

CULTURA E CONSTITUIÇÃO: PROMOÇÃO E PROTEÇÃO JURÍDICA

Walter Claudius Rothenburg

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná.
Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II.
Professor de Direito Constitucional.
Procurador Regional da República.

INTRODUÇÃO

Tão importante é a proteção jurídica do patrimônio cultural, que se trata de assunto constitucional. O termo “cultura” e suas variantes, ou, mais freqüentemente, a expressão “patrimônio histórico” ou este adjetivo, constam do texto da Constituição da República Federativa do Brasil em diversos momentos; por exemplo, dentre os direitos e deveres individuais e coletivos, quando se assegura ao cidadão a possibilidade de “propor ação popular que vise a anular ato lesivo... ao patrimônio histórico e cultural...” (art. 5º, LXXIII); como competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos...”, bem como impedir-lhes “a evasão, a destruição e a descaracterização...”, e “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência” (art. 23, III, IV e V); como competência legislativa de todos os entes da federação, a “proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico...”, a “responsabilidade por dano...” e, genericamente, “educação, cultura, ensino e desporto” (art. 24, VII, VIII e IX); como competência dos Municípios, “promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local...” (art. 30, IX); como requisito para a fixação dos conteúdos mínimos para o ensino fundamental, o “respeito aos

valores culturais e artísticos, nacionais e regionais” (art. 210); a seção especificamente destinada à cultura (art. 215-216); como princípios da produção e programação das emissoras de rádio e televisão, a “preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”, a “promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação”, e a “regionalização da produção cultural, artística e jornalística...” (art. 221, I a III); como dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito “à cultura” (art. 227); como direitos dos índios, sua cultura, inclusive as terras “necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (art. 231 e § 1º); que “[o] ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro” (art. 242, § 1º).

Outros dispositivos constitucionais, embora não contenham essas palavras, relacionam-se diretamente à cultura, e são exemplo: o direito fundamental de livre “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação...” (art. 5º, IX); a situação, dentre os bens da União, das “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” (art. 20, XI); a atribuição de competência legislativa privativa à União sobre “diretrizes e bases da educação nacional” (art. 22, XXIV); dentre as funções do Ministério Público, “a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, bem como a defesa judicial dos “direitos e interesses das populações indígenas” (art. 129, III e V); a prescrição da “função social da propriedade” genericamente e como princípio da atividade econômica (art. 5º, XXIII, e 170, III); disposições sobre educação (art. 205 a 214), desporto (217), ciência e tecnologia (art. 218-219), comunicação social (art. 220 a 224), meio ambiente (art. 225)¹, família, criança, adolescente e idoso (art. 226 a 230); o reconhecimento de propriedade fundiária “[a]os remanescentes das comunidades dos quilombos” (art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Qual a perspectiva constitucional dessa preocupação com a cultura? O presente ensaio aborda a natureza constitucional do fenômeno cultural e as implicações jurídicas desse reconhecimento: a qualificação da cultura enquanto direito e dever fundamental; a promoção e proteção da cultura como tarefa de Estado, especialmente no ambiente federativo brasileiro (conforme a distribuição de competências); a perspectiva democrática (pluralista). Considera-se, por fim, um conceito de cultura adequado e esclarecedor à compreensão constitucional.

Este trabalho produziu-se no contexto do núcleo de pesquisa sobre “A Preservação do Patrimônio Histórico e Cultural”, que tenho a honra de coordenar como do-

1 LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR entendem, na esteira da melhor interpretação, que “o patrimônio cultural envolve o meio ambiente cultural. É que o meio ambiente natural, embora, por evidente, tenha existência autônoma, ganha significado no contexto social, na medida das projeções de valor que recebe.” (*Curso de direito constitucional*, p. 446).

cente responsável e que está vinculado à linha de pesquisa “Instrumentos Constitucionais de Efetivação dos Direitos Fundamentais”, do Mestrado em Direito centrado no “Sistema Constitucional de Garantia de Direitos”, da Instituição Toledo de Ensino – Bauru (SP), sob a coordenação geral do Professor Doutor LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO. O projeto é gerido pelo Professor e Mestre RAFAEL SIQUEIRA DE PRETTO, e integrado pelos graduandos ALINE CRISTINA SERRANO, CARLA R. F. CARDOSO e TATIANE C. BLAGITZ.

NATUREZA CONSTITUCIONAL

A primeira percepção é de ordem constitutiva: a cultura (e o patrimônio histórico) é considerada dentre os valores mais importantes da sociedade brasileira. Vai daí que, como dissemos em outra oportunidade a respeito da ecologia, a cultura

faz parte do conteúdo e da ideologia das Constituições modernas... como um dos principais valores que orientam (formam e informam) a Constituição.

... Não se trata de mera contingência – normas apenas formalmente constitucionais, que fariam parte da Constituição por razões estratégicas, como sedimentação de determinados interesses, que encontram na fórmula constitucional evidência, simbolismo e garantia de estabilidade, mas que talvez não desfrutem de reconhecimento consensual e certamente não possuem a maior importância –; trata-se de um autêntico valor fundamental: o ambiente (agora: a cultura) como bem jurídico constitucional.

... O valor ‘ambiente’ (agora: cultura), quando considerado alicerce da Constituição, impregna-a amplamente. Para compreendê-la e aplicá-la, é preciso levar em consideração a perspectiva ambiental (agora: cultural). O ‘todo constitucional’, tomado holisticamente, possui um componente ambiental (agora: cultural) fundamental. Assim, a Constituição da democracia, dos direitos fundamentais, da federação, é também uma Constituição ecológica (agora: cultural) em sentido (material) largo. E não somente num sentido parcial – de um grupo de normas específicas (que, no entanto, contribuem decisivamente para traçar o perfil global da Constituição).²

Várias Constituições modernas fazem referência à cultura. Para ilustrar, a Constituição portuguesa de 1.976; a Constituição espanhola de 1.978; a Constitui-

² A *Constituição ecológica* (2004), artigo a ser publicado em coletânea de estudos em homenagem ao Professor Paulo Affonso Leme Machado.

ção venezuelana de 1.999. Contudo, a cultura impregna a Constituição em um sentido mais amplo, de que as referências específicas são apenas índice. Segundo PETER HÄBERLE, “o que realmente aparece ‘normalizado’ – no sentido de estruturado normativamente – como ‘Direito Constitucional cultural’ são unicamente fragmentos disso que se chama ‘cultura’”.³

Óbvio que a Constituição e o fenômeno jurídico de modo geral fazem parte do ambiente cultural, integrando a cultura do país. Trata-se de característica do Direito: ser condicionado e condicionante da realidade social (na verdade, uma dimensão dessa realidade). Vale trazer à colação a impressiva lição de KONRAD HESSE:

*A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser; mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.*⁴

Mais especificamente em relação à cultura, PETER HÄBERLE aduz:

*A Constituição não se limita a ser um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, mas a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de auto-representação própria de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos.*⁵

³ *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 31-32: “lo que realmente aparece «normalizado» –en el sentido de estructurado normativamente– como «Derecho constitucional cultural» son únicamente fragmentos de ese algo llamado «cultura»”.

⁴ *A força normativa da Constituição*, p. 15.

⁵ *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 34: “La Constitución no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos.”.

