas a Cultura do Direito e o Direito da Cultura: com relação à primeira dimensão, trata-se do entendimento do Direito Constitucional como fenômeno cultural, necessitando ser compreendido e analisado de acordo com as metodologias próprias da ciência da cultura. Na segunda dimensão encontra-se o estudo dos fenômenos culturais segundo a metodologia própria da ciência jurídica – neste caso o Direito Constitucional da Cultura. (SILVA, 2007, p.8).

No que concerne à inegável linha tênue entre Direito e Cultura, Silva é taxativo ao delimitar a importância da aplicação de uma teoria da constituição como ciência da cultura:

Pode-se afirmar que a cultura do Direito Constitucional é um fator determinante de interpretação e de aplicação das respectivas normas, pelo que não basta ao intérprete a adoção de uma perspectiva estritamente jurídica, antes necessita de complementá-la com uma abordagem mais amplamente cultural da Constituição. A metodologia específica da ciência jurídica converge assim com os métodos próprios das ciências da cultura para a compreensão integral do Direito”. [...] “É necessário considerar que o Direito é um fenômeno cultural, que plasma os valores da comunidade e os torna vigentes num determinado momento e local, mas que é também uma realidade autônoma, consubstanciada em normas e em princípios jurídicos, dotados de uma lógica e de uma dinâmica próprias. Pelo que é de exigir ao Direito Constitucional que seja capaz de considerar simultaneamente valores, fatos e normas, na interatividade e reciprocidade do seu relacionamento complexo, conjugando dimensões éticas, artísticas, técnicas e científicas, no âmbito de uma compreensão simultaneamente cultural e jurídica dos fenômenos constitucionais” [...] “Isso porque sem intérpretes constitucionais, e sem as respectivas destrezas e habilidades no domínio jurídico, não é possível construir qualquer tipo de Estado constitucional como fator disciplinador da sociedade aberta.

Feitas essas considerações acerca da relação indissociável existente entre Constituição e cultura, tem-se que o Estado possui essencial comprometimento com a prerrogativa de instituir os chamados direitos culturais, estes que darão acesso e fruição à educação e à cultura. E, assim como há a denominação de constituição econômica, também cuida-se agora do termo *Constituição cultural*, como conjunto de princípios e preceitos com relativa autonomia, respeitantes a matérias culturais, conforme visto na teoria de Haberle. Aproximando-se desse entendimento, há ainda aqueles que defendem a ideia de Estado de Cultura<sup>2</sup>.

Em suma, sendo a cultura uma das dimensões da vida comunitária e sendo a Constituição o estatuto jurídico do Estado na sua dupla face de comunidade e de poder, a cultura não poderia de maneira nenhuma ficar de fora da Constituição.

O ordenamento jurídico nacional tem o compromisso de preservar e propagar toda a historicidade do povo brasileiro. Visto isso, a Constituição Brasileira reservou abundante tratamento para a cultura. Nota-se isso pelo fato de que em todos os seus títulos, ainda que indiretamente, há alguma ou até mesmo farta disciplina jurídica sobre o assunto. Também por isso pode ser chamada de *Constituição cultural*, como também pelo fato de possuir seção específica para o tema, em cujo artigo inaugural – 215 – se lê que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. (CUNHA FILHO, 2004).

O conjunto que compreende os artigos 215 e 216 está diretamente relacionado ao tema cultura na Constituição Brasileira de 1988, onde está demonstrado que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, bem como apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. Além disso, os dispositivos indicam que a proteção das culturas populares, indígenas, afro-brasileiras e de outros grupos do processo civilizatório nacional é um objetivo a ser traçado, além de

<sup>2</sup> Conforme, por exemplo, ENRICO SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di culture nella Costituzione italiana*, Nápoles, 1961: o Estado de cultura seria aquele que assentaria no desenvolvimento da cultura e na liberdade cultural. E a Constituição bávara de 1946 fala em “Estado de Direito, de cultura e social”.

traduzirem um sentido de necessidade de uma política de preservação proposta a garantir aos cidadãos o pleno direito à cultura, sendo esta entendida como valores pelos quais se reconhece uma nação.

