

# O direito à cultura como um direito fundamental do cidadão brasileiro<sup>1</sup>

**Jairdes Carvalho Garcia**

*Advogado da CAIXA em Minas Gerais*

*Pós-graduado em Direito Processual:*

*Grandes Transformações*

*Pós-graduando em Justiça Federal*

## RESUMO

O direito à cultura, apesar de não constar expressamente do texto constitucional como um direito fundamental do cidadão brasileiro, pela sua natureza e imprescindibilidade para o exercício da cidadania, deve ser considerado como tal. Para comprovar a indispensabilidade do direito à cultura para o cidadão brasileiro foram analisadas, neste trabalho, as características e classificações dos direitos fundamentais, assim como as características do direito à cultura, concluindo-se pela sua essência de direito fundamental na ordenação constitucional brasileira e na ordem jurídica internacional.

Palavras-chave: Direito à cultura. Cultura. Direitos humanos. Direitos fundamentais.

## ABSTRACT

The right to culture, although not expressly stated in the constitutional text as basic right of a citizen of Brazil, by their nature and indispensability to the exercise of citizenship, should be considered as such. To prove the indispensability of the right to culture for Brazilian citizens were analyzed in this paper the characteristic of the right to culture, concluding the essence of fundamental rights in the Brazilian constitutional order and international legal order.

Keywords: Right culture. Culture. Human rights. Fundamental rights.

## 1 Cultura: um direito universal

Uma pergunta sempre vem à tona quando se analisa direito e cultura, que é como lidar com o direito à cultura, se o próprio Di-

<sup>1</sup> Excertos da monografia apresentada para conclusão do curso em Direito na Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE.

reito é uma ciência cultural. O objeto do presente artigo não é a cultura no seu sentido lato, enquanto expressão de tudo aquilo criado pelo homem, mas o conceito restrito da norma jurídica relativa às artes, à espiritualidade, às tradições e ao saber popular.

Desta forma, as concepções de que a cultura é a base de todos os direitos fundamentais, ou de que constitui um quarto elemento do Estado, como sustentadas por Peter Häberle (*apud* CUNHA FILHO, 2000, p. 30-31), ficam prejudicadas neste trabalho. Pela mesma razão, deve aqui ser refutada a classificação de Bonavides (2003, p. 67) da quarta dimensão de direitos fundamentais como direitos eminentemente culturais. Outrossim, fica prejudicada a classificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, pois incluem o direito ao lazer e à educação como direitos culturais, assim como a classificação de Silva (2000, p. 809), que fala numa *ordem constitucional da cultura* ou *constituição cultural*, que abrangeria os direitos a educação, ensino, cultura (estritamente considerada), desporto, ciência e tecnologia, comunicações sociais e meio ambiente.

A Constituição não ampara a cultura como concepção antropológica, mas como um sistema de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Isso porque cultura, do ponto de vista antropológico, é tudo o que o homem construiu e deu sentido, enquanto, para a Constituição, só é cultura aquilo que ela elegeu como de fundamental importância para o cidadão, como veremos a seguir. Assim, conforme exemplo lapidar de Silva (2001, p. 35), um garfo, uma colher, uma faca, uma espada, que são objetos culturais num conceito antropológico, só o serão para a Constituição se tiverem sido, por exemplo, utilizados por uma personagem histórica importante ou participado de uma batalha expressiva.

Antes de tratar explicitamente da cultura enquanto direito fundamental, há que se definir e diferenciar algumas expressões correntes no âmbito da regulamentação da cultura, dentre as quais, distinguir *direito à cultura* de *direitos culturais* e estes de *direito da cultura*.

## 1.1 Do direito à cultura

O *direito à cultura* é um direito de caráter social, que implica uma ação positiva do Estado para sua satisfação. É uma faculdade de agir (*facultas agendi*) conferida pela norma jurídica cultural (SILVA, 2001, p. 48). Assim como se fala em direito ao trabalho ou de direito à liberdade quando se refere a todos os direitos trabalhistas

ou a todas as formas de liberdade, deve-se falar em direito à cultura como gênero que abrange todos os direitos culturais. Deve-se ter em conta, no entanto, que, embora seja o direito à cultura um direito de segunda geração, existem direitos culturais que são classificados como de primeira, de terceira e, até mesmo, de quarta geração, mas isso não implica que o direito à cultura, como gênero, não seja um direito social ou um direito fundamental de prestação, embora tenha como “subdireitos” outros direitos acessórios de defesa (como, por exemplo, os direitos autorais) e direitos de participação (como o direito de participação cultural).

Já *direitos culturais* são aqueles direitos atinentes à cultura aptos a serem exercidos por uma pessoa em uma determinada sociedade, por serem assegurados por uma norma de natureza cultural. Destarte, o direito autoral, o direito de acesso à cultura, o direito à memória histórica, o direito à criação cultural etc. são, cada um deles, um direito cultural. Segundo Cunha Filho (2000, p. 34),

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.

O conjunto de todas as normas que disciplinam a cultura forma a *ordem jurídica da cultura*. Esse conjunto de todas as normas jurídicas sobre cultura, seja de natureza constitucional ou ordinária, constitui o *direito objetivo da cultura*, que é o chamado *direito da cultura*, um novo ramo do direito público em formação. Segundo Alain Riou (*apud* SILVA, 2001, p. 47), “o direito da cultura é constituído do conjunto de regras que se aplicam às atividades culturais públicas e privadas assim como às relações destas entre si, da jurisprudência que elas suscitam e dos comentários da doutrina sobre esse assunto”. Conforme este mesmo autor, o direito da cultura compreende quatro grandes domínios: o direito patrimonial da cultura, o direito da criação e da formação culturais, o mecenato cultural e a propriedade literária e artística. Autores franceses citados por Silva (2001, p. 47-51) entendem que o direito da cultura implica um serviço público da cultura, uma política cultural e um contencioso da cultura.

O estabelecimento de uma ordem jurídica cultural implica a definição de conceitos de bens culturais e patrimônio cultural, que são os objetos culturais a serem tutelados pelo Estado através da norma jurídica. *Bens culturais* são, assim, “coisas criadas pelo homem mediante projeção de valores” (SILVA, 2001, p. 26) e podem ser de natureza material ou imaterial. Neles se fundem um objeto

material que lhe dá corpo e um valor que lhe dá sentido. *Patrimônio cultural*, segundo Maria Casteli (*apud* ROS, 2003, p. 196) é um “conjunto de bens, produto da expressão criativa do homem e da evolução da natureza, com um valor ou importância para a ciência, o espírito ou a cultura em geral”. É um conjunto de bens culturais, tomados individualmente ou em conjunto, que expressem valores relacionados à identidade de um lugar, região ou comunidade (CRETELLA JÚNIOR, 1993, p. 4.435).

Segundo o item 23 da Conferência Mundial da UNESCO sobre Políticas Culturais, de 1982:

O patrimônio cultural de um povo compreende as obras de seus artistas, arquitetos, músicos, escritores e sábios, assim como as criações anônimas, surgidas da alma popular, e o conjunto de valores que dão sentido a uma vida. Ou seja, as obras materiais e imateriais que expressam a criatividade desse povo, a língua, os ritos, as crenças, os lugares e monumentos históricos, a literatura, as obras de arte e os arquivos e bibliotecas.