O autor observa ainda que os textos de diferentes Constituições encerram conteúdos diversos, que só conseguem ser devidamente interpretados à luz da respectiva cultura: “exegese constitucional em função da especificidade cultural”.⁶

Merece referência a contribuição do clássico constitucionalista RUDOLF SMEND, que sustentou ser a natureza da Constituição dada por um aspecto cultural (por ele designado “espiritual”): sua capacidade integradora do Estado. “A Constituição é a ordenação jurídica do Estado, melhor dito, da dinâmica vital em que se desenvolve a vida do Estado, é dizer, de seu processo de integração. A finalidade deste processo é a perpétua reimplantação da realidade total do Estado: e a Constituição é a modelação legal ou normativa de aspectos determinados deste processo.”⁷ A função integradora da Constituição, nas palavras de SMEND, advém “de seus valores materiais próprios”.⁸ Esclarecedora é a leitura de GILBERTO BERCOVICI, segundo quem, para Smend, o aspecto relevante é a “realidade integradora, permanente e contínua da Constituição”, e, mais ainda, a “elasticidade e capacidade transformadora e supletiva de sua interpretação”.⁹ “Mediante a constitucionalização como integração dos cidadãos – afirma PABLO LUCAS VERDÚ –, vão-se assumindo os valores capitais que fundamentam e inspiram a comunidade estatal. Deste modo, o reconhecimento, pela cidadania, de valores superiores, motivado por sua *vis* atrativa e percebidos emotivamente (sentimento constitucional), atuam eficazmente para integrar o Estado.”¹⁰

A existência ou criação de um contexto que a Constituição produz e em que ela se produz, e que a transcende, quiçá esteja presente na concepção de PETER HÄBERLE, quando afirma que a Constituição “se remete a algo mais, isto é, a uma realidade apenas sugerida por indícios ‘superficiais’, setoriais e fragmentários do próprio texto legal, que ela mesma criou”.¹¹

Podemos aproveitar, no presente estudo, essa perspectiva de integração cultural que a Constituição deve assegurar e propor (sendo a própria Constituição a projecção jurídica dessa integração). Porém a integração normativa não deve ocultar ou oprimir as diversas e eventualmente divergentes concepções que compõem o mosaico social (especialmente diversificado no Brasil): a Constituição deve representar justamente o compromisso de tolerância e harmonia, nisso residindo muito do efeito integrador.

6 *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 45.

7 *Constitución y derecho constitucional*, p. 132.

8 *Constitución y derecho constitucional*, p. 140.

9 *A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição*, p. 97-98.

10 *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, p. 131: “Mediante la constitucionalización como integración de los ciudadanos se van asumiendo los valores capitales que fundamentan, e inspiran, a la comunidad estatal. De este modo, el reconocimiento por la ciudadanía de valores superiores motivado por su *vis* atractiva y percibidos emotivamente (sentimiento constitucional) operan eficazmente para integrar el Estado.”

11 *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 23: “(la Constitución) se remite a algo más, esto es, a una realidad únicamente sugerida por indicios «superficiales», sectoriales y fragmentarios del propio texto legal, que ella misma ha creado”.

Enfim, a cultura faz parte da “constituição material” do país, com conseqüências jurídicas derivadas dessa posição constitucional de supremacia¹²; primordialmente, as normas constitucionais sobre cultura funcionam como parâmetros para o controle de constitucionalidade¹³.

Há uma implicação entre cultura e nação, pois o fenômeno cultural é sempre uma manifestação de determinado povo. Por isso que a Constituição, sendo a projeção jurídica da identidade nacional, é, ela mesma, uma expressão cultural desse(s) povo(s). A cultura nacional é entendida “como a cultura comum de uma sociedade nacional, uma dimensão dinâmica e viva, importante nos processos internos dessa sociedade, importante para entender as relações internacionais” (JOSÉ LUIZ DOS SANTOS¹⁴). E por falar em relações internacionais, mesmo documentos jurídicos de âmbito supraestatal mencionam a cultura, do que são exemplo a Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (Paris, 1.972)¹⁵, e o Projeto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (2.003)¹⁶. O art. 1º da Convenção define, ainda que limitadamente, como “patrimônio cultural”:

- os monumentos: obras arquitetônicas, de escultura ou de pintura monumentais, elementos ou estruturas de natureza arqueológica, inscrições, cavernas e grupos de elementos, que tenham um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência;

- os conjuntos: grupos de construções isoladas ou reunidas que, em virtude de sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem, tenham um valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência;

- os lugares notáveis: obras do homem ou obras conjugadas do homem e da natureza, bem como as zonas, inclusive lugares arqueológicos, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico.¹⁷

12 LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 150-160.

13 CLÉMERSON MERLIN CLÈVE, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 24-34.

14 *O que é cultura*, p. 73.

15 PAULO AFFONSO LEME MACHADO, *Direito ambiental brasileiro*, p. 773-774; FÁBIO KONDER COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 347-350.

16 O art. II-22 do Projeto, da parte relativa à Carta dos Direitos Fundamentais da União, dispõe: “A União respeita a diversidade cultural, religiosa e lingüística.”

17 FÁBIO KONDER COMPARATO aponta para a omissão, na Convenção, das obras de arte plástica não monumentais e das obras manuscritas ou impressas, “tais como incunábulo, livros, cartas missivas ou partituras musicais” (*A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 348). Incunábulo, registra o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (Rio de Janeiro: Objetiva, 2001), seria o “impresso que data dos primeiros tempos da imprensa (até o ano de 1500)”, ou “as primeiras produções de tipografia (anteriores a 1500)”.

DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL

A cultura é não apenas um valor constituinte da sociedade brasileira, senão também um direito fundamental das pessoas. Todos têm direito de participar da cultura e de ter acesso ao patrimônio histórico. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1.948), da Organização das Nações Unidas (ONU), dispõe: “Todo homem tem direito a participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.” (art. XXVII. 1).

O patrimônio cultural, enquanto objeto de direito fundamental, é tanto de titularidade individual quanto coletiva. Jogado esse critério (da titularidade) em perspectiva cronológica, teríamos o direito ao patrimônio cultural como um direito de primeira e de terceira “gerações”.¹⁸ Sob o prisma individual, por exemplo, o Poder Público não poderia desapossar alguém de antigas fotos de família, de colégio etc., salvo se o valor histórico desses objetos fosse também social (público) E também o patrimônio cultural pertenceria à humanidade, como direito fundamental que leva em consideração não apenas o porvir (direito que as pessoas do futuro já têm agora em relação, por exemplo, ao patrimônio histórico, inclusive a fatos de nosso presente, que, à falta de recuo histórico, possam parecer-nos de somenos importância, mas que representarão nosso legado e, para os vindouros, seu passado), mas o passado (um direito nosso ao que se foi e um direito dos de ontem ao que era seu como presente e como passado). Somente uma perspectiva transcendente ao individualismo contemporâneo, que se abra para outras pessoas e outros tempos, dá conta de avaliar a importância do patrimônio cultural enquanto direito fundamental de velha e nova geração. Sob o ponto-de-vista jurídico-processual, o reconhecimento do direito ao patrimônio cultural como de “terceira geração” facilita a utilização do direito de ação (mas não apenas a via do Judiciário) por qualquer sujeito em prol de toda a coletividade, bem como por associações e por instituições públicas (como o Ministério Público); e permite um maior alcance das decisões e acordos.

