

## O DIREITO FUNDAMENTAL AO PATRIMÔNIO CULTURAL

### FUNDAMENTAL RIGHT TO CULTURAL HERITAGE

*David Barbosa de Oliveira*<sup>1</sup>

**Resumo:** Neste artigo, desenvolvemos uma pesquisa eminentemente bibliográfica, buscando apresentar alguns esforços investigativos que apontam para a possibilidade de percebermos a fundamentalidade jurídica do patrimônio cultural. Para tanto, intentamos antes traçar alguns contornos sobre o termo cultura, realçando seu caráter polissêmico e tentando nos ater a uma perspectiva hermenêutica que nos será útil em trabalhos posteriores. Em seguida, apontamos a profícua e necessária relação entre Cultura e Direito, expondo resultados dessa interação dentro da teoria do Direito. Por fim, estabelecidas todas essas premissas, apontamos o que é o patrimônio cultural e porque ele é um direito fundamental dentro do ordenamento jurídico.

**Palavras-Chave:** Patrimônio Cultural; Direito Fundamental; Cultura.

**Abstract:** In this article, we develop an eminently literature, seeking to present some investigative efforts related to the ability to realize the legal fundamentality of cultural heritage. To this end, before we try trace some contours of the term culture, highlighting its ambiguous character and trying to stick to a hermeneutic perspective that will be useful in our later works. Then we pointed out the fruitful and necessary relationship between culture and law, exposing results of this interaction within the law theory. Finally, set all these assumptions, we point out what is the cultural heritage and why it is a fundamental right within the legal framework.

**Key-words:** Cultural heritage; Fundamental right; Culture.

**Sumário:** Considerações Iniciais. 1 Cultura: um conceito problemático. 2 A Cultura e sua relação com o Direito. 3 Patrimônio cultural como direito cultural fundamental. Considerações Finais. Referências.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No Brasil, a discussão sobre o patrimônio cultural é bem anterior à constituinte de 1987, decorrendo do anteprojeto remetido por Mário de Andrade para a criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN). Essa discussão foi aprofundada, no final dos anos 70, por Aloísio Magalhães à frente do Centro Nacional de Referência Cultural (CNRC) e, com a Constituição de 1988, esse patrimônio adquiriu proteção estatal.

O patrimônio cultural é uma construção social que depende daquilo que determinado grupo humano no Poder, em uma determinada época, considera digno

---

<sup>1</sup> Doutro em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto da Faculdade de Economia, Administração, Atuárias e Contabilidade na Universidade Federal do Ceará.

de ser legado às gerações futuras. Deste modo, o conceito de Patrimônio Cultural que utilizaremos nesta pesquisa é que este é, segundo Dantas, “o conjunto de bens materiais e imateriais que exprimem as experiências simbólicas e ideológicas de determinada sociedade, fundantes de uma identidade cultural”. Por conseguinte, o artigo 216, Constituição Federal, será entendido sempre tendo por base essa pré-compreensão. O estudo dos direitos culturais encontra-se em processo de construção, começando a ganhar força junto à doutrina. Consequentemente, o mesmo pode ser dito sobre o patrimônio cultural, daí a importância desse trabalho.

Os direitos fundamentais representam conquistas civilizatórias, explicitando e transformando o modo de vida da sociedade, além de permitirem a proteção de grupos específicos mais vulneráveis. Mas pode ser o patrimônio cultural considerado uma forma nuclear de direito fundamental? Em caso afirmativo, o esvaziamento do conteúdo essencial ou as restrições não fundamentadas à memória coletiva, ao pluralismo cultural, à participação popular, à livre manifestação cultural e aos demais direitos fundamentais culturais podem agredir a esfera essencial da Cultura e minar o Estado Constitucional brasileiro, haja vista que, como sustenta Häberle, o Estado Constitucional aberto necessita de elementos culturais que lhe deem sentido e fundamento. A fim de refletir sobre essas e outras questões se presta esse artigo.

## 1 CULTURA: UM CONCEITO PROBLEMÁTICO

A construção do conceito doutrinário de patrimônio cultural depende precipuamente da análise do termo Cultura. Cultura é um termo polissêmico, podendo significar conjunto de conhecimentos de uma única pessoa; arte, artesanato; conjunto de crenças, ritos e mitologias; o desenvolvimento e o acesso às modernas tecnologias; conjuntos de saberes, modos e costumes de uma classe, categoria ou ciência; conjunto de signos e símbolos das relações sociais; e a produção material ou imaterial de uma coletividade específica, ou até mesmo de toda a humanidade, conforme explica Francisco Humberto Cunha Filho<sup>2</sup>.

Um conceito definitivo de Cultura é algo que provavelmente jamais acontecerá, “pois uma compreensão exata do conceito de cultura significa a compreensão da própria natureza humana, tema perene da incansável reflexão humana”<sup>3</sup>. A fim de fugir da polissemia, entretanto, optaremos por uma definição antropológica haja vista sua decisiva importância ante os bens culturais imateriais:

Acreditando com Max Weber que o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu, assumo a cultura como sendo essas teias e a sua análise; portanto, não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura do significado<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília jurídica, 2000, p. 22 e 23.