Para a realização do direito à cultura, torna-se necessária a implantação de uma *política cultural* clara e democrática, que nada mais é que um conjunto de ações culturais governamentais com vistas a dar efetividade às normas jurídicas que asseguram os direitos culturais, ou seja, é a atuação prática do Estado para garantir o exercício do direito à cultura. Esse tema, de fundamental importância para dar efetividade aos direitos culturais, será mais bem analisado *a posteriori*.

Estabelecidas as diferenças entre os institutos supracitados, cabe agora comprovar pela análise das normas brasileiras que o direito à cultura é um direito fundamental do cidadão brasileiro. Antes, porém, torna-se necessário analisar, de passagem, os documentos internacionais que consagraram esse direito.

## 1.2 A cultura nos documentos internacionais

Foi a partir da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1918, com a consagração dos direitos sociais, que a cultura passou a integrar textos constitucionais. Mas foi a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que os direitos culturais foram alçados ao patamar de direitos fundamentais do ser humano. Outra não é a interpretação do artigo 27 da citada Declaração, que dispõe:

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios;

2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Da mesma forma, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que veio regulamentar a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, dispôs em seu artigo 15, *in verbis*:

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:  
[...]  
b) Participar da vida cultural;  
c) Desfrutar o progresso científico e suas aplicações;  
d) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.
2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.
3. Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.
4. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

No âmbito regional do continente americano, há que se destacar a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, que dispôs em seu artigo 13:

Toda pessoa tem o direito de tomar parte na vida cultural da coletividade, de gozar das artes e de desfrutar dos benefícios resultantes do progresso intelectual e, especialmente, das descobertas científicas. Tem o direito, outrossim, de ser protegida em seus interesses morais e materiais no que se refere às invenções, obras literárias, científicas ou artísticas de sua autoria.

A Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948, referendada em 1967, garantiu o direito à cultura em seu artigo 45, *verbis*:

Os Estados membros darão primordial importância dentro dos seus planos de desenvolvimento ao estímulo da educação, da ciência e da cultura orientadas no sentido do melhoramento integral da pessoa humana e como fundamento da democracia, da justiça social e do progresso.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, chamada *Pacto de San José de Costa Rica*, adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, dispõe em seu capítulo III, que trata dos direitos econômicos, sociais e culturais, no artigo 26, com a rubrica de *desenvolvimento progressivo*, que

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

No artigo 13, itens 1 e 2, da citada Convenção, o direito à liberdade de expressão foi consagrado nos seguintes termos:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda índole, sem considerações de fronteiras, seja oralmente, por escrito ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro procedimento de sua eleição.
2. O exercício do direito previsto no item precedente não pode estar sujeito a prévia censura, senão a responsabilidades ulteriores, as quais devem estar expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
  - a) o respeito a todos os direitos ou à reputação dos demais; ou
  - b) a proteção da segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou a moral pública.

Da mesma forma, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado *Protocolo de San Salvador*, de 1988, dispôs em seu artigo 14, com a rubrica de *direito aos benefícios da cultura*, que

1. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem o direito de toda pessoa a:
  - Participar da vida cultural e artística da comunidade;
  - Gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico;
  - Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe caibam em virtude das produções científicas, literárias ou artísticas de que for autora.

2. Entre as medidas que os Estados Partes neste Protocolo deverão adotar para assegurar o pleno exercício deste direito, figurarão as necessárias para a conservação, desenvolvimento e divulgação da ciência, da cultura e da arte.
3. Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável para a pesquisa científica e atividade criadora.
4. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem os benefícios que decorrem da promoção e desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais em assuntos científicos, artísticos e culturais e, nesse sentido, comprometem-se a propiciar maior cooperação internacional nesse campo.

No continente africano, vale destacar a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, chamada *Carta de Banjul*, de 1981, que dispõe em seu artigo 17:

1. Toda pessoa tem direito à educação.
  2. Toda pessoa pode tomar livremente parte na vida cultural da comunidade.
- A promoção e a proteção da moral e dos valores tradicionais reconhecidos pela comunidade constituem um dever do Estado no quadro da salvaguarda dos direitos humanos.

E complementa, no artigo 22:

1. Todos os povos têm direito ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural, no estrito respeito da sua liberdade e da sua identidade, e ao gozo igual do patrimônio comum da humanidade.

Já em relação aos povos árabes, embora ainda predomine na maioria dos Estados um poder autocrático de natureza divina, há uma sensível evolução no sentido de consagrarem-se os direitos fundamentais do homem. E o direito à cultura consta do Projeto de Carta dos Direitos Humanos e dos Povos no Mundo Árabe, de 1971, no artigo 33 ao 35, como segue:

Artigo 33. Todos têm direito a viver em ambiente intelectual livre, a participar da vida cultural, a desenvolver seus talentos intelectuais e criativos e a beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais resultantes de qualquer produção científica, artística e literária da qual seja autor.

Artigo 34. A educação e a cultura terão como meta o desenvolvimento da personalidade humana, consolidando a fé na unidade árabe, ressaltando valores espirituais e religiosos e fortalecendo o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais dos indivíduos e grupos.

Artigo 35. Comunidades nacionais cujos membros se sentem ligados por uma herança étnica ou cultural têm direito a preservar e usufruir de sua própria cultura e usar sua própria língua.

Enfim, hoje há uma série de documentos internacionais que consolidam o direito à cultura na esfera internacional, principalmente capitaneados pela Organização das Nações Unidas para a Cultura, Educação e Ciência – UNESCO, que disciplina os direitos culturais em suas diversas conferências. Além das Conferências da UNESCO, vale ressaltar outros tratados e convenções, tais como a Convenção Universal sobre Direito de Autor (1952), a Convenção para a Proteção do Patrimônio Cultural em Evento de Conflito Armado (1954), a Declaração dos Princípios da Cooperação Cultural Internacional (1966), a Convenção para a Proteção do Patrimônio Cultural e Natural Mundial (1972), a Declaração do México sobre Políticas Culturais (1982), a Convenção para a Proteção do Patrimônio Cultural Submerso (2001); no continente europeu, a Convenção Cultural Europeia de 1954, a Conferência Europeia para a Proteção do Patrimônio Arqueológico (1969), a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Arquitetônico da Europa (1985); e, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), vale destacar os Tratados sobre a Proteção dos Bens Imóveis de Valor Histórico e de Instituições Artísticas e Científicas e Monumentos Históricos, ambos de 1935, a Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Arqueológico, Histórico e Artístico dos Estados Americanos (1976), entre outros.

### 1.3 A cultura nas constituições alienígenas

Como já salientado alhures, foram a Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919 que primeiramente trataram do direito à cultura. Após esse primeiro passo, e, principalmente, depois da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a cultura passou a constar do texto de quase todas as constituições modernas.

Uma das mais importantes constituições que dispuseram sobre o tema foi a Lei Fundamental que instituiu a ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), seja pelo seu caráter histórico, seja por constituir uma nova modalidade de sociedade. Essa Constituição, no artigo 17 do capítulo 3, que se intitula *Desenvolvimento Social e Cultura*, dispunha:

O Estado vela pela preservação e desenvolvimento dos valores espirituais da sociedade, pela sua ampla utilização na formação moral e estética dos soviéticos e na elevação do seu nível cultural.

Na URSS é estimulado por todos os meios de desenvolvimento das atividades artísticas, quer profissionais, quer populares.