A consagração de um direito como fundamental, vale dizer, sua constitucionalização, implica uma consideração subjetiva (de cunho, digamos, individual) e uma consideração objetiva (de cunho, digamos, institucional). PETER HÄBERLE aponta, dentre diversos aspectos do “Direito Constitucional cultural”, o jurídico-individual (dando como exemplos a liberdade subjetiva artístico-científica e o direito a receber uma boa formação, conforme previstos em textos constitucionais) e o jurídico-institucional (dando como exemplos instituições de formação de adultos e do povo em

18 Na perspectiva de PAULO BONAVIDES (*Curso de direito constitucional*, p. 523), dentre os direitos de terceira geração está o direito ao patrimônio comum da humanidade. De quarta geração considera ele o direito ao pluralismo (p. 525). Sobre o tema, consulte-se a resenha de VLADIMIR BREGA FILHO, *Direitos fundamentais na Constituição de 1988. Conteúdo jurídico das expressões*, p. 23-25.

geral; garantias de feriados oficiais; instituições religiosas e de fomento, todas conforme previsão em textos constitucionais).¹⁹

A concretização do direito fundamental ao patrimônio cultural requer – como marcadamente o exigem os chamados “direitos econômicos, sociais e culturais”, mas é genericamente de qualquer direito fundamental – a disposição de meios e modos. Por exemplo, faz parte da promoção do direito fundamental à cultura a previsão e alocação de recursos orçamentários destinados à preservação de monumentos históricos. É possível exigir a respectiva inclusão. Num país de escassos recursos e múltiplas demandas de primeira necessidade, temos aqui um desafio político-administrativo. Uma modalidade indireta de fomento (indireta porque não requer aplicação imediata de recursos pelo Estado), de mais fácil operacionalização, é a renúncia fiscal.

A abertura da escola para informações e manifestações de diferentes grupos e opiniões é outra forma significativa de assegurar o direito à cultura sob uma perspectiva institucional. Ao assegurar a pluralidade em face da hegemonia dos padrões culturais predominantes, está-se a oferecer uma garantia objetiva ao direito fundamental à cultura, de cunho procedimentalista: o Direito não diz algo sobre o conteúdo do direito, senão que assegura as diversas manifestações.

A Constituição brasileira de 1988 não se reduz, no entanto, a um conjunto de garantias procedimentais. Ela toma o partido de determinados conteúdos que, às vezes, revelam preocupação democrática com minorias (para ilustrar: deve-se assegurar a utilização das línguas maternas e dos processos próprios de aprendizagem às comunidades indígenas no ensino fundamental: art. 210, § 2º) e, às vezes, fazem concessões aos padrões dominantes (o ensino religioso, embora facultativo, como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental e, curiosamente, não das particulares: art. 210, § 1º).

São reconhecidos pela Constituição os seguintes direitos culturais, na perspectiva de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

(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. Tais direitos decorrem das normas dos arts. 5º, IX, 215 e 216.²⁰

¹⁹ *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 30.

²⁰ *Ordenação constitucional da cultura*, p. 51-52.

Ao Poder Público e a todos incumbe proporcionar essa participação e esse acesso, pelo que existe um dever constitucional fundamental autônomo de preservar e promover a cultura. Por exemplo, se tenho um objeto de valor histórico, devo dele cuidar mesmo que ninguém ainda tenha demonstrado interesse por ele. No plano institucional, o tombamento revela, de modo compulsório, a exigência de cumprimento desse dever.

Abra-se um parêntesis para rememorar o conceito de tombamento, segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

*espécie de intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de exercício de direitos de utilização e de disposição, gratuita, permanente e indelegável, destinada à preservação, sob regime especial, dos bens de valor cultural, histórico, arqueológico, artístico, turístico ou paisagístico*²¹.

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, é o tombamento

*o ato do Poder Público que, reconhecendo o valor cultural (histórico, arqueológico, etnográfico, artístico ou paisagístico) de um bem, mediante sua inscrição no livro próprio, subordina-o a um regime jurídico especial que lhe impõe vínculos de destinação, de imodificabilidade e de relativa inalienabilidade.*²²

DIMITRI DIMOULIS aponta deveres fundamentais por parte do Estado e por parte dos cidadãos e da sociedade, referindo “o serviço militar obrigatório (art. 143) e a educação enquanto dever da família (art. 205)”²³. Pode-se citar, ainda na Constituição brasileira, o genérico dever de proteção do patrimônio histórico (art. 216, especialmente os §§ 1º e 4º) e, no âmbito da educação, a obrigatoriedade do ensino fundamental (art. 208, I). CANOTILHO enfatiza – com base no texto claro da Constituição portuguesa (“Todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o patrimônio cultural.”: art. 78.1) – o caráter autônomo dos deveres fundamentais: “não se estabelece a correspectividade estrita entre direitos fundamentais e deveres fundamentais. O carácter não relacional entre direitos e deveres resulta ainda da compreensão não funcionalista... dos direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa.”; a seguir, o constitucionalista luso exemplifica com “o dever de defesa do património relacionado com o direito à fruição e criação cultural (art. 78º/1)”²⁴. Mais am-

21 *Curso de direito administrativo*, p. 368-369.

22 *Ordenação constitucional da cultura*, p. 159.

23 *Manual de introdução ao estudo do Direito*, p. 252.

24 *Direito constitucional*, p. 548.

plamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe, no art. XXIX, 1: “Todo homem tem deveres para com a comunidade na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.”

Ao tratar dos objetivos educacionais enquanto tema central de uma “teoria constitucional da cultura”, PETER HÄBERLE alude a deveres nos seguintes termos:

*Objetivos educacionais são, por exemplo, a tolerância e a dignidade humana, que refletem a concepção antropológica existente, mas também a conscientização da existência do próprio Estado de Direito e do império da lei com todas suas múltiplas implicações, assim como a assunção consciente de responsabilidades, a abertura de vistas frente ao resto do mundo, o sentido do dever e de quantos deveres básicos específicos elenca a Constituição...*²⁵

Da dupla configuração da cultura como direito e dever constitucional, extrai-se uma perspectiva prospectiva, voltada ao futuro: o compromisso de legar às gerações futuras o patrimônio cultural adquirido e de assegurar-lhes condições para seu próprio desenvolvimento cultural. PETER HÄBERLE refere que a Constituição do Estado alemão da Saxônia preceitua, no art. 27.1, com relação aos objetivos educacionais e de formação, uma “Responsabilidade (...) frente a futuras gerações”.²⁶

TAREFA DO ESTADO

Compete (no sentido de dever-poder) ao Poder Público proteger e promover a cultura. Como ensina JORGE MIRANDA,

*tarefas equivalem a fins do Estado manifestados em certo tempo histórico, em certa situação político-constitucional, em certo regime, em certa Constituição em sentido material. Traduzem um determinado enlace entre o Estado e a sociedade. Implicam um princípio (ou uma tentativa) de legitimação do exercício do poder.*²⁷

²⁵ *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 85: “Objetivos educacionales son, por ejemplo, la tolerancia y la dignidad humana, que reflejan la concepción antropológica existente, pero también la concienciación de la existencia del propio Estado de Derecho y del imperio de la ley con todas sus múltiples implicaciones, así como la asunción consciente de responsabilidades, la apertura de miras frente al restante mundo, el sentido del deber y de cuantos deberes básicos específicos reseña la Constitución...”. Veja-se referência anterior às pp. 82-83.

²⁶ *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 29.

²⁷ *Manual de direito constitucional*, t. IV, p. 344.