Deve-se situar a cultura, primeiramente, na parte dos princípios fundamentais e depois, como parte dos direitos econômicos e sociais. Isto pois, pelo fato de não tratarem os artigos 215 e 216 da dimensão econômica, educacional e política, ou às suas relações com o desenvolvimento. Os mesmos não trazem um elemento normativo e claramente associado à cultura como dimensão qualificadora de processos de inclusão e desenvolvimento social, nem mesmo cultural.

Os artigos 215 e 216 da CF de 88 dizem respeito à ações que pressupõem uma perspectiva de patrimônio, bem como um princípio de seletividade no que se refere às políticas, fazendo com que o patrimônio protegido represente identidades na forma de expressão, manifestações, e modos de viver da nação.

Nota-se que o artigo 215 remete-se à princípios mais gerais, enquanto que o artigo 216 abrange aparentemente ações específicas de políticas de patrimônio, inclusive quando indica o princípio da participação social na implementação das políticas patrimoniais.

Portanto, tem-se que o artigo 215 em suma é bastante geral, não obstante confira ao Estado a responsabilidade sobre ações positivas, enquanto que o artigo 216 revela uma ideia de ação direta, com objetos claramente definidos. Em uma visão geral, apesar de não estarem precisamente definidos, ambos os artigos são claros no sentido de que preconizam a ação estatal para que possam oferecer as condições necessárias para fruição dos direitos culturais.

Através dos artigos relacionados à cultura, a CF de 88 indica a responsabilidade do Estado na garantia dos direitos, e, ainda, preconizou ações de incentivo para desenvolvimento da cultura. Sobretudo incentivos de natureza fiscal.

De uma análise do texto constitucional, percebe-se que a realidade normativa brasileira conduz a um induzimento da concepção de cultura de uma maneira limitada. A carência de uma definição abstrata restringe o aprofundamento dos estudos. O que resta são compreensões empíricas de uma norma cultural. O que resta evidente é que o ordenamento jurídico se refere à cultura quando veicula normas sobre as artes, a espiritualidade, as tradições e o saber. Essa subjetividade dos termos da definição de cultura passa a ganhar forma concreta segundo a observação de cada ordenamento jurídico. (CUNHA FILHO, 2000, p. 28).

Assim, a compreensão do texto constitucional enquanto correlato a uma ordem cultural exige atenção para uma leitura da integralidade do texto, e não apenas aos dois artigos que dizem respeito diretamente à cultura. Primordialmente, a cultura deve estar inserida na parte dos princípios fundamentais, e depois, como parte dos direitos econômicos e sociais.

### 3 DIREITOS CULTURAIS COMO FUNDAMENTAIS

Em que pese os direitos culturais não se encontrem expressamente previstos no Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais da CF de 88, é possível afirmar que se tratam indubitavelmente de direitos fundamentais, à luz do parágrafo segundo do artigo 5º da CF: *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte.*

Salienta-se que no próprio artigo 5º da CF há uma série de direitos culturais encartados, gozando portanto de prerrogativa de cláusula pétreia. A título exemplificativo citam-se a

liberdade de expressão artística (inciso IX), os direitos autorais e conexos (inciso XXVII e XXVIII), e o direito à proteção do patrimônio cultural (LXXIII).

Ou seja, ao instituir o dispositivo acima citado, o constituinte de 88 dispôs que as fontes dos direitos e garantias fundamentais poderiam compreender outras partes do texto constitucional, além de outros textos legais internacionais ou nacionais, desde que versem sobre a matéria relativa a esses direitos. A listagem que se fará na sequência deste item sobre declarações, recomendações e convenções de âmbito da Organização das Nações Unidas referentes à tutela dos direitos culturais são exemplos dessas variantes.

Como visto anteriormente, o artigo 215 da CF de 88 faz menção explícita à expressão *direitos culturais*. Entretanto, a letra da lei não chega a listar quais seriam esses direitos. Isso não é surpresa, já que até mesmo a UNESCO, órgão das Nações Unidas responsável pela cultura, reconhece a necessidade de se elaborar um inventário dos ditos direitos culturais, eis que configurados como categoria fragmentada e dispersa na documentação normativa acerca dos Direitos Humanos (MACHADO, 2011 p. 104). Não há um consenso do que seja exatamente os direitos culturais, o que dá lugar a diferentes maneiras de tipificá-los, nomeá-los e descrevê-los com o intuito de dar possíveis definições aos mesmos.