Nesse documento o chamado direito autoral não é sequer mencionado, posto que a sua razão de ser está diretamente ligada à propriedade privada e o Estado Socialista tem como um de seus maiores fundamentos a eliminação de qualquer tipo de propriedade individual. Da mesma forma, a Constituição da República de Cuba de 24 de fevereiro de 1976 e a da República Popular da China, de 4 de dezembro de 1982. A primeira, uma das mais completas constituições no que tange à consagração do direito à cultura, dispõe sobre este direito em diversos artigos, elegendo-o como um dos fundamentos do Estado quando o consagra como um dos fundamentos políticos, sociais e econômicos, e no artigo 8º do capítulo segundo, quando diz que o Estado socialista realiza a vontade do povo trabalhador e assegura o avanço educacional, científico, técnico e cultural do País, garantindo que não haja pessoa que não tenha acesso ao estudo, à cultura e ao esporte (alíneas *a* e *b*). Dispõe ainda no capítulo quarto (artigo 38), que trata da *educação e cultura*, que o Estado orienta, fomenta e promove a educação, a cultura e as ciências em todas as suas manifestações e arrola os postulados em que se deve basear a política educacional e cultural.

Já a Constituição chinesa dispõe de forma sucinta no artigo 47 de seu capítulo segundo, que trata dos direitos e deveres fundamentais dos cidadãos, que

Os cidadãos da República Popular da China são livres de se dedicar à investigação científica, à criação literária e artística e a outras atividades culturais. O Estado incentiva e apoia as atividades criadoras, de interesse do povo, levadas a cabo por cidadãos empenhados em trabalho educativo, científico, tecnológico, literário, artístico e cultural em geral.

Nos Estados que adotam a *common law*, como Estados Unidos e Grã-Bretanha, o direito à cultura é sequer mencionado nos textos constitucionais. Em outros, como no Japão, a consagração constitucional se dá de forma tímida, dispondo tão somente no artigo 25 que todos terão direito à manutenção de padrão mínimo de subsistência cultural e salutar. Esta, felizmente, não é regra, posto que vários Estados europeus tradicionalmente contemplam em suas constituições o direito à cultura. É o caso, por exemplo, da Itália, da Espanha, da Alemanha e da França. A primeira Constituição francesa a garantir os direitos culturais foi a de 1946, que em seu preâmbulo dispunha que “a nação garante acesso igual à criação

e ao adulto à educação, à formação profissional e à cultura". À França é devido também o conceito de exceção cultural, que alguns denominam pejorativamente de política protecionista, pela qual se estabelece cotas para a cultura nacional e para culturas não hegemônicas em detrimento da indústria cultural estrangeira, particularmente a estadunidense.

A Constituição Espanhola de 1978, por sua vez, declara em seu artigo 44 que os Poderes Públicos promoverão e tutelarão o acesso à cultura, a que todos têm direito, e promoverão também a ciência e a investigação científica e técnica em benefício do interesse geral. Quanto à competência, dispõe que o Governo Central considerará o serviço da cultura como dever e atribuição essencial e que facilitará a comunicação cultural entre as Comunidades Autônomas, que, por sua vez, têm a competência de assumir o fomento da cultura, da investigação e do ensino da respectiva língua (arts. 148, 1, 17º e 149, 2).

Na América Latina é de se destacar as Constituições do Panamá, de 1985, e da Colômbia, de 1991. A primeira, dos artigos 76 a 86, dispõe que o Estado reconhece o direito de todo ser humano a participar da cultura e o seu dever de fomentar a participação de todos os cidadãos na cultura nacional, que é constituída pelas manifestações artísticas, filosóficas e científicas produzidas pelo homem no Panamá através das épocas. A Constituição panamenha protege o patrimônio cultural, as tradições folclóricas, a identidade das comunidades indígenas e o patrimônio histórico, além de se comprometer a estimular as artes nacionais. Já a Constituição colombiana, em seus artigos 70 a 72, estabelece que o Estado tem o dever de promover e fomentar o acesso à cultura de todos os colombianos em igualdade de oportunidades, por meio da educação permanente e do ensino científico, técnico, artístico e profissional em todas as etapas do processo de criação da identidade nacional. Determina que o Estado promoverá o desenvolvimento e a difusão dos valores culturais da nação e que fomentará a cultura, criando incentivos para as instituições e produtores culturais. Protege o patrimônio arqueológico e declara que a expressão artística e a busca do conhecimento são livres.

Enfim, a Constituição da República Portuguesa de 1976, profusa em direitos culturais – tanto que Canotilho (*apud* SOUZA, 1996, p. 589), quando a mencionava, falava em *Constituição cultural* –, declara que é livre a criação intelectual, artística e científica, liberdade esta que compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a proteção legal dos direitos do autor (art. 42º). Consagra em seu texto ainda o capítulo terceiro do título terceiro (Direitos Econômicos, Sociais e

Culturais), dedicado aos direitos e deveres culturais, em que se inscreve que todos têm direito à cultura e que o Estado deve promover a democratização cultural, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e à criação cultural em colaboração com a sociedade organizada (art. 73º, 1 e 3). Garante a preservação, defesa e valorização do patrimônio cultural e o apoio a iniciativas que estimulem a criação individual e coletiva, nas suas múltiplas formas e expressões, assim como uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade. Prega ainda o desenvolvimento das relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa, e assegura a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro. Defende também uma maior integração entre a política cultural e as demais políticas públicas (art. 78º).

## **2 A cultura no direito brasileiro**

### **2.1 A cultura nas constituições brasileiras**

A cultura, no constitucionalismo brasileiro, foi sempre um tema quase de irrelevância, sendo tratada de forma meramente residual, sem, no entanto, ser garantida enquanto direito do cidadão brasileiro. Somente a Constituição de 1946 avançou nesse sentido ao declarar que o amparo à cultura é um dever do Estado; as demais lhe dedicaram, quando muito, um único artigo e, mesmo assim, como um instrumento de promoção de políticas educacionais ou como um adorno, um ornamento.

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824, por exemplo, dispunha tão somente, no número 33 do artigo 179, que os elementos das ciências, das artes e das belas-artistas seriam ensinados nos colégios e universidades. A Constituição de 1891, por sua vez, estabeleceu, em seu artigo 35, 2º, que incumbia ao Congresso, mas não privativamente, desenvolver no país as letras, artes e ciências, sem privilégios que tolham a ação dos governos locais.

Já a Constituição de 1934 dispunha em seu artigo 10, inciso III, que “compete concorrentemente à União e aos Estados proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte”. A Constituição de 1937, em seu artigo 128, dispunha que a arte, a ciência e o seu ensino eram livres à iniciativa individual e de associações ou pessoas coletivas, públicas e particulares e que o Estado deveria contribuir para o seu estímulo e desenvolvimento, favorecendo ou criando instituições artísticas, científicas ou de ensino. Dispunha ainda que os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as

paisagens e os locais particularmente dotados pela natureza, deveriam ser protegidos pela Nação, pelos Estados e pelos Municípios e que os atentados contra eles eram equivalentes aos crimes contra o patrimônio nacional (art. 134).

A Constituição de 1946, como já mencionado, foi a que primeiro garantiu o amparo à cultura como um dever do Estado, dispondo ainda sobre a criação de institutos de pesquisas e da proteção do patrimônio histórico e artístico (arts. 174 e 175). A Constituição de 1967, em seu artigo 172, parágrafo único, e a Emenda Constitucional número 1, de 1969, em seu artigo 180, parágrafo único, garantiram a proteção especial ao patrimônio histórico e artístico, assim como às paisagens naturais notáveis e às jazidas arqueológicas.