Com efeito, “a garantia da liberdade de expressão cultural não é suficiente para seu gozo, requerendo que o Estado apóie e incentive a valorização e a difusão das manifestações culturais” (JOSÉ AFONSO DA SILVA²⁸). Essa atribuição está entre as indeclináveis incumbências do Estado brasileiro, constitucionalmente previstas e referidas a todas as esferas da federação e a todos os âmbitos do Poder Público: todos os órgãos (Executivo – inclusive a Administração indireta, Legislativo – inclusive na função de fiscalização, Judiciário e demais funções essenciais à Justiça) e atividades (inclusive aquelas prestadas por intermédio de sujeitos privados: concessionários, organizações sociais etc.).

Por meio da educação, por exemplo, o Estado desempenha uma importantíssima tarefa cultural, não apenas relativa à transmissão de informações, mas de valores, dentre os quais se sobressai a tolerância: “o pluralismo se converte em uma ‘meta de aprendizagem’ via tolerância” (PETER HÄBERLE²⁹).

Um Tribunal de Contas pode rejeitar uma política indevida de alocação de recursos para a preservação do patrimônio histórico (por exemplo, gastos elevados com apresentações de cantores ou exposições de peças e quase nenhuma despesa com a restauração de prédios históricos), pois às Cortes de Contas cabe inclusive uma apreciação quanto à *legitimidade* e *economicidade* dos gastos públicos, di-lo o art. 70, *caput*, da Constituição da República. Também isenções de imposto predial e territorial urbano (IPTU) concedidas a mansões históricas cujos abonados proprietários (eventualmente pessoas jurídicas empresariais) podem ser questionadas, por traduzirem renúncia fiscal em favor de quem detenha inegável capacidade contributiva.

Tanto é tarefa do Poder Público a preservação e promoção da cultura, que a legislação brasileira de combate à improbidade administrativa (Lei 8.429/ 1.992) prevê, como ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, “agir negligentemente... no que diz respeito à conservação do patrimônio público” (art. 10, X).

O imenso acervo ferroviário brasileiro inclui não apenas as composições, estradas de ferro e estações, mas todos os bens ligados ao serviço, como as vilas dos ferroviários, a documentação, o mobiliário, enfim, quaisquer componentes de um destacado setor e época que produziram uma cultura própria. O regime previdenciário dos ferroviários representou um significativo avanço social; com efeito, foi a Lei Eloy Chaves (Decreto Legislativo 4.682, de 24 de janeiro de 1.923) que – como diz ODONEL URBANO GONÇALVES – “implantou no Brasil o sistema de Previdência Social”³⁰, com a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões

nas empresas de estradas de ferro existentes, mediante contribuições dos trabalhadores, das empresas do ramo e do Estado, assegu-

28 *Ordenação constitucional da cultura*, p. 74.

29 *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 87: “el pluralismo se convierte en una «meta de aprendizaje» vía tolerancia”.

30 *Manual de direito previdenciário*, p. 21-22.

rando aposentadoria aos trabalhadores e pensão a seus dependentes em caso de morte do segurado, além de assistência médica e diminuição do custo de medicamentos (CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO e JOÃO BATISTA LAZZARI³¹).

O descaso para com esse acervo histórico, entregue freqüentemente ao sucateamento em razão de não interessar à privatização, pode consistir em ato típico de improbidade administrativa. Para tanto, a compreensão de “patrimônio público” (ou “erário”) deve envolver

o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencentes ao Poder Público, conceito este extraído do art. 1º da Lei nº 4.717/65 e da dogmática contemporânea, que identifica a existência de um patrimônio moral do Poder Público,

na lição de EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO AIVES, que exemplificam com a situação do “agente público que permite a deterioração de prédio que abriga repartição pública e que se encontra tombado e incorporado ao patrimônio histórico e cultural”.³²

Pelo Ministério Público Federal, tivemos oportunidade de intermediar a cessão da antiga estação ferroviária de Mairinque (SP) – das primeiras construções em concreto armado do país e que se encontrava em completo abandono – pela proprietária Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA) ao Município, que a restaurou com fins culturais e terminou por adquiri-la.

distribuição de competências

No plano do fazer, todos os entes da federação têm competência (administrativa, executiva) para “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos” (art. 23, III). Trata-se de atribuição comum (um “consórcio material”, na sugestiva expressão de JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO³³), deferida de modo indistinto e simultâneo³⁴ ao Poder Público de todas as esferas federativas.³⁵ Essa atribuição plural pode dar ensejo a conflitos.

³¹ *Manual de direito previdenciário*, p. 50.

³² *Improbidade administrativa*, p. 204-206.

³³ *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, p. 631.

³⁴ O termo é empregado por ANDRÉ RAMOS TAVARES (*Curso de direito constitucional*, p. 838).

³⁵ A concorrência de competências é encontrada mesmo em Espanha, considerada um Estado unitário, conquanto fortemente descentralizado (veja-se os comentários de MANUEL PULIDO QUECEDO, *La Constitución española*, p. 917-918 e 1.574-1.575, aos art. 46 e 149 da Constituição espanhola de 1.978).

No plano do “dizer como se faz” (competências normativas, legislativas), a Constituição novamente distribuiu de modo horizontal a atribuição de “proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico” entre os diversos entes federados (art. 24, VII). Calha advertir que também os Municípios partilham dessa atribuição, conquanto esquecidos pelo *caput* do art. 24: há a referência expressa do art. 30, II, que se vale exatamente da mesma expressão utilizada para designar a competência concorrente dos Estados-membros (art. 24, § 2º): “*suplementar a legislação federal e a estadual no que couber*”.

Essa competência legislativa, embora concorrente, não se distribui entre os entes federados de modo idêntico, por isso que se diz não-cumulativa.³⁶ À União cabem as normas gerais; aos Estados-membros e aos Municípios, a respectiva suplementação. Conflitos que surjam devem levar em conta os respectivos âmbitos de incidência e a natural dependência que existe entre normas gerais e normas específicas. Simplificando: as normas gerais da União deverão de ser respeitadas pelos Estados-membros e Municípios; as normas gerais daqueles, por estes. O Decreto-Lei 25/1.937, que “[o]rganiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”, pode ser considerado como conjunto de normas gerais federais.³⁷ Mesmo ele, no entanto, incide em inconstitucionalidade – violando o princípio federativo – quando, ao estabelecer o direito de preferência em face da alienação onerosa, concede primazia à União em relação aos Estados e Municípios e daqueles em relação a estes (art. 22).

Voltemos às competências materiais, onde todos os entes da federação podem/devem proteger os bens de valor histórico. Não há precedência estabelecida. A ilustração é a seguinte: um imóvel onde ocorreram fatos historicamente significativos é tombado pelo Poder Público municipal; tempos depois, também é tombado pelo Poder Público estadual; por último, é declarado de valor histórico nacional e novamente tombado, pelo Poder Público federal. Pode parecer pouco usual, mas é perfeitamente possível o tombamento do mesmo bem por diversas esferas da federação. Um pouco ingênuo o exemplo em que diversos entes da federação tombam o mesmo bem, num país que não tem um histórico favorável de proteção do patrimônio histórico (seja perdoado o trocadilho). Voltemos ao caso. Surge a necessidade de restaurar a fachada do prédio e o proprietário não tem condições de fazê-lo, o que suscita o dever do Poder Público (art. 19 do Decreto-Lei 25/1.932). O Município, após uma pesquisa, decide que a cor da fachada original – que deve ser usada na pintura por ocasião do restauro – era branca; o Estado, tendo pesquisado também, chega à conclusão de que a cor original era amarela; os estudos do Poder Público federal revelam uma fachada marrom. Qual a cor que deve prevalecer? Porque se trata de competência cumulativa, inexistindo uma ordenação prévia, e conside-

36 MARLON ALBERTO WEICHERT, *Saúde e federação na Constituição brasileira*, p. 86.

37 DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de direito administrativo*, p. 369.

rando sempre o critério da maior proximidade (que contempla o ente mais local, ou seja, o Município em face do Estado-membro e da União; o segundo em face desta), somente a análise do caso concreto saberá indicar a melhor solução. A pesquisa mais apurada, os argumentos mais convincentes, orientarão a escolha. Para que o exemplo não fique descolorido, teria sido o Estado-membro a apresentar estudos mais sérios: a fachada será pintada de amarelo.