<sup>3</sup> LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 63.

<sup>4</sup> GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989, p. 4.

Esse conceito semiótico deixa claro que o homem é essencialmente um ser cultural, constituindo-se com suporte na bagagem de conhecimentos (interpretações) adquiridos de seus antepassados. Longe de uma adaptação genética e evolutiva da espécie, foi a Cultura que assegurou ao homem sua continuidade terrena. Em verdade, quando a pessoa humana substituiu os instintos pela Cultura, sua evolução genética praticamente estacionou, permitindo ao ser humano “não somente adaptar-se ao meio, mas também adaptar este meio ao próprio homem, a suas necessidades e seus projetos”<sup>5</sup>.

Regis de Moraes<sup>6</sup> asserta que todo ser humano, ao vir ao mundo, encontra-se no interior de uma complicada trama de formas costumes, sons de linguagem, sistemas relacionais e instituições. Essa herança social irá se somar e possibilitar respostas à nossa herança genética. A Cultura, destarte, não é apenas um ornamento, um detalhe da existência humana, mas uma condição essencial dessa existência<sup>7</sup>. Assim, há uma relação de dupla implicação entre a Cultura e o ser humano, não podendo existir um sem o outro, pois sem Cultura não há homem.

A Cultura é também um complexo mecanismo de controle para governar o comportamento humano, pois como afirma Clifford Geertz o “homem é precisamente o animal mais desesperadamente dependente de tais mecanismos de controle, extragenéticos, fora da pele”<sup>8</sup>. No âmbito dessas bordas culturais, o homem se elabora e cria os mais variados instrumentos culturais para disciplina do corpo<sup>9</sup> e do comportamento, como a Caligrafia, a Ortopedia, as Regras e, por fim, o Direito. No tópico seguinte, passaremos a expor a relação entre esse termo polissêmico e o Direito.

## 2 A CULTURA E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO

Entre Cultura e Direito, há, então, uma estreita relação “em que cada um dos pares 'completa' o outro, com vantagens e benefícios recíprocos, na medida em que 'a cultura obriga o direito a evoluir e o direito recompensa-a, tornando-a mais universal e democrática”<sup>10</sup>. Direito, seja como norma, ciência, ou, ainda, na qualidade de relação, é Cultura interpretando Cultura. É Cultura que impõe Cultura

---

<sup>5</sup>CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Bauru: EDUSC, 1999, p. 10.

<sup>6</sup>MORAIS, Regis de. **Estudo de filosofia da cultura**. São Paulo: Loyola, 1992, p. 19.

<sup>7</sup>Clifford Geertz afirma isso se apoiando nas descobertas da paleontologia, pois o *Australopithecineo* que antecedeu o *Homo sapiens* já desenvolvia formas elementares de atividade cultural, ou seja, essa bagagem protocultural foi o que moldou os “homens-macacos da África do Sul e Oriental – e culminou com a emergência do próprio *sapiens*”. GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989, p. 34.

<sup>8</sup>*Ibid.*, p. 33.

<sup>9</sup>A esse respeito, Michel Foucault acentua que “o momento histórico das disciplinas é o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente o aumento de suas habilidades, nem tampouco aprofundar a sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente. (...) Encontramo-los em funcionamento nos colégios, muito cedo; mais tarde nas escolas primárias; investiram lentamente o espaço hospitalar; e em algumas dezenas de anos reestruturaram a organização militar”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 119.

<sup>10</sup>SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 7.

e, por assim dizer, pressupõe “contracultura”<sup>11</sup>. Na perspectiva de Raimundo Bezerra Falcão,

A normatização destinada a tolher, limitar, essa aptidão para ser livre, ou essa capacidade de escolha, é, desenganadamente, algo que modifica a natureza – a natureza do homem. E, se modifica a natureza, por ação humana, dá-lhe um sentido novo. É cultura, portanto. [...] A norma jurídica é cultura formal. Isso acontece pela circunstância de que a norma jurídica é forma cultural de expressão. Exprime um conteúdo também cultural<sup>12</sup>.

Outro aporte teórico interessante é o de Eric Weil, que entende o Estado como a organização de uma comunidade histórica. Sua comunidade histórica dá preferência à moral viva que é encontrada em suas tradições e seus costumes. No pensamento de Weil, a oposição entre o natural e o histórico desaparece na medida em que se naturaliza o reconhecimento do homem como ser histórico. “O indivíduo, os grupos, os partidos, as instituições sofrem por não quererem aceitar que o homem é histórico, isto é, fruto de um tempo, de uma cultura, de uma sociedade e de uma religiosidade”<sup>13</sup>. O lícito e o ilícito dependem das convicções e dos costumes de uma comunidade historicamente situada ou, em outros termos, de uma comunidade culturalmente contextualizada. O direito positivo é feito pelos homens e condicionado pelo momento histórico. Todo sistema positivo é precário, insuficiente e injusto, precisamente por ser positivo, oxidado por um tempo. Se se almeja que o direito natural possua eficácia, esse deve ser situado no mundo histórico<sup>14</sup>. Weil torna claro que o Direito é uma construção cultural pautada nos costumes e nas tradições, evoluindo historicamente e atualizando o justo com o tempo. O direito posto é a ponte entre o passado e o futuro, sendo transitório como todo o resto dos objetos culturais, transmitindo um direito natural que é atualizado historicamente.