A Constituição-cidadã de 1988, por sua vez, deu novos contornos ao direito à cultura, inaugurando uma nova ordem jurídico-constitucional da cultura. Ela, além de consagrar os direitos culturais de natureza individual, como o direito à liberdade de expressão (art. 5º, IX) e o direito autoral (art. 5º, XXVII e XXVIII), e a ação popular contra ato lesivo ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII), dedicou à cultura a seção dois do capítulo três (*Da Educação, da Cultura e do Desporto*), do título oitavo (*Da Ordem Social*). Não bastasse, determinou as regras de competência em matéria cultural nos artigos 23, III e IV; 24, VII, VIII e IX; e 30, IX, e a consagrou nos capítulos que tratam da ciência e da tecnologia (art. 219), da comunicação social (art. 221), da família, da criança, do adolescente e do adulto (art. 227) e dos índios (art. 231).

Embora esteja prenhe de normas culturais, o direito à cultura não é mencionado nos artigos que tratam dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro (arts. 5º a 17). Será que, mesmo assim, pode ele ser considerado um direito fundamental do cidadão brasileiro? É o que será examinado a seguir.

## 2.2 Cultura: um direito fundamental do cidadão brasileiro

Bobbio (1992, p. 24-26) disse que na definição dos direitos fundamentais “não se trata de encontrar um fundamento absoluto, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis”. E diz ainda que há três modos para fundamentá-los: “deduzi-los de um dado objetivo constante, como, por exemplo, a natureza humana; considerá-los como verdades evidentes em si mesmas; e finalmente, a descoberta de que, num dado período histórico, eles são geralmente aceitos”, que seria a prova do consenso.

A cultura, além de ser inerente ao próprio homem, como salientado anteriormente, tem sido, contemporaneamente, tratada por

todos os tratados e constituições como um direito fundamental, como demonstrado na seção anterior. Embora tenha sido consagrado expressamente e de forma unânime na órbita internacional, o legislador constituinte pátrio não declarou de forma incontestável no Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, que o direito à cultura é um dos direitos fundamentais ali assegurados. Nem mesmo no artigo 6º, que trata especificamente dos direitos sociais, ficou explicitado o direito à cultura como um daqueles direitos, sendo a redação do citado artigo a seguinte, *in verbis*:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Outrossim, alguns dos direitos culturais, especialmente os de natureza individual, como o direito autoral, o direito à liberdade de expressão e o direito de impetrar ação popular contra ato lesivo ao patrimônio histórico e cultural, foram expressamente assegurados no artigo 5º, incisos IX, XXVII, XXVIII e LXXIII da Carta Magna de 1988, como já anteriormente citado. No entanto, a consagração desses direitos, que são, incontestavelmente, direitos culturais, não implica dizer que o direito à cultura em sentido lato tenha sido alçado à categoria de direito fundamental na Constituição brasileira.

Outrossim, o parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que “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 seja parte”. Ora, todos os tratados internacionais supracitados que garantem expressamente o direito à cultura e têm o Brasil como Estado parte foram ratificados pelo Estado brasileiro, o que implica dizer, numa interpretação integradora do citado dispositivo, que o direito à cultura foi recepcionado pela Constituição brasileira.

Não bastasse esse argumento inatacável, outros se apresentam para reforçar a tese de que o direito à cultura é um direito fundamental. O primeiro é o defendido por Silva (2000, p. 316), que aduz que, como o direito à educação foi consagrado no artigo 6º da Constituição como direito social, o direito à cultura, por via de consequência, dada a natureza similar de ambos – tanto que são disciplinados no mesmo capítulo do Título VIII –, também o foi. Ademais, até mesmo o lazer, que, na Constituição, é apenas uma subdivisão da seção que trata do desporto, mencionado apenas

em um parágrafo do artigo 217, foi expressamente citado como um dos direitos sociais.

Destarte, analisando-se o dispositivo constitucional sem a viés da interpretação literal, não restarão dúvidas de que o direito à cultura, assim como o direito ao desporto, é, sim, direito fundamental do cidadão brasileiro. Isso porque aquela norma do artigo 6º é meramente exemplificativa e não taxativa, podendo ser acrescentados, por meio de uma interpretação extensiva, outros direitos que tenham as características de direitos sociais, como é o caso do direito à cultura.

Por outro lado, o direito à cultura identifica-se tanto em forma quanto em conteúdo a um direito fundamental. Formalmente, porque os direitos culturais estão encartados no texto constitucional, sendo que alguns desses direitos, como os encartados no artigo 5º, fazem parte inclusive do núcleo insusceptível de reforma da Constituição – as chamadas *cláusulas pétreas*. Em conteúdo, porque, se forem suprimidos ou negligenciados, atingem a própria dignidade humana, como o direito de expressão e a identidade individual e social (CUNHA FILHO, 2000, p. 134).

Quanto às demais características dos direitos fundamentais citadas na seção anterior, ambas se aplicam perfeitamente ao direito à cultura. Os direitos culturais são históricos, isto é, estão em constante evolução, tanto que surgem convenções e tratados internacionais constantemente tratando desse tema, inovando-o. A cultura é um direito insusceptível de ser negociado ou alienado, posto que imanente à própria natureza humana. O que pode ser alienado são os produtos culturais, enquanto artefatos materiais que retransmitem a sensação da manifestação cultural, jamais o direito à cultura. O direito à cultura pode ser exigido a qualquer tempo, pois é imprescritível, embora estejam sujeitos à prescrição o direito autoral, o direito à indenização por danos ao patrimônio cultural etc. O direito à cultura, até pelo seu caráter social, jamais pode ser renunciado, sob pena de afrontar a dignidade do ser humano.

Cunha Filho (2000, p. 41) diz que para que um direito seja considerado fundamental há que satisfazer uma dessas condições: ou deve estar inserido na Constituição, preferencialmente no título que trata dos direitos e garantias fundamentais; ou, caso não esteja inserto no texto constitucional, deve ser tão importante para o sistema jurídico que os princípios relativos aos direitos fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana, o consagrem. Ora, os direitos culturais do cidadão brasileiro estão todos expressamente consagrados na Constituição, embora não estejam todos contemplados no título dois, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Por outro lado, todos os direitos culturais têm

ligação estrita com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o ser humano que é privado dos laços afetivos, morais e artísticos que o ligam aos seus semelhantes não tem respeitadas suas características humanas mais profundas e, portanto, vê massacrada, pisoteada e infringida a sua dignidade.

Resta saber, então, se um direito que não é encartado no título dois da Constituição Federal pode ser considerado um direito fundamental. Outro não é o entendimento abalizado de Silva (2000, p. 288), para quem há uma estrita ligação entre o capítulo dois do título dois da Constituição Federal, que trata dos direitos sociais, e o título oitavo, que dispõe sobre a *ordem social*, posto que os direitos sociais são algo ínsito na ordem social. Segundo este autor, a expressão final do artigo 6º “na forma desta Constituição”, quando trata do conteúdo dos direitos sociais, diz respeito precisamente ao título *da ordem social*.

Como o direito à cultura é expressamente garantido na seção dois do capítulo três do referido título oitavo, fica demonstrado de forma cristalina que o legislador constituinte, apesar do defeito metodológico de redação, quis dizer que o direito à cultura, assim como os demais direitos ali inseridos, é, incontestavelmente, um direito social. Deixou o constituinte ao jurista a função de interpretar de forma sistemática os dispositivos constitucionais supracitados para extrair deles os mecanismos e aspectos organizacionais que caracterizam os direitos sociais.