A primeira e única vez em que essa expressão apareceu na história das constituições brasileiras foi em 1988. Todavia, os direitos culturais já eram enquadrados na categoria de Direitos Humanos deste a década de 1960, quando expostos e disciplinados em importantes documentos jurídicos de âmbito mundial.

Tratam-se de diversas outras fontes, a saber a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os dois pactos que a ela se seguiram e que pretenderam estabelecer o compromisso dos Estados membros da Organização das Nações Unidas (ONU) com a efetiva aplicação dos direitos humanos: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos de 1966. Além dessas fontes, destacaram-se também as declarações, convenções e recomendações da UNESCO, órgão do sistema das Nações Unidas responsável pelo trato das questões relativas à educação, à ciência e à cultura.

No ano de 1948 a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução 217 A, onde consta a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nela, foi elencado um novo e delicado núcleo de direitos, os direitos culturais. Em pelo menos dois artigos há expressa menção a eles, sendo que em um deles a abordagem é mais ampla, e no outro é mais restrita. A primeira, mais generalista está no artigo 22: *“toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”*.

Com relação ao entendimento mais restrito, trata-se do direito à livre participação na vida cultural, proclamado no Artigo 27 da Declaração: *“Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de gozar das artes e de aproveitar-se dos progressos científicos e dos benefícios que deles resultam”*.

Em 1954, foi proclamado pela UNESCO a Convenção sobre a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, documento em que os Estados membros se comprometeram a respeitar os bens culturais situados nos territórios dos países adversários, assim como a proteger seu próprio patrimônio em caso de guerra. Já no ano de 1966 tiveram destaque dois documentos no âmbito dos direitos culturais: o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, o qual assegurou aos membros de minorias étnicas, religiosas e linguísticas o direito

de ter sua vida cultural, professar e praticar sua religião e utilizar seu idioma; e a Declaração de Princípios da Cooperação Cultural Internacional, onde foi proclamado o direito/dever de cooperação cultural internacional.

Diz o artigo 5º desta Declaração que a cooperação cultural é um direito e um dever de todos os povos e de todas as nações, que devem compartilhar seus saberes e conhecimentos. Referida Declaração considera o intercâmbio cultural essencial à atividade criadora, à busca da verdade e ao cabal desenvolvimento da pessoa humana. Afirma que todas as culturas têm uma dignidade e um valor que devem ser respeitados e que é por meio da influência que exercem umas sobre as outras que se constitui o patrimônio comum da humanidade.

Em 1972, a Unesco aprovou a Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, a qual considerou que a deterioração e o desaparecimento de um bem natural ou cultural constituem um empobrecimento do patrimônio de todos os povos do mundo.

Outro documento de destaque na história dos direitos culturais foi A Recomendação sobre a Participação dos Povos na Vida Cultural (1976), a qual considera a participação na vida cultural e o acesso à cultura como duas dimensões da mesma realidade. Nesse documento, a participação na vida cultural é definida como a “possibilidade efetiva, garantida a qualquer grupo ou pessoa, de expressar-se, comunicar, atuar e criar livremente”; e o acesso é entendido como “a oportunidade para que todos – particularmente por meio da criação de condições socioeconômicas adequadas – possam se informar, se formar, conhecer, compreender e desfrutar livremente dos valores e bens culturais”.

A Recomendação sobre o Status do Artista, do ano de 1980, traduz a essencialidade da livre criação e convoca os Estados a ajudar a criar e sustentar “não apenas um clima de encorajamento à liberdade de expressão artística mas também as condições materiais que facilitem o aparecimento de talentos criativos”. De acordo com referida Recomendação, fica claro que o fomento às artes e a melhoria das condições de trabalho dos artistas são premissas necessárias e imprescindíveis à plena efetividade do direito à participação na vida cultural.

Também a preocupação com a sobrevivência de culturas específicas foi resguardada na Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular (1989). Esse documento preconiza que aos Estados cabe, prioritariamente, apoiar a pesquisa e a documentação dessas manifestações de cultura popular.