A despeito do exemplo, o tombamento não tem sido conjugado conforme a partilha constitucional de competências. Embora, no exercício de sua autonomia e seguindo seus próprios critérios, todas as esferas da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) possam tomar o mesmo bem, acontece de bens tombados em âmbito estadual e/ou federal não o serem pelo Município onde situado e para quem o interesse em preservá-lo talvez seja mais evidente. Impõe-se aqui que os Municípios assumam sua incumbência e realizem o sempre possível tombamento concorrente (quando não decidam por um tombamento original).

No Município de Bauru (SP), parece não haver nenhum bem tombado em âmbito federal (pelo órgão competente, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, vinculado ao Ministério da Cultura); em Piracicaba (SP), há somente a casa onde residiu e faleceu o ex-Presidente Prudente de Moraes, que hoje abriga um museu histórico e pedagógico e que foi tombada em 2.003.³⁸ Em Bauru, no âmbito municipal, há, tombados pelo Conselho de Defesa do Patrimônio Cultural de Bauru (CODEPAC): a Estação Central Ferroviária (2.000); o Automóvel Clube de Bauru (2.001); a antiga estação da Companhia Paulista de Estrada de Ferro (2.002); o Comando de Policiamento do Interior, antigo 4º Batalhão de Polícia Militar do Interior, e seu entorno (2.002); o frontispício do Cemitério da Saudade (2.002); o Hotel Cariani (2.002); a Igreja Santa Terezinha (2.002); a Igreja Tenrikyo (2.003) e o Residencial Brasil-Portugal; não consta tombamento em âmbito estadual. Em Piracicaba, no âmbito estadual, há, tombados pelo Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico (CONDEPHAAT), a Casa do Povoador (1.970); o Passo da Via Sacra São Vicente de Paula (1.972); a Casa de Pudente de Moraes (1.973) e o edifício da antiga Escola Normal de Piracicaba (2.002); no âmbito municipal, o Conselho de Defesa do Patrimônio Cultural (CONDEPAC) tombou o Mercado Municipal (1.987); o Engenho Central (1.989); o Palacete Boyes (1.997); o Largo dos Pescadores (2.000); o Museu da Água (2002); a antiga estação ferroviária do distrito de Ártemis (2.002); a antiga sede da Sociedade de Beneficência Portuguesa (2.002); o antigo prédio da escola estadual Francisca Elisa da Silva (2.002); área da Chácara do Morato (2.002); a Chácara Nazareth (2.002); o Clube Coronel Barbosa (2.002); o edifício principal e anexo Martha Watts, do Instituto Educacional Piracicabano (2.002); a escola Moraes Barros (2.002); a escola estadual Sud

38 Informações obtidas em <<http://www.iphan.gov.br/ans/inicial>>; acesso em 06/10/2.004.

Mennucci (2.002); a escola estadual Barão do Rio Branco (2.002); a escola estadual Marquês de Monte Alegre (2.002); a Igreja do Sagrado Coração de Jesus (2.002); a Igreja do Senhor Bom Jesus do Monte (2.002); a Igreja Metodista Central de Piracicaba (2.002); a Igreja São Benedito (2.002); o Parque do Mirante (2.002); o Pavilhão de Engenharia da Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz - ESALQ (2.002); o portal do Cemitério da Saudade (2.002); o Seminário Seráfico São Fidélis (2.002); o antigo prédio da Companhia Paulista de Força e Luz – CPFL (2.003); o Grupo Espírita Fora da Caridade (2.003); o Prédio de Hiroshi Matsubara (2.003); a sede da Sociedade Beneficente 13 de Maio (2.003); diversos imóveis de propriedade particular (2.002 e 2.003) e o Teatro São José.³⁹

ESPAÇO DEMOCRÁTICO (PLURALISMO)

A franca opção por um regime democrático (Estado Democrático de Direito, na formulação do art. 1º da Constituição brasileira) significa a assunção das diversas manifestações culturais existentes, num compromisso de respeito pluralista e à medida que as manifestações culturais não deponham contra o próprio regime democrático (por exemplo, proibição de manifestações terroristas: art. 5º, XVII e XLIV, da Constituição). Trata-se de “uma democracia constitucional baseada no pluralismo como princípio”, no dizer de PETER HÄBERLE⁴⁰, para quem um conceito cultural aberto deve significar cultura para todos e cultura de todos⁴¹. JOSÉ AFONSO DA SILVA aponta que o tratamento dispensado ao tema pela Constituição brasileira

*valoriza os fatores de diferenciação das culturas singulares (aliás, expressamente indicadas: populares, indígenas, afro-brasileiras e de outros grupos – italianos, japoneses, alemães – participantes dessa evolução sociocultural), só explicáveis como esforços de adaptação a condições ecológicas e históricas específicas e como produto de uma criatividade própria.*⁴²

Merece citação, também, o seguinte texto da Constituição portuguesa de 1.976:

O Estado promove a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com os órgãos de comunicação social, as

39 Informações obtidas em <<http://www.guiacultural.sp.gov.br/>>; acesso em 06/10/2.004.

40 *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 34: “... una democracia constitucional basada en el pluralismo como principio”.

41 *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 30.

42 *Ordenação constitucional da cultura*, p. 36.

associações e fundações de fins culturais, as colectividades de cultura e recreio, as associações de defesa do patrimônio cultural, as organizações de moradores e outros agentes culturais. (art. 73.3).

É complexa a solução de conflitos porventura surgidos entre manifestações culturais antagônicas e que opõem, freqüentemente, concepções majoritárias a minoritárias. No campo religioso, um grupo de alunos e seus pais, provavelmente não-cristãos, pede seja retirado o crucifixo da sala de aula de uma escola pública na Alemanha; o Tribunal Constitucional Federal dá-lhes razão.⁴³ No campo civil, representantes de etnias minoritárias reivindicam que suas datas mais significativas também sejam tidas como feriados. A construção de uma importante rodovia implicará a destruição de um sítio arqueológico. Moderno prédio, sintonizado com a estética e funcionalidade contemporâneas, desfigurará a região antiga onde se pretende construí-lo.