Certo é que o tratamento jurídico da cultura como um direito constitucional do cidadão brasileiro a elevou ao *status* de norma fundamental do direito positivo brasileiro, consagrando um direito que é a marca da própria existência de um povo. Dessa forma é que é possível falar-se numa ordenação constitucional da cultura brasileira.

### 2.2.1 A ordem constitucional da cultura

A ordem jurídica cultural brasileira é composta de instituições, princípios e direitos culturais, ambos inferidos em uma análise mais detalhada na Constituição brasileira. Assim é que Cunha Filho (2000, p. 54) identificou na Constituição Federal as seguintes instituições culturais: a *memória coletiva*, o *pluralismo cultural*, a *participação popular* e a *livre manifestação popular*.

Outrossim, diz o mencionado autor que os princípios constitucionais por excelência são:

**A) Princípio do pluralismo cultural** ou, como preferimos, **princípio da diversidade cultural**. A Constituição dispõe que o Estado garantirá o acesso às fontes da *cultura nacional* (art. 215,

caput). Mas, numa nação com tamanha diversidade como o Brasil, é quase impossível falar-se em cultura nacional ou brasileira (vide 2.2). Melhor seria falar-se em culturas brasileiras. Por isso, deve-se interpretar tal dispositivo em sintonia com os demais artigos, especialmente o parágrafo primeiro do citado artigo, que diz: “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.

Isso implica dizer que o Estado brasileiro deve privilegiar em suas políticas públicas de cultura a diversidade cultural, ou seja, deve promover a democratização da cultura, sem “adotar” como oficial nenhuma das diversas culturas existentes. Este princípio decorre também da forma do Estado brasileiro adotada pela Constituição, que é um *Estado Democrático de Direito*, que consagra uma sociedade pluralista, que “respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias” (SILVA, 2000, p. 123).

Há que se salientar, inclusive, que esse princípio não se aplica tão somente ao Estado, mas a todo cidadão, que deve respeitar a pluralidade de culturas, estando sujeito às sanções penais, administrativas e civis cabíveis por qualquer tipo de discriminação cultural (cf. artigo 39 da Lei 8.313/91, entre outros). Do princípio da pluralidade cultural decorrem o direito de livre expressão cultural e o próprio direito à identidade cultural.

**B) Princípio da participação popular.** A Constituição determina que “o poder público, **com a colaboração da comunidade**, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro” (art. 216, §1º). É a consagração da cidadania cultural, ou seja, da participação efetiva do cidadão na formulação e desenvolvimento de políticas públicas.

Essa participação popular, embora ainda de forma tímida, é aplicada pela legislação ordinária quando institui os Conselhos Federais, Estaduais e Municipais relacionados à Cultura. Ademais, a participação popular pode dar-se também por meio das ações judiciais garantidas ao cidadão em casos específicos – matéria esta a ser estudada na próxima seção, quando trataremos dos meios processuais e administrativos de tutela do direito à cultura.

**C) Princípio da atuação estatal como suporte logístico,** que preferimos denominar **princípio da intervenção cultural do Estado**. Consiste na obrigação do Estado de apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais (parte final do caput do artigo 215 da Constituição Federal), ou seja, não cabe ao Estado, no que tange à cultura, apenas uma posição passiva, no sentido de que garantirá o exercício do direito à cultura aos cidadãos somente se provocado, mas a afirmação solene de que o Esta-

do deve ser agente na implantação de uma política cultural efetiva, que valorize e difunda as diversas manifestações culturais do país.

Essa intervenção, no entanto, não deve ser entendida no sentido de dirigismo ou de cerceamento do direito à expressão e à criação cultural, mas no sentido de que o Estado deve garantir o acesso a todos os cidadãos brasileiros do direito à cultura, através de mecanismos de incentivo cultural, de apoio logístico e financeiro e, até mesmo, se necessário, da atuação direta do Estado na promoção das culturas.

**D) Princípio do respeito à memória coletiva.** Em diversas passagens da Constituição brasileira é citada a preservação do patrimônio histórico, artístico e natural como uma atividade essencial do Estado e do cidadão (v.g. arts. 5º, LXXIII; 23, III e IV; 24, VII e VIII; 30, IX; 216, V, §§ 1º, 4º e 5º). Essa proteção se justifica, porque a memória coletiva se revela principalmente nos produtos, artefatos e instrumentos que a produzem e estes suportes materiais é que, em última análise, constituem o patrimônio histórico-cultural de uma sociedade.

## 2.2.2 Os direitos culturais em espécie

Levando-se em conta os documentos internacionais consagradores do direito à cultura, podem ser destacados os seguintes direitos culturais: o direito autoral, o direito à livre participação na vida cultural, o direito à identidade e à diversidade cultural e o direito/dever de cooperação cultural internacional.

Marilena Chauí (*apud* OLIVIERI, 2002, p. 116), numa análise político-filosófica do direito à cultura, diz que ele é composto dos seguintes direitos:

- a produzir cultura;
- a participar das decisões quanto ao fazer cultural;
- a usufruir os bens da cultura;
- a estar informado sobre os serviços culturais;
- à formação cultural e artística pública;
- à experimentação e à invenção do novo;
- a espaços para reflexão, debate e crítica;
- à informação e à comunicação.

Sintetizando, o direito à cultura para a citada autora abrangeria o apoio ao fomento, à criação, à produção, à distribuição e ao acesso dos bens culturais.

Silva (2000, p. 316; 2001, p. 51-52), analisando os artigos 5º, 215 e 216 da Constituição brasileira, concluiu que os direitos culturais assegurados ao cidadão brasileiro são:

- liberdade de expressão cultural da atividade intelectual, artística e científica;
- direito de criação cultural, compreendidas as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- direito de acesso às fontes da cultura nacional;
- direito de difusão das manifestações culturais;
- direito de proteção às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional;
- 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.

Cumpra acrescentar a essa lista o direito à identidade e à diversidade cultural (que está diretamente relacionado ao direito de proteção das diversas culturas brasileiras – art. 215, § 1º da Constituição Federal – mas vão além dele), o direito/dever de cooperação cultural internacional, especialmente a integração cultural, econômica, política e social dos povos da América Latina (art. 4º, parágrafo único da Constituição Federal), os direitos autorais e o direito de participação cultural.

Vejamos, mais detidamente, cada um destes direitos culturais consagrados na Constituição Federal:

#### **A) Liberdade de expressão cultural**

A liberdade de expressão cultural pressupõe a liberdade de ação cultural, que por sua vez já é assegurada no artigo 5º, II, da Constituição, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Aí se prevê a liberdade de fazer, a liberdade de atuar, a liberdade de agir (SILVA, 2001, p. 55). A liberdade de expressão cultural é um direito de primeira dimensão, posto que, segundo Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (*apud* SILVA, 2001, p. 57-58):

envolve um dever de abstenção do Estado e dos demais quanto a uma faculdade de pensar, de emitir pensamento, de criar artisticamente, de professar determinado culto religioso ou doutrina política, sem qualquer embaraço, respeitados os direitos das demais pessoas. Assim, a liberdade de expressão engloba as atividades artísticas humanas como cinema, teatro, novela, humor, desenho, pintura, criação literária, música, além da manifestação de qualquer opinião.