No ano de 1992 os Estados são chamados a assumir a responsabilidade pela proteção da identidade cultural das minorias que habitam seus territórios, com a proclamada Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes às Minorias Nacionais. Outro documento intitulado de Declaração que obteve destaque nesse âmbito foi aquele que estabeleceu o vínculo entre patrimônio cultural e natural – Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural – datado do ano de 2001, o qual defende a ideia de que a diversidade cultural é tão necessária para a humanidade quanto a diversidade biológica o é para a natureza, sendo portanto necessariamente reconhecida e protegida em prol das gerações presentes e futuras.

Cabe citar, finalmente, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2005). Esse documento defende a inclusão das variáveis culturais nos planos nacional e internacional de desenvolvimento e reafirma o direito soberano dos Estados de implantar políticas de proteção das identidades culturais de suas populações.

Ainda, em âmbito internacional, importante destacar a obra *Cultural Rights*, do húngaro Imre Szabó (1974). Trata-se de um estudo acerca das normas internacionais declaratórias, protetoras e garantidoras dos direitos culturais e sua existência simultânea em diferentes

sistemas sociais, com condições sócio-históricas e econômicas distintas e modelos constitucionais e institucionais díspares. Seu objetivo foi analisar a adequação da legislação internacional às identidades e diferenças dos contextos locais. Já o México postulou a ampla participação dos indivíduos e da sociedade no processo de tomada de decisões que concernem à vida cultural na Declaração do México sobre as Políticas Culturais do ano de 1982.

De todo o exposto nota-se a destacada relevância que nasce com a preocupação em proteger e instituir, a nível internacional os direitos culturais. Os documentos acima citados são os exemplos flagrantes de que esses direitos devem ser preservados e valorizados como quaisquer outros direitos.

Novamente lembrando os entendimentos do jurista alemão Peter Haberle, que dedicou-se intensamente ao tema cultura, salientam-se as seguintes palavras:

“O âmbito material e funcional ‘cultura’ é o terreno do qual emanam os direitos fundamentais culturais. Antes de tudo, isso [o que é cultura] pode ser determinado pelo mote da distinção entre os âmbitos político, econômico e social. Quanto mais árdua é uma definição positiva de cultura, tanto mais a pressupõem como óbvia nos textos constitucionais que se referem à cultura sem ulterior definição” (HABERLE, 1993, p. 213).

Para Haberle, os estudos relativos aos direitos culturais remetem a duas compreensões simultâneas: uma encarando-os *stricto sensu* e outra *lato sensu*. A primeira trata-se de uma compreensão restritiva, emparelhando os direitos culturais com outros tipos de direitos, como os econômicos e sociais. Na segunda compreensão Haberle afirma que a cultura é a base de todos os direitos fundamentais, determinando sua existência e sendo determinada por eles.

O constitucionalista José Afonso da Silva, questionando-se sobre a conceituação dos direitos culturais, indica que:

São: a) o direito à criação cultural, compreendidas as criações científicas, artísticas e tecnológicas; b) direito de acesso às fontes da cultura nacional; c) direito de difusão da cultura; d) liberdade de formas de expressão cultural; e) liberdade de manifestações culturais; f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura (...) (SILVA, 1993, p. 280).

Aliando-se aos entendimentos do já citado Cunha Filho (2000, p.34), pode-se considerar que os direitos culturais são aqueles atinentes às artes, à memória coletiva e à transmissão de conhecimentos, e que impera nesse meio essências de passado, presente e futuro. Encontrando referidas características, não há dúvida de que se trata de um direito cultural. Assim, também deu a sua conceituação de direitos culturais o autor em comento:

Direitos Culturais são aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana (...) Não se pode negar que os direitos culturais passam a compor uma imensidão que somente pode ser resolvida no caso concreto a ser apreciado, levando-se em conta a expressão utilizada pelo constituinte de 1988, cujo único limite para patrimônio cultural ,

# II Encontro Internacional de Direitos Culturais

enquanto patrimônio singular, é ‘a referência à identidade dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

(...) pressupõem a especificação, se não de um rol, ao menos de categorias de direitos relacionados com a cultura, compreendida com base em núcleos concretos formadores de sua substância, como as artes, a memória coletiva e o fluxo dos saberes (CUNHA FILHO, 2004).