Sobre animais, há a conhecida decisão tomada a partir de uma ação civil pública promovida por uma associação de ambientalistas, para proibir a “farra do boi”, tradicional festa popular dos descendentes de açorianos em Santa Catarina; devendo optar entre a determinação constitucional de proteção às manifestações das culturas dos grupos participantes do processo civilizatório nacional (art. 215, § 1º, da Constituição brasileira) – aí incluídas as formas de expressão dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216, I) – e a proibição constitucional de práticas que submetam os animais a crueldade (art. 225, § 1º, VII), o Supremo Tribunal Federal fez pender a balança para o lado deste último valor.⁴⁴

A “farra do boi” é talvez a mais tradicional manifestação cultural de uma minoria. Estão envolvidos animais que longe estão da ameaça de extinção (embora a vedação à crueldade não faça distinção). Não é a sensibilidade “ecológica” dessa comunidade que é atingida pela prática, mas a sensibilidade da maioria da população, sob o apelo contemporâneo dos valores “ecológicos”. Não era uma decisão fácil nem foi tomada por unanimidade. Argumentou-se em defesa que o Poder Público estadual havia tomado as providências necessárias para coibir excessos, fazendo efetivo o policiamento nas ocasiões respectivas. A decisão do Supremo Tribunal Federal não se contentou e determinou a proibição.

Tivemos oportunidade, no Ministério Público Federal, de enfrentar dois casos interessantes envolvendo animais. O primeiro e mais apelativo dava conta de um filme pornográfico em que eram utilizados animais em cenas de sexo explícito com seres humanos. As fitas foram produzidas e estavam sendo comercializadas regularmente, inclusive com advertência relativa aos menores de idade. Considerações à parte so-

43 RODRIGO MEYER BORNHOLDT, *Novos contornos da liberdade de expressão e do direito à honra – uma diversa abordagem da colisão no Direito brasileiro*, p. 310-311.

44 Recurso Extraordinário 153.531-SC, relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 10 de junho de 1.997. A decisão é referida por JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, *ob. cit.*, p. 701-702.

bre a (péssima) qualidade e o (mau) gosto da produção (avaliações, ademais, extremamente pessoais), impunha-se uma análise técnico-jurídica. O parâmetro encontrado foi o art. 32 da Lei 9.605/1.998, que veda, dentre outras condutas, submeter os animais a ato de abuso ou maus-tratos. Tomamos “maus-tratos” como um critério mais objetivo e solicitamos uma avaliação técnica (veterinária) sobre se os animais provavelmente sofreram fisicamente; a resposta foi negativa. Tomamos “abuso” como um critério mais subjetivo, que permitisse avaliar também se os animais estavam sendo utilizados absoluta e indevidamente fora de contexto⁴⁵. Aqui, a liberdade de expressão e de lazer foram determinantes e optamos pelo arquivamento.

O outro caso era representado pela pretensão de uma associação, de coibir o abate dos animais de consumo em condições de suposto sofrimento. Especificamente, a crítica voltava-se contra a forma de abate designada “jugulação cruenta”, adotada pela comunidade muçulmana e pela judaica (*kosher*). Nos indevidos termos em que formulada, a pretensão atingia determinadas comunidades minoritárias e não quaisquer formas de abate cruel. E comunidades para as quais a forma de abate é muito importante, sendo que uma das alegadas razões para esse tipo de abate – em que há um especialista encarregado e uma técnica precisa utilizada – é justamente a morte rápida do animal, para que não sofra demasiado, fazendo-se escorrer o sangue para livrar a carne de impurezas. Optamos novamente pelo arquivamento.

Os índios mereceram uma ponderada decisão do Supremo Tribunal Federal, que salvaguardou indígena do comparecimento a comissão parlamentar de inquérito. Tratava-se de comissão parlamentar de inquérito⁴⁶ que investigava a ocupação de terras públicas na região amazônica e que intimou líder indígena a prestar depoimento em audiência na Capital de Rondônia (Boa Vista). O tribunal concedeu *habeas corpus* para tornar sem efeito a intimação, sem prejuízo da oitiva do índio “na área indígena, em dia e hora previamente acordados com a comunidade, e com a presença de representante da FUNAI e de um antropólogo com conhecimento da mesma comunidade”.⁴⁷ A decisão soube avaliar adequadamente os interesses em jogo, ao considerar o indígena como pleno participante da sociedade brasileira e, assim, no dever de prestar esclarecimentos perante comissão parlamentar de inquérito; a peculiaridade cultural não foi considerada razão que justificasse a subtração do indígena àquele dever. Todavia, para não tornar o depoimento exageradamente penoso ao indígena, tendo em vista justamente sua peculiaridade cultural, considerou-se razoável que a comissão parlamentar de inquérito se deslocasse até a aldeia e tomasse o depoimento sob a assistência de antropólogo e de representante do órgão oficial de proteção aos índios.

No âmbito da cultura, a interpretação/aplicação das normas jurídicas pertinentes deve levar em alta conta o pluralismo, a possibilidade de convivência, o me-

45 LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, *Curso de direito constitucional*, p. 457-458.

46 Veja-se LUIZ CARLOS DOS SANTOS GONÇALVES, *Comissões parlamentares de inquérito. Poderes de investigação*.

47 *Habeas Corpus* 80.240-RO, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 20/06/2.001.

nor sacrifício razoável, tendo em vista as exigências de um regime democrático, preocupado com a proteção das minorias. “O problema da *democracia participativa* – observa JOSÉ AFONSO DA SILVA – está precisamente em construir o equilíbrio entre as tensões múltiplas e por vezes contraditórias, em conciliar a sociabilidade e o particularismo, em administrar os antagonismos e evitar divisões irredutíveis.”⁴⁸

A diversidade cultural deve manifestar-se também na dimensão temporal, é dizer, devem ser prestigiadas não apenas manifestações culturais do passado, mas igualmente as do presente⁴⁹ e as potenciais. O direito à cultura, como direito fundamental, tem uma “repercussão temporal que ultrapassa a existência de uma geração”⁵⁰, ou seja, sem deixar de ser fenômeno histórico, contextualizado no tempo e no espaço, importa para quem e além de determinado momento. PETER HÄBERLE alude à “vivência da individualidade ou especificidade de um povo determinado que encontra sua identidade tanto na tradição histórica como em suas próprias experiências, e que reflete suas esperanças em forma de desejos e aspirações de futuro”.⁵¹ Uma exagerada restrição ao planejamento urbano, inclusive a novas construções, pode “fossilizar” uma cidade e impedir as expressões contemporâneas; os arquitetos do presente, por exemplo, têm um direito semelhante de exprimir suas concepções estéticas. Sem prejuízo da preservação de sítios inteiros (por exemplo, vilas como Paraty e Outro Preto), quando o justifique a importância histórica do conjunto. Essa tensão não passou despercebida a JOSÉ AFONSO DA SILVA:

*bá na correlação renovação urbana/proteção do meio ambiente urbano uma tensão entre valores que se opõem: de um lado, a necessária e indispensável adequação da cidade aos valores do progresso, mediante a remodelação de áreas, zonas ou bairros envelhecidos e deteriorados; de outro, a necessária e também indispensável preservação da memória da cidade, mediante a proteção do ambiente urbano. A renovação, assim, terá que ser comedida, a fim de manter um equilíbrio entre as duas exigências.*⁵²

Por isso que devem ser respeitados e oferecidos espaços às diversas concepções culturais, inclusive à chamada “cultura popular”, caracterizada – na perspectiva de JOSÉ LUIZ DOS SANTOS – por manifestações culturais das classes dominadas e di-

48 *Ordenação constitucional da cultura*, p. 76.

49 Como afirma HÄBERLE, o entorno cultural é “produto tanto de gerações anteriores como das atuais” (*Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 31).

50 WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG, *Direitos fundamentais e suas características*, p. 61.

51 *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 32: “... vivencia de la individualidad o especificidad de un pueblo determinado que logra su identidad tanto en la tradición histórica como en sus propias experiencias, y que refleja sus esperanzas en forma de deseos y aspiraciones de futuro”.