O artigo 220 da Constituição dispõe que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, obser-

vado o disposto nesta Constituição”, vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística. A Constituição, além de garantir a liberdade de expressão, protege, especificamente, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II). A liberdade de expressão estende-se também às emissoras de rádio e televisão, conforme dispõe a Constituição no artigo 221, obedecendo aos seguintes princípios:

- I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
- II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
- III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
- IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Como se vê, essa liberdade de expressão não é absoluta, cabendo ao Estado, na forma da lei, estabelecer regras de defesa da pessoa e da família, podendo inclusive classificar os programas de rádio e televisão e as diversões públicas, para efeitos indicativos, conforme permissivo do artigo 21, XVI, da Constituição Federal.

No entanto, deve-se ter em conta que a liberdade de expressão independe de censura ou licença de qualquer espécie, conforme preceituam os artigos 5º, IX e 220, § 2º da Constituição Federal. Outro não é o entendimento dos tribunais brasileiros, como, por exemplo, a decisão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no Mandado de Segurança 1.011/95, que teve como relator o desembargador João Wehbi Dib, cuja ementa dispôs que “a liberdade de expressão é direito fundamental. Vedação total da censura. Os autores de possíveis abusos ao direito de expressão respondem civil e criminalmente”.

### **B) Direito de criação cultural**

Além da liberdade para se expressar, há que se garantir ao cidadão o direito de criar bens culturais, isto é, o ser humano não pode ser apenas receptor de atividades e produtos culturais hegemônicos, mas deve, também, ter assegurado o direito de produzir cultura. Essa talvez seja uma das mais difíceis e, ao mesmo tempo, uma das mais importantes tarefas de uma política cultural democrática, posto que a maioria dos administradores confunde o acesso com a criação cultural. Pouquíssimas políticas públicas de cultura estimulam os cidadãos a produzirem cultura. Quando muito disponibilizam incentivos fiscais ou parafiscais ou, ainda, outras formas de apoio para que uma determinada manifestação cultural se expresse ou se amplie.

### **C) Direito de acesso à cultura nacional**

O artigo 215 da Constituição dispõe que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional”, consagrando o direito de acesso à cultura. Entretanto, o texto constitucional fala no acesso à cultura nacional, sendo que este termo, geralmente, se contrapõe ao sentido de cultura “regional”, “estadual” e “local”. Mas a Constituição quando fala em cultura nacional ou brasileira a utiliza em oposição ao sentido de “estrangeiro” e “internacional”, diferenciando e destacando a cultura brasileira da cultura estrangeira (SILVA, 2001, p. 77-78).

Então, não é função do Estado garantir o acesso aos bens culturais estrangeiros, notadamente os bens culturais da humanidade? Consideramos que sim, e, embora não seja consagrado o acesso à cultura universal na Constituição brasileira como um direito do cidadão, inúmeros tratados que tratam sobre o tema ratificados pelo Brasil asseguram esse direito.

Desta garantia de acesso aos bens culturais surge ainda uma série de interrogações, tais como: a que cultura nacional o cidadão brasileiro deve ter acesso? A Constituição fala em acesso às fontes da cultura nacional, mas qual (ou quais) cultura é a nacional? Quem determina o que seja ou não cultura nacional? Somente há pistas na Constituição para essas perguntas, sendo a mais importante a que trata da proteção das manifestações populares, indígenas, afro-brasileiras e de grupos que formaram a civilização brasileira (art. 215, § 1º). Mas será que só as manifestações culturais desses povos e/ou camadas sociais devem ser consideradas nacionais? Esses questionamentos devem ser respondidos na elaboração das políticas culturais à luz dos princípios democráticos consagrados na Constituição, tendo-se em vista a diversidade cultural de nosso povo, sem, contudo, impor uma determinada cultura como legítima representante da cultura nacional.

### **D) Direito de difusão cultural**

Dispõe o artigo 215, *caput*, da Constituição Federal que o Estado apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. Cabe ao Estado uma ação afirmativa no sentido de fazer com que as diversas manifestações sejam difundidas, guardando este direito estreita relação com o direito de acesso à cultura, pois somente com a maior difusão dos bens e produtos culturais é que se aumentará o acesso à cultura. Outrossim, o Estado não pode inibir a difusão dos bens culturais, mas, antes, deve incentivá-la e apoiá-la.

A respeito da difusão cultural, já dispunha o preâmbulo da Constituição da UNESCO que

a ampla difusão da cultura e da educação da humanidade para a justiça, a liberdade e a paz é indispensável para a dignidade do homem e constitui um dever sagrado que todas as nações devem cumprir com um espírito de responsabilidade e de ajuda mútua.

### **E) Direito à identidade e à diversidade cultural**

O direito à identidade e à diversidade cultural, embora restritivamente, está consagrado na Constituição através do artigo 215, § 1º, que dispõe: “o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Essa proteção é algo mais do que simplesmente apoiar e incentivar. Exigem-se ações governamentais de preservação, valorização e difusão dessas culturas consideradas especiais para a nação brasileira.

Mas essa proteção especial não implica, de forma alguma, a supressão das outras culturas, posto que um dos princípios que regem nossa Constituição é justamente o de uma sociedade pluralista, sendo o pluralismo cultural também um princípio constitucional da cultura. Daí que a Carta Política fala em culturas populares, indígenas e afro-brasileiras no plural, destacando as diversas formas de manifestação cultural desses povos. O pluralismo decorre inclusive da democracia, pois toda sociedade é composta de uma pluralidade de grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos, sendo que ambos devem ter liberdade para se expressar da forma que melhor lhes convier.

Aliás, é a diversidade cultural brasileira o nosso traço mais distintivo e, ao mesmo tempo, mais admirado pelos povos estrangeiros nestes tempos de intolerância racial, cultural e ideológica. O direito à diversidade cultural implica, necessariamente, respeitar a identidade cultural do outro, sendo estes direitos conexos.

A Conferência Mundial da UNESCO sobre políticas culturais, de 1982, estabeleceu que “cada cultura representa um conjunto de valores únicos e insubstituíveis, já que as tradições e as formas de expressão de cada povo constituem a sua maneira mais exitosa de estar presente no mundo”.

Garantir o direito à diversidade é respeitar e proteger as diferenças e não criar desigualdades, pois as diferenças são biológicas e culturais, enquanto as desigualdades são arbitrárias, estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação a outros. As desigualdades devem ser proscritas, mas as diferenças devem ser respeitadas, posto que representam a riqueza cultural de um povo (COMPARATO, 2001, p. 200).

Nesse sentido é que a UNESCO, por meio da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, de 2 de novembro de 2001,

erigiu a diversidade cultural como um patrimônio comum da humanidade, como dispõe o artigo 1º da citada declaração, *in verbis*:

A cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Fonte de intercâmbios, de inovação e de criatividade, a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza. Nesse sentido, constitui o patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras.

### **F) Direito de formação e proteção do patrimônio cultural**

O patrimônio cultural brasileiro, descrito no artigo 216 da Constituição, deve ser promovido e protegido pelo poder público e a comunidade, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação e de outras formas de acautelamento e preservação (art. 216, § 1º da Constituição Federal). Outrossim, o artigo 215, § 1º dispõe que “o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.

A Constituição Federal, nos incisos III e IV do artigo 23, declara que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”, bem como “impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de artes e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural”. Já os incisos VII e VIII do artigo 24 dispõem que a União, os Estados e o Distrito Federal devem legislar concorrentemente sobre “proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico”, assim como sobre a responsabilidade por dano a esses bens culturais.