Com relação à categorização dos direitos culturais como fundamentais, para Norberto Bobbio (1992) bem como o restante da doutrina tradicional, os direitos fundamentais são classificados em três gerações de acordo com a época histórica de seu surgimento. Assim, a primeira geração compreende os direitos individuais e políticos, tendo surgido juntamente com a afirmação do individualismo e abstencionismo no Estado liberal de direito, final do século XVIII (LOPES, 2008, p.33).

A segunda geração abrange os direitos sociais, econômicos e culturais, e foi resultado das lutas e reivindicações sociais que deflagraram o intervencionista Estado Social de Direito, consolidado constitucionalmente em alguns países na segunda década do século XX. Por fim, a terceira geração, a qual abarca todos os direitos de solidariedade, encontra-se ainda em fase de desenvolvimento e ampliação do atual Estado Democrático de Direito. Na atualidade, a doutrina é unânime na compreensão de que as três gerações coexistem sem uma extinguir a outra, descartando qualquer interpretação errônea do termo geração

Há que ser considerado também o entendimento do citado autor Cunha Filho, de que os direitos culturais se fazem presentes em todas as gerações de direitos, “tanto mais fortemente quanto mais cronologicamente próxima esteja dita geração”. Outro aspecto valorado para citação acerca do assunto ora trabalhado é a compreensão, pelo autor constitucionalista Paulo Bonavides, de uma quarta geração de direitos, anunciada como a geração dos direitos dos povos à democracia. Esta seria uma geração de direitos eminentemente culturais, eis que o aspecto basilar a ser considerado é o elemento ao mesmo tempo comum e diferenciador das nações: a própria cultura (CUNHA FILHO, 2000, p. 67).

Para Cunha Filho, é um direito fundamental aquele que concorre para a efetivação do núcleo que justifica a existência de qualquer direito, desta espécie, de um ordenamento jurídico democrático, da dignidade da pessoa humana (2000, p.39).

Outra considerável e importante forma de proteção aos direitos culturais é a norma a qual estabelece que todo direito fundamental tem aplicação imediata (artigo 5º parágrafo primeiro), evitando dessa maneira que a carência de uma norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. O reconhecimento dos direitos culturais como direitos fundamentais é de extrema importância, essencial para garantir uma proteção mais rigorosa a respeito do seu cumprimento. Quaisquer imposições que padronizem os modelos culturais são claros enfrentamentos à própria natureza do ser humano, e conseqüentemente, uma contrariedade à sua dignidade, princípio fundamental do Estado brasileiro.

Tendo visto o que é necessário para caracterização de um direito fundamental, tem-se que para enquadrar os direitos culturais nessa categoria é preciso que estes, se não estiverem inseridos no capítulo dos direitos e garantias fundamentais do texto constitucional, tenham a sua existência tão significativa ao ponto de ser albergada pelos princípios que informam o conjunto de direitos fundamentais, em seu aspecto material, dos quais sobressai-se o que sintetiza e justifica os demais, a multimencionada dignidade da pessoa humana (CUNHA FILHO, 2000, p. 41).

II Encontro Internacional

Uma vez caracterizados como fundamentais, os direitos culturais receberão proteção especial quanto à supressão do ordenamento bem como aplicabilidade imediata do ponto de vista da eficácia jurídica.

Não obstante, consoante já demonstrado anteriormente, no corpo de toda a Constituição Federal de 88 encontram-se direitos culturais que, pelo seu próprio conteúdo, conservam o status de direito fundamental de conhecimento taxativo por intérpretes e estudiosos da área. Isto porque referem-se a aspectos subjetivos de importância capital, por vezes de individualidades, por vezes de grupo e também de toda a Nação, no que concerne à questão da chamada identidade cultural. Assim, as garantias institucionais são os instrumentos disponíveis para a plena efetivação dos direitos culturais (CUNHA FILHO, 2000, p.43).