52 *Ordenação constitucional da cultura*, p. 97-98.

ferentes da cultura dominante, que estão fora das instituições “oficiais” (universidades, academias, ordens profissionais...) e “que existem independentemente delas, mesmo sendo suas contemporâneas”⁵³. Por exemplo, a autorização de ocupação de praças públicas, de madrugada, por “tribos” urbanas/suburbanas de “contracultura” (“*darks*”, skatistas ...), se for essa sua reivindicação. Enfatiza JOSÉ AFONSO DA SILVA que “não pode haver cultura imposta, que o papel do Poder Público deve ser o de favorecer a livre procura das manifestações culturais, criar condições de acesso popular à cultura, prover meios para que a difusão cultural se fundamente nos critérios de igualdade”.⁵⁴ Para JORGE MIRANDA, isso importa “uma efectivação não autoritária e não estatizante, aberta à promoção pelos próprios interessados e às iniciativas vindas da sociedade civil”.⁵⁵ O Poder Público há de contemplar os diversos segmentos da comunidade e as diferentes expressões, incentivando ou promovendo, por exemplo, não apenas apresentações de dança convencional, mas também de capoeira ou “street-dance”. Todavia, a excessiva intromissão do Poder Público pode representar uma agressão a manifestações culturais que se querem alternativas, subversivas, não-alinhadas ou rebeldes; a melhor posição aqui é a do respeito e da tolerância.

A democracia, todavia, não se caracteriza apenas pelo aspecto “declarativista” do reconhecimento e consideração das formas culturais existentes. Há uma implicada dimensão *participativa*, em que existem oportunidades a que todos contribuam para a construção de perspectivas; como refere CANOTILHO, trata-se de “uma forma mais alargada do concurso dos cidadãos para a tomada de decisões, muitas vezes de forma directa e não convencional”⁵⁶. Plebiscitos locais e “orçamentos participativos” são instrumentos que permitem a expressão dos diversos setores. Por exemplo, os habitantes de um Município poderiam definir quais artistas gostariam de ver apresentar-se em determinado dia festivo. A abertura participativa deve cuidar para não orientar-se exclusivamente pelo critério majoritário, a fim de que a perspectiva da maioria não sufoque manifestações minoritárias. As práticas desportivas ortodoxas não devem esgotar os recursos públicos e nada restar às práticas desportivas das pessoas portadoras de deficiência, por exemplo.

A hegemonia cultural dos tempos modernos faz-se em grande medida por homogeneização, operacionalizada pela chamada indústria cultural, onde os meios de comunicação de massa desempenham papel proeminente. Uma consequência perversa está na alienação individual e coletiva, no “amaciamento dos conflitos sociais” (JOSÉ LUIZ DOS SANTOS⁵⁷). Numa projecção internacional, a extensão e velocidade da

53 *O que é cultura*, p. 55. Veja-se também JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Ordenação constitucional da cultura*, p. 101, rodapé.

54 *Ordenação constitucional da cultura*, p. 48.

55 *Manual de direito constitucional*, t. IV, p. 346.

56 *Direito constitucional*, p. 410.

57 *O que é cultura*, p. 69.

circulação de informações e produtos (inclusive da informação como produto) têm evidente impacto sobre a cultura contemporânea. O fenômeno da “globalização” apresenta aspectos positivos – como o conhecimento (com sua possibilidade de acesso e participação) e a possibilidade de respeito e valorização das diversas manifestações culturais – bem como aspectos negativos (de imposição e exploração), tendo em vista que a “integração” nem sempre é livre, espontânea e bem intencionada. Todavia, “a tendência à formação de uma civilização mundial” (JOSÉ LUIZ DOS SANTOS) parece ser um fato moderno, que o Direito não tem como ignorar; vejamos os documentos jurídicos internacionais relativos ao patrimônio cultural.

A chave democrática para enfrentar a globalização está em garantir liberdade e abertura às relações humanas, com necessária igualdade de oportunidades e garantias de respeito à diversidade, às identidades culturais. Se a identidade cultural pode forjar-se inclusive a partir das relações com outras culturas (“Cada cultura é o resultado de uma história particular, e isso inclui também suas relações com outras culturas, as quais podem ter características bem diferentes.” – JOSÉ LUIZ DOS SANTOS⁵⁸), hoje em dia, o risco de uma homogeneização a partir de padrões autoritários dos países mais poderosos parece ser a maior ameaça. A resposta, muitas vezes violenta (terrorista), de sociedades ou instituições políticas que se sentem violadas, não deixa de ser uma reação cultural radical àquela tentativa de dominação. Exagerando no tom, a globalização não pode restringir-se ao acesso, via *internet*, aos produtos de multinacionais, eventualmente produzidos em países com mão-de-obra explorada; nem pode transformar os lugares exóticos do planeta apenas em roteiros turísticos padronizados.

Também aqui a preocupação jurídico-democrática envolverá, paradoxalmente, a unidade e a totalidade, buscando uma síntese dialética e sempre inacabada entre o particular e o universal, pois “a discussão sobre cultura tem a humanidade como referência e ao mesmo tempo procura dar conta de particularidades de cada realidade cultural” (JOSÉ LUIZ DOS SANTOS⁵⁹).

CULTURA E DIREITO

A idéia de “cultura” provavelmente seja difusa e facilmente apreendida por muitos num nível de aparente superficialidade, ao passo que o conceito seja difícil de precisar. Trata-se de um desafio pedagógico freqüente no magistério: uma idéia mais fácil de compreender do que de explicar.

Tomemos o termo em sentido amplo. Pode-se entender por cultura o modo “de conceber a realidade e expressá-la” (JOSÉ LUIZ DOS SANTOS⁶⁰). Na cultura, há atri-

58 *O que é cultura*, p. 12.

59 *O que é cultura*, p. 36.

60 *O que é cultura*, p. 7.

buição de sentido e valor; no dizer de JOSÉ AFONSO DA SILVA, “a presença e participação do espírito humano”⁶¹. Embora por demais vago para ser operacional, esse conceito é fiel à extensão e variedade que o fenômeno cultural possui. O tratamento jurídico a ser dispensado à cultura deve levar em conta essa característica conceitual, condicionante da e condicionada pela democracia.

Um aspecto relevante da aproximação conceitual está em reconhecer que as manifestações culturais podem ser intencionais ou não. PABLO LUCAS VERDÚ afirma, a propósito: “Em certo sentido, os valores são sentidos e captados por uma intuição essencial (*Wesensschau*) diferente do conhecimento mediante raciocínios ou argumentações formalistas.”⁶². Outro aspecto: a cultura pode projetar-se em bens corpóreos, materiais, ou em bens imateriais, “espirituais”, que

são os que refletem valores em suportes não-materiais, tais são as credences, cultos, danças, festas, que não constituem produtos culturais apreensíveis fisicamente, como se apreende um quadro, uma estátua, um livro, uma partitura musical, uma peça teatral. Seu produto consiste especialmente no manifestar-se (JOSÉ AFONSO DA SILVA⁶³).