Como se dá essa proteção está contido no artigo 216, § 1º, segundo o qual “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento”. Cumpre ressaltar, porém, que não basta proteger o patrimônio cultural, sendo de fundamental importância também a sua formação, daí que o tombamento e a desapropriação são institutos essenciais para que o patrimônio cultural, que é dinâmico, se renove e se amplie ao longo do tempo.

Outro bem cultural essencial que deve ser preservado e protegido é a língua portuguesa, pois, segundo Ricci Pontier e Bourdon

(*apud* SILVA, 2001, p. 212), a “proteção da língua é um elemento-chave da política cultural de um país, porquanto a língua é ao mesmo tempo um instrumento de comunicação, um modo de representação do real e uma certa concepção do mundo”.

### **G) Direito/dever de cooperação cultural internacional**

Vários tratados internacionais tratam da cooperação cultural internacional, especialmente o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais em seu artigo 15, 4 e o Pacto de San José de Costa Rica em seu artigo 26 (item 3.2.1), além de diversas outras Convenções da UNESCO. Embora a consagração da cooperação cultural entre os Estados nos tratados internacionais seja explícita e, por via de consequência, recepcionada pelo Brasil, a Constituição só tratou dessa cooperação no parágrafo único do artigo 4º, que versa sobre os princípios que regem as relações na órbita internacional, dispondo que “a República Federativa do Brasil buscará a **integração** econômica, política, social e **cultural** dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Enfim, essa cooperação internacional no que tange à cultura é fundamental para qualquer país democrático, posto que há bens nacionais que recebem a característica de bens da humanidade, não pertencendo a este ou àquele Estado, mas a todos os homens indistintamente, constituindo-se num verdadeiro direito difuso: é o chamado patrimônio cultural da humanidade.

É objetivo do Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC), segundo o artigo 1º da Lei nº 8.313, de 1991, “desenvolver a consciência internacional e o respeito aos valores culturais de outros povos e nações”, além de “estimular a produção e difusão de bens culturais de valor universal, formadores e informadores de conhecimento, cultura e memória”. Trata-se da consagração na lei ordinária desta cooperação entre povos e nações, que implica respeito às outras culturas, equilíbrio na troca de bens simbólicos, igualdade entre as culturas e respeito à diversidade, na busca de uma paz mundial.

### **H) Direitos autorais**

Silva (2001, p. 176) não considera os direitos autorais como direitos culturais, sob o fundamento de que são direitos patrimoniais de natureza privada, ao passo que os direitos culturais são direitos sociais. Ousamos discordar, posto que, como já salientado na seção anterior quando tratamos da classificação dos direitos fundamentais, o direito à cultura é uma fórmula genérica que, embora de segunda geração, no sentido de exigir uma prestação positiva do Estado, inclui uma série de direitos culturais das diversas gerações de direitos, entre eles os direitos autorais. O simples fato de serem

classificados como direitos de primeira geração não exclui sua característica de direito eminentemente cultural, estando, portanto, abrangido pela classificação geral de direito à cultura.

Não se cuidará aqui de esmiuçar a matéria sobre direitos autorais, por demais extensa e que não é o foco central do presente trabalho. Cabe delinear suas linhas básicas, principalmente de ordem constitucional, para demonstrar sua natureza de direito cultural fundamental do cidadão brasileiro.

A proteção essencial do direito à cultura está insculpida no artigo 5º, XXVII, que determina que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Dispõe ainda o inciso XXVIII do referido artigo que são assegurados, na forma da lei, aos autores:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e da voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem os criadores aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas [...].

Os direitos de autor são conceituados como “um conjunto de faculdades morais e patrimoniais que a Constituição e a lei conferem ao autor sobre a obra intelectual ou artística que tenha produzido ou venha a produzir” (SILVA, 2001, p. 176). São regulamentados pela Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que disciplina quais obras são protegidas, como se dará o registro e a utilização destas obras, as sanções aplicáveis em caso de violação dos direitos autorais etc.

Importa ressaltar a proteção internacional dos direitos autorais (*copyright*), especialmente o dispositivo 27-2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem que dispõe: “Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor”.

### **I) Direito de participação cultural**

A participação cultural foi disciplinada de forma tímida pela Constituição quando esta trata no artigo 216, § 1º que “o poder público, com a **colaboração da comunidade**, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro [...]”. É prevista ainda a participação do cidadão no artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição, que trata da ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio histórico e cultural do Estado ou de entidade de que o Estado participe.

Cabe ressaltar, no entanto, que essa participação deve se dar tanto nos processos quanto nos produtos culturais, ou seja, a população brasileira não pode ser somente receptora de produtos culturais prontos e acabados, mas deve participar ativamente das discussões e decisões sobre quais produtos e manifestações são importantes para a comunidade. Esta política de abrir canais de participação popular é chamada de *empoderamento* (*empowerment*), que é uma forma de atribuir poder aos atores sociais, para estimular o exercício da cidadania através de métodos de decisão democráticos (FARIA, 2000, p. 14-15).

Coube às leis ordinárias, no entanto, a maior evolução quanto à participação cultural dos cidadãos, especialmente ao prever a criação de Comissões e Conselhos de Cultura. Assim é que a Lei nº 8.313/91 criou a Comissão Nacional de Incentivo à Cultura para a avaliação de projetos culturais, com composição paritária entre representantes da sociedade e do Poder Público. No entanto, ainda falta muito para que este diálogo entre o poder público e os agentes culturais seja, de fato, construtor de uma nova política cultural, visto que o processo de participação nas decisões é mais complexo do que a simples criação de órgãos colegiados. Mais até do que a institucionalização da participação cultural, torna-se necessário que os governantes estejam dispostos a superar o corporativismo e o fisiologismo que ainda grassa nas administrações para ouvir a voz dos órgãos, agentes e associações que criam, difundem e promovem a nossa cultura.

## Conclusão

O homem, embora seja um ser eminentemente cultural, quase sempre desconsidera a cultura como um bem fundamental. Muitos veem a cultura como um mero ornamento, um penduricalho, um artigo de luxo. Mas a história e os documentos internacionais vêm comprovar que o direito à cultura é um dos mais importantes direitos fundamentais contemporâneos, pois só por meio de sua garantia é que os povos respeitarão a identidade cultural, ideológica, social e religiosa uns dos outros. No período de intolerância em que vivemos, a cultura certamente é um baluarte na disseminação de alternativas pacíficas de solução de conflitos, além de ser meio de expressão da criatividade, da inovação, do prazer, da beleza e do saber humanos.

Nesse contexto histórico, a Constituição brasileira de 1988, apesar do defeito de redação – pois insere a cultura no título que trata da ordem social em vez de incluí-la no título que trata dos direitos fundamentais –, consagra o direito à cultura como um direito fundamental do cidadão brasileiro, sendo esta a conclusão

que se chega por meio da análise de obras de abalizados constitucionalistas pátrios. Para comprovar este caráter fundamental do direito à cultura, optou-se no trabalho em tela por, primeiramente, definir o termo cultura, fazendo um estudo interdisciplinar entre as diversas áreas do conhecimento que estudam o tema, partindo-se, logo após, para a definição e caracterização de direito fundamental, com o objetivo de situar e de determinar a natureza jurídica do direito à cultura, para, enfim, tratar mais especificamente sobre o direito à cultura, primeiramente na órbita internacional e, logo depois, no direito constitucional pátrio.