Assim, tão importante quanto conhecer os direitos culturais é tomar conhecimento do potencial assegurador de sua efetivação: as garantias culturais. Elas têm o poder de resguardar prestígio constitucional através de efetivo incremento dos direitos culturais, reverenciados por dar a possibilidade de desenvolvimento do ser humano em suas distintas dimensões. Isto pois, tem-se que conhecer os direitos fundamentais não é um fim, mas sim um instrumento que viabiliza sua concretização. Importante asseverar que mais fácil é no Brasil reconhecer normativamente novos direitos do que se dar efetividade a eles, assim como aos antigos direitos já plasmados. Criar e instituir normas não se compara ao árduo trabalho para que elas se efetivem – em que pese o legislador e os gestores devam ter a consciência do seu dever de cumprimento. A teoria têm se mostrado distante das práticas de consolidação e cumprimento normativo no país, como por exemplo, quando há a instituição de normas e regramentos que não se aplicam ao cotidiano da sociedade ou que carecem de artifícios para se efetivarem, seja por ausência de ações da gestão estatal ou por ineficiência de sua aplicabilidade.

Essas práticas remetem à necessidade de, tão intensamente quanto os direitos, conhecerem-se e categorizarem-se as garantias culturais. Elas são os elementos dos quais os titulares dos direitos podem e devem se valer para verem os mesmos migrando da simples previsão em textos legais para o mundo dos fatos. Obviamente, as garantias de direitos circundam o mundo jurídico, mas o extrapolam por serem também de natureza política e social (BARROSO, 2000, p. 121).

A institucionalização dos direitos culturais foi produto da primeira metade do século XX, juntamente com as constituições de alguns Estados sociais bem como com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Entretanto, o campo jurídico que vai dar sistematicidade a esse ramo surgirá somente a partir do início dos anos 1990, período no qual houve o desenvolvimento de uma série de políticas culturais em vários países do mundo.

Os direitos culturais associaram-se a um fator de desenvolvimento do homem imprescindível para o combate da pobreza e da opressão política, em especial de regimes totalitários. Desse modo, o direito à cultura passou a ser sinônimo de difusão de obras intelectuais, acesso aos meios de comunicação, à educação e ao conhecimento.

Aqui há que se ressaltar a diferença que alguns autores fazem entre *direito à cultura* e *direito da cultura*. No entendimento de Cunha Filho e Vieira Costa, destaca-se (2011, p. 6):

O primeiro, mais uma vez, remete aos aspectos genéricos e abstratos da convivência humana. Em princípio, refere-se a “um” direito, embora de dimensão grandiloquente e amorfa. Corresponde, na linguagem da ONU, à prerrogativa de participar na vida cultural da comunidade. Com efeito, o direito à cultura constitui proteção contra mudanças abruptas e ilegítimas, mesmo porque até as próprias restrições a seu acesso, decorrentes, por

# II Encontro

## In de

## C

exemplo, de segregações punitivas (prisões e outros castigos), integram o amálgama cultural que lhe dá substância. Pedro (2001, p. 212, tradução livre), ao mesmo tempo que sintetiza, localiza-o no mundo jurídico: “O direito à cultura contextualiza-se nos direitos culturais, como uma de suas principais manifestações, e os direitos culturais, por seu turno, nos direitos humanos”. A outra expressão – direito da cultura – permite vislumbrar “o” direito que rege relações específicas e tangíveis, com base em elementos palpáveis do universo cultural observado. Segundo os culturalistas franceses, a existência de um direito da cultura justifica-se na medida em que surgem os serviços públicos culturais demandados pela população e prestados pelo Estado; o poder de polícia cultural, consequência da atuação estatal; e o contencioso administrativo e judicial responsável pela solução de conflitos

A categorização feita por José Afonso da Silva (2000, p.51-52) em relação aos direitos culturais, denota a seguinte compreensão: (a) liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica; (b) direito de criação cultural, compreendidas as criações artísticas, científicas e tecnológicas; (c) direito de acesso às fontes da cultura nacional; (d) direito de difusão das manifestações culturais; (e) direito de proteção às manifestações das culturas populares indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional; (f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura – que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público.