Do ponto de vista “científico”, digamos que é possível adotar uma perspectiva mais descritiva da cultura, de cunho informativo, mas também é possível adotar uma perspectiva mais prescritiva, de interferência. Esta pode ter resultado negativo, de opressão de traços culturais e imposição de outros, e pode ter resultado positivo, de libertação e emancipação cultural. Embora o Direito sirva para desempenhar todas essas funções e tenha servido, freqüente e infelizmente, como instrumento de dominação cultural ilegítima, ele pode e deve estar ao bom serviço da cultura: “o estudo da cultura – como afirma JOSÉ LUIZ DOS SANTOS – contribui no combate a preconceitos, oferecendo uma plataforma firme para o respeito e a dignidade nas relações humanas”⁶⁴; em outra passagem, o autor aduz: “cultura está associada a conhecimento, o qual tem uma característica fundamental: o de ser fator de mudança social, de servir não apenas para descrever a realidade e compreendê-la, mas também para apontar-lhe caminhos e contribuir para sua modificação.”⁶⁵

61 *Ordenação constitucional da cultura*, p. 26.

62 *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, p. 126: “En cierto sentido los valores se sienten y son captados por una intuición esencial (*Wesensschau*) diferente al conocimiento mediante razonamientos o argumentaciones formalistas.”

63 *Ordenação constitucional da cultura*, p. 98.

64 *O que é cultura*, p. 8-9.

65 *O que é cultura*, p. 43; veja-se também a passagem de fls. 66. A dimensão de libertação é também enfatizada por JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Ordenação constitucional da cultura*, p. 55.

Ainda sob uma concepção ampla, “cultura” abrange, para o antropólogo JOSÉ LUIZ DOS SANTOS, “todos os aspectos de uma realidade social. Assim, cultura diz respeito a tudo aquilo que caracteriza a existência social de um povo ou nação, ou então de grupos no interior de uma sociedade”, ou seja, “a totalidade dessas características, digam elas respeito às maneiras de conceber e organizar a vida social ou a seus aspectos materiais”.

Para esse autor, uma concepção restrita de cultura refere-se “ao conhecimento, às idéias e crenças, assim como às maneiras como eles existem na vida social”, como “ênfase especial no conhecimento e dimensões associadas”.⁶⁶ O autor acentua o aspecto – digamos – materialista da cultura, ligada esta às condições concretas (sobretudo econômicas) de vida social. Sem desconhecer outras dimensões – certamente inter-relacionadas – do fenômeno cultural, verifica-se que até a etimologia do termo (de origem latina) prende-se às atividades agrícolas (de *colere* = cultivar).⁶⁷

Definindo melhor a concepção ampla de cultura não como a soma de todos os aspectos de uma sociedade, mas como uma dimensão desses aspectos, afirma JOSÉ LUIZ DOS SANTOS:

Assim, cultura passa a ser entendida como uma dimensão da realidade social, a dimensão não-material, uma dimensão totalizadora, pois entrecorta os vários aspectos dessa realidade. Ou seja, em vez de se falar em cultura como a totalidade de características, fala-se agora em cultura como a totalidade de uma dimensão da sociedade.

*Essa dimensão é a do conhecimento num sentido ampliado, é todo conhecimento que uma sociedade tem sobre si mesma, sobre outras sociedades, sobre o meio material em que vive e sobre a própria existência. Cultura inclui ainda as maneiras como esse conhecimento é expresso por uma sociedade, como é o caso de sua arte, religião, esportes e jogos, tecnologia, ciência, política. O estudo da cultura assim compreendida volta-se para as maneiras pelas quais a realidade que se conhece é codificada por uma sociedade, através de palavras, idéias, doutrinas, teorias, práticas costumeiras e rituais. O estudo da cultura procura entender o sentido que fazem essas concepções e práticas para a sociedade que as vive, buscando seu desenvolvimento na história dessa sociedade e mostrando como a cultura se relaciona às forças sociais que movem a sociedade.*⁶⁸

66 O que é cultura, p. 24-25.

67 O que é cultura, p. 27.

68 O que é cultura, p. 41.

O jurista PETER HÄBERLE cita uma clássica definição (de E. B. Tylor) segundo a qual cultura (ou civilização) seria “um conjunto complexo de conhecimentos, crenças, artes, moral, leis, costumes e usos sociais que o ser humano adquire como membro de uma sociedade determinada”. Contudo, com provável base na Constituição alemã, dá um conceito mais limitado: “aquela esfera em que o Estado como tal, por um lado, e o mundo do pensamento, por outro, se encontram estreitamente relacionados de uma forma um tanto especial e íntima a um nível triplo: o da educação ou formação, o da ciência e o da criação artística”.⁶⁹ O autor alemão aponta três “aspectos orientadores” da dogmática do Direito Constitucional cultural e da Teoria da Constituição como ciência da cultura: “tradição, inovação e pluralismo” (abertura).⁷⁰

LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR definem o termo “patrimônio cultural” à luz da Constituição brasileira: “a interação do homem com a natureza, as formas institucionais das relações sociais, as peculiaridades dos diversos segmentos nacionais, enfim, os bens, em sua acepção mais lata, depositários das projeções valorativas dos seres humanos”.⁷¹

A precisa definição do dicionário para o sentido antropológico do termo vem em nosso socorro: “conjunto de padrões de comportamento, crenças, conhecimentos, costumes etc. que distinguem um grupo social”.⁷²

A partir dessa conceituação, o papel do Direito – particularmente do Direito Constitucional brasileiro – na promoção e proteção da cultura deve orientar-se pela natureza constitucional da cultura, por sua qualificação como direito e dever fundamental, por sua assunção como tarefa de Estado e pelo pluralismo do espaço democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁶⁹ *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 24: “se entiende por cultura o civilización un conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de una sociedad determinada”; “aquella esfera en la que el Estado como tal, por un lado, y el mundo del pensamiento, por otro, se hallan estrechamente relacionados de una forma un tanto especial e íntima a un triple nivel: el de la educación o formación, el de la ciencia y el de la creación artística”.

⁷⁰ *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, p. 26: “En este sistema basado en los tres aspectos orientativos aludidos de tradición, innovación y pluralismo –léase aperturismo– es donde debe encontrar el horizonte orientativo toda dogmática en torno al Derecho constitucional cultural, al igual que toda Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura”.

⁷¹ *Curso de direito constitucional*, p. 446.

⁷² Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (Rio de Janeiro: Objetiva, 2001).

- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-150.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Novos contornos da liberdade de expressão e do direito à honra – uma diversa abordagem da colisão no Direito brasileiro*. Curitiba, 2004. 375 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.
- BREGA Filho, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988. Conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ESTADO DE SÃO PAULO. *Secretaria de Estado da Cultura – Guia cultural do Estado de São Paulo – bens tombados*. Disponível em: <http://www.guiacultural.sp.gov.br/> Acesso em: 06 out. 2004.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Comissões parlamentares de inquérito. Poderes de investigação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- GONÇALVES, Odonel Urbano. *Manual de direito previdenciário. Acidentes do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL – IPHAN. *Arquivo Noronha Santos – Livros do tombo – Livro histórico*. Disponível em: <http://www.iphan.gov.br/ans/inicial> Acesso em: 06 out. 2004.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Madrid: Dykinson, 1997.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t. IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo. Parte introdutória. Parte geral. Parte especial*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PULIDO QUECEDO, Manuel. *La Constitución española. Con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Pamplona: Aranzadi, 1993.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A Constituição ecológica. *In Estudos em homenagem ao Professor Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros, 2004 (no prelo).

_____. Direitos fundamentais e suas características. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, p. 55-65, out./dez. 1999.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, José Luiz dos. *O que é cultura*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

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

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.