Destarte, a hipótese lançada de que, mesmo não constando o direito à cultura expressamente nos artigos que tratam dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro na Constituição Federal, ele deve ser considerado como tal, devido à sua natureza jurídica. Isso porque além de o direito à cultura ser um direito social inofismável, ligado que é ao direito à educação e ao direito ao lazer, expressamente consagrados no artigo 6º da Constituição Federal, também é ele objeto de diversos tratados internacionais, que, por disposição constitucional, podem acrescentar direitos fundamentais ao rol elencado na Carta Magna de 1988. Constatando-se que o direito à cultura é, sem sombra de dúvidas, um direito fundamental de segunda geração, conclui-se, por interpretação do parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal, que, tal como os outros direitos fundamentais, deve ter aplicação imediata. E mais, o direito à cultura, especialmente os direitos culturais de natureza individual, não pode ser suprimido pelo poder constituinte derivado por meio de emendas, pois faz parte do núcleo imutável da Constituição Federal denominado pela doutrina de *cláusulas pétreas* (art. 60, § 4º, IV), conforme entendimento de substanciosas doutrinas jurídicas. Ora, como o direito à cultura é um direito fundamental e, portanto, possui aplicação imediata, não se pode argumentar que as normas constitucionais que o consagram são programáticas, daí a necessidade de se delinear os meios jurídicos necessários para dar efetividade a esse direito.

Portanto, mais do que consagrar o direito à cultura, é necessário dar-lhe efetividade, pois, jogado como está no limbo dos direitos de segunda dimensão, que incluem ainda os direitos sociais e econômicos, é o mais relegado dos direitos, apesar de todos os demais direitos fundamentais também serem flagrantemente violentados. Escoltados por argumentos ideológicos de que os direitos de segunda dimensão são meramente normas programáticas, sem nenhuma efetividade e exequibilidade, doutrinadores e políticos se recusam a dar-lhes o mínimo de eficácia, protelando-os *ad eternum*.

Buscar alternativas para tornar efetivos os direitos sociais, econômicos e culturais é uma das tarefas mais honrosas para o estudioso do direito que não se contenta em elaborar fórmulas teóricas sobre o mundo jurídico, mas que se compromete a transformar o substrato social que lhe dá fundamento. Pois só por meio da realização dos direitos fundamentais de segunda dimensão é que poder-se-á falar em liberdade, igualdade e solidariedade, fundamentos dos direitos humanos.

A cultura é, sem sombra de dúvidas, a maior riqueza de uma nação e como tal deve ser estimulada, incentivada e preservada, para que todos os cidadãos tenham pleno acesso aos bens culturais. O direito à cultura, como o direito à educação, à saúde, a um meio ambiente saudável, é um direito básico de cidadania e todo Estado que respeita a dignidade da pessoa humana – prevista expressamente como um dos fundamentos do Estado brasileiro (CF, art. 1º, III) – deve não só prever, mas também garantir esse fundamental direito.

A partir da Constituição de 1988, felizmente, estão à disposição dos cidadãos brasileiros vários instrumentos processuais e administrativos para dar efetividade ao direito à cultura, como um direito de aplicação imediata que é, segundo interpretação do próprio dispositivo constitucional. Outrossim, na órbita internacional também está garantido o direito de provocar os órgãos das Nações Unidas para dar efetividade aos direitos humanos consagrados nos tratados internacionais.

Cabe aos cidadãos, portanto, tornar o direito à cultura um direito eficazmente protegido, pois o dinamismo da transformação histórica social se dá, principalmente, pela atitude cidadã. Por isso é que hoje se fala em cidadania e democracia culturais, posto que o direito à cultura – assim como os demais direitos fundamentais – só será eficazmente garantido com a participação efetiva dos cidadãos na construção das políticas públicas e na defesa intransigente, seja administrativa ou juridicamente, dos direitos que lhes são assegurados.

Para tanto, vale a participação efetiva nos conselhos municipais, estaduais e federais de cultura e de patrimônio histórico, nas comissões de incentivo à cultura, nas associações, nas fundações e nos institutos que promovem a cultura e a cidadania e, sobretudo, vale a fiscalização e a exigência diuturnas do cumprimento das funções e atividades públicas atribuídas às autoridades constituídas. Só assim, com o verdadeiro exercício da cidadania, é que dar-se-á efetividade ao direito à cultura e a todos os outros direitos assegurados ao cidadão.

O Brasil, como um caldeirão de raças e culturas diversificadas, tem uma lição de harmonia e de respeito à diferença a dar ao

mundo, cercado de conflitos ideológicos, étnicos e culturais, e isso só será possível se forem garantidos a todos os cidadãos os direitos culturais assegurados pela Constituição brasileira e pelos tratados internacionais. Para tanto, cabe aos governantes, com a participação ativa da comunidade de cidadãos, inserir em suas políticas formas efetivas de garantia dos direitos culturais, universalizando os bens e instituições culturais sem, no entanto, privilegiar determinados grupos em detrimento de outros, tratando com o devido respeito e com os mecanismos adequados de incentivo as manifestações culturais, conforme sua especificidade e importância social.

O histórico texto constitucional de 1988, que, pela primeira vez, tratou de forma sistemática e abundante sobre o direito à cultura, consagrando os direitos à participação cultural, à liberdade de expressão cultural, aos direitos autorais, à proteção do patrimônio histórico-cultural, à cooperação cultural internacional, à criação, ao acesso e à difusão cultural, só deixará de ser “letra morta” quando a democracia cultural for exigida pelos próprios cidadãos. Meios legais para esse exercício cidadão foram disponibilizados no texto constitucional e na legislação ordinária brasileira, cabendo aos cidadãos lançarem mão dessas garantias quando o seu direito for violado ou não for atendido.

A cultura promove a inserção social das classes alijadas do processo de desenvolvimento nacional, além de ser instrumento de geração de emprego e renda e de contribuir para a redução da violência. A cultura desenvolve a criatividade, o prazer, os sentidos, as emoções, enfim, torna as pessoas mais sensíveis ao outro, ao diferente, ao novo. A cultura gera divisas econômicas, fortalece ideologias, dissemina a paz. Proteger as culturas nacionais e garantir instrumentos jurídicos eficazes à sua proteção, disseminação e exercício é garantir a própria sobrevivência do Estado enquanto nação, pois a cultura é a argamassa que une e ao mesmo tempo diferencia as diversas nações e regiões. Por isso e por outras inúmeras razões, é que os direitos culturais são fundamentais não somente para a preservação e evolução da civilização brasileira, mas também e principalmente para que o cidadão brasileiro, seja qual for sua raça, cor, cultura ou religião, tenha assegurada a sua dignidade enquanto pessoa humana. Pois, como bem observou Marx (*apud* VALENTINO SOBRINHO, 1996, p. 586), uma sociedade somente será justa quando garantir a um menino que nascer com o talento de um Mozart todas as condições para tornar-se outro Mozart.

## Referências

- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- FARIA, Hamilton. O desenvolvimento cultural como desafio. **Pólis**, São Paulo, n. 36, p. 11-20, 2000.
- OLIVIERI, Cristiane Garcia. **O incentivo fiscal federal à cultura e o fundo nacional de cultura como política cultural do Estado: usos da Lei Rouanet (1996-2000)**. 2002. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) – Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.
- ROS, Patrick. Apontamentos Acerca das Normas de Tutela dos Bens Culturais no Direito Interno, Internacional e Comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 234, p. 195-229, out./dez. 2003.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direitos culturais. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San José: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.
- VALENTINO SOBRINHO, Raphael. Direitos culturais: para uma nova visão humanista. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. São José, Costa Rica: IIDH, 1996.