Por conseguinte, demais linhas de raciocínio como a de José Afonso da Silva, defendem a ideia de que a melhor forma de conhecer direitos e deveres culturais não seria a construção de um rol, mas o entendimento de suas categorias, pois a fórmula de criação das leis e o caráter programático das normas culturalistas lhes dão feição dinâmica. Muito embora não os defina, o autor citado se esforça no sentido de identificar quais são as categorias dos direitos culturais, alicerçado na ideia de uma ordenação constitucional da cultura como organização de normas jurídicas pertinentes à temática. Daí porque, ao especificá-los, vai detalhar, em outras partes de sua obra, cada um desses ramos, em particular a liberdade de expressão cultural, o direito ao patrimônio cultural protegido, a regulamentação das atividades e profissões culturais, os direitos autorais e algumas normas programáticas que versam sobre política cultural e o sistema de financiamento e apoio à cultura no país.

Para Alain Riou (1993, p.37-38), o ramo jurídico dos direitos culturais é multiforme, heterogêneo, permeado por diversas instituições em toda sorte de legislação de ordem cultural, mas que possui numerosos argumentos em favor de seu tratamento unitário, entre os quais: a) liames entre as atividades culturais e o direito; b) intervenção do Estado na garantia desses direitos; c) reconhecimento constitucional e legal do direito de acesso à cultura – o que até certo tempo equivaleu à participação do cidadão na cadeia produção-distribuição-consumo de bens culturais –, além das proclamações internacionais e européias reconhecendo-o; e d) a existência de uma jurisprudência constitucional e administrativa, formada com base em um contencioso que se vê às voltas com litígios relativos à matéria.

## 4 CONCLUSÃO

Em suma, no que concerne ao reconhecimento dos direitos culturais como fundamentais, no Brasil, compreende-se o desafio de consolidar uma teoria jurídica desses direitos, que reivindique autonomia como uma sub área do direito sem deixar de se olvidar acerca da interdisciplinaridade que seu objeto reclama. Para os juristas brasileiros

contemporâneos, isso vem surgindo com a tutela dessa gama de bens jurídicos qualificados como fundamentais pelo Estado democrático (social) e constitucional brasileiro, oriundo de um poder constituinte originário, cuja titularidade é do povo, quando dedica uma seção do título da ordem social da Constituição Federal de 1988 à cultura. Nesse sentido, a própria expressão *direitos culturais* remonta à Constituição vigente.

Portanto, é permitido concluir que a cultura é um componente estrutural e estruturante da Constituição. No entanto, ainda falta à maioria dos cidadãos e dos gestores estatais reconhecer o papel estratégico das políticas culturais na promoção e proteção dos direitos culturais. Imprescindível rememorar que os direitos culturais vêm inexoravelmente acompanhados dos respectivos deveres culturais, de responsabilidade não apenas do Estado, mas de múltiplos atores sociais.

## 5 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Integração de políticas culturais: entre as ideias de aliança e sistema. In: **Políticas Culturais: teoria e práxis.** Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direitos Culturais Como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

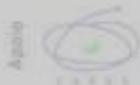
\_\_\_\_\_; TELLES, Mário Ferreira; COSTA, Rodrigo Vieira. (Org.). **Direito, arte e cultura.** Fortaleza: Sebrae, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional.** Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria de la Constitución como ciencia de la cultura.** Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico.** 20º Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Interculturalidade e direitos fundamentais culturais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n.63, p. 30-41, 2008.



# II Encontro Internacional de Direitos Culturais

MACHADO, Mário Brockmann. Estado e cultura no Brasil. In: Gláucia Villas Bôas e Marco Antonio Gonçalves, (orgs.). **O Brasil na Virada do Século: o debate dos cientistas sociais**. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1995.

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

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional II**. 5ª ed., Coimbra, 2003, pág. 83.

REGO, Teresa Cristina. **Vygotsky: uma perspectiva histórico-cultural da educação**. 19 ed. Petrópolis, RJ:Vozes, 2008, p.42.

RIOU, Alain. **Le droit de la culture et le droit à la culture**. 2ª Ed. Paris: ESP, 1993.

SANTOS, José Luiz dos. **O que é Cultura**. São Paulo: Brasiliense, 6ª Edição, 1987.

SILVA, Vasco Pereira. **A Cultura a que tenho Direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. ed. 18. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **A ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

09  
a  
12  
2013  
Fortaleza  
Ceará - Brasil