O Direito através dos juristas é um instrumento de armazenamento e de transmissão de memória e de cultura. O Poder, assim como o Direito, não se expressa “exclusivamente sobre um modo de mudança, que se imagina ser auto-instituente, e que tenta definir sua identidade no processo ininterrupto de sua invenção quotidiana”<sup>15</sup>. O Direito é dependente dos processos culturais de troca, de inovação e de tradição. Nenhuma teoria é totalmente nova, nenhum princípio é absolutamente novo. O Direito se reproduz, adaptando-se às novas demandas sociais. Não se consegue separar totalmente o novo do velho, assim como não se limita totalmente o presente do passado. Peter Häberle, na perspectiva de perceber o Direito como uma ciência cultural, afirma que

---

<sup>11</sup>Para Denys Cuche, “os fenômenos chamados de ‘contracultura’ nas sociedades modernas (...) são apenas uma forma de manipulação da cultura global de referência a qual eles pretendem se opor”. CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Bauru: EDUSC, 1999, p. 101.

<sup>12</sup>FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 17.

<sup>13</sup>SOARES, Marly Carvalho. **O filósofo e o político segundo Eric Weil**. Roma: Pontificia Universitas Gregoriana, 1993, p. 222.

<sup>14</sup>Marly Carvalho Soares explica que para Eric Weil “a historicidade do direito natural não só consiste na sua forma de ser escrito ou codificado, mas também, na sua evolução; uma vez evoluindo, força o direito escrito a evoluir”. *Ibid.*, p. 222.

<sup>15</sup>OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005, p. 50.

Valori, sistema di valori, obiettivi, valori di orientamento rinviano a contesti e a stratificazioni, indicano una realtà e più possibilità che solo in parte sono afferibili con il cosiddetto “metodo giuridico”. Soprattutto perché dal punto di vista dell’antropologia anche il diritto è soltanto una parte della cultura della comunità<sup>16</sup>.

Por conseguinte, o Direito não possui auto-suficiência em si, pois sua base de argumentação sempre advirá da Cultura a que pertence a sociedade, tanto que, para Häberle, essa sociedade é que atualizará as interpretações da lei pela sociedade aberta de intérpretes. Mais especificamente quanto ao direito constitucional, Peter Häberle realça a ideia da estreita relação entre direito e Cultura afirmando que “*la retta delle istituzioni giuridiche dello Stato costituzionale è soltanto un segmento della retta di una ‘costituzione vivente’ la cui estensione e densità si misurano in termini culturali*”<sup>17</sup>.

Para Peter Häberle “*la cultura costituzionale è più ampia e include tutte le basi culturali di una comunità costituita che sono rilevanti per la sua costituzione, anche in quelle parti che non si riferiscono ai meccanismi di investitura, esercizio e controllo del potere político*”<sup>18</sup>. O Direito, ao reverso do que alguns teóricos nos levam a pensar<sup>19</sup>, não é um ato de decisão pura, criando a norma do nada; ao contrário, ele é sempre limitado pelas possibilidades culturais de construção do direito específico. É nesse mesmo sentido que Fabiana Santos Dantas assera ao propor que “a Constituição é um produto da Cultura porque os significados e categorias das suas normas só podem ser interpretados em consonância à realidade social, que é cultural, além do que os valores constitucionais têm origem sócio cultural”<sup>20</sup>. A norma constitucional, ou melhor, o Direito é o ponto central para onde confluem todas as correntes ideológicas da sociedade, visto que é nele que se resume o pensamento da difusa força social, sendo, a um só tempo, criação e criatura da cultura que caminha livre na sociedade.

Häberle conclui sua ideia, assegurando que os direitos em uma democracia apoiada no pluralismo “*es una conquista cultural de la civilización occidental. Es resultado y aportación de procesos culturales, del mismo modo como transmite y es apropiado renovadamente el ‘patrimonio cultural’ de los textos clásicos*”<sup>21</sup>. Assim, os direitos constitucionais são a resultante da lenta decantação cultural do pensamento ocidental. O Direito, assim, constitui-se através de sedimentações sucessivas de soluções, e as próprias novidades que ele produz derivam de maneira genealógica de argumentos e de razões autorizadas em um momento ou outro do passado. A tradição e o direito implicam continuidade e conformação. François Ost<sup>22</sup> afirma que culturalmente só se institui o novo com

<sup>16</sup> HÄBERLE, Peter. **Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura**. Roma: Carocci, 2001, p. 77.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>19</sup> O Direito não é apartado da realidade que lhe é circundante, sendo limitado pela cultura contemporânea de seu entorno. Nesse sentido, Peter Häberle afirma que “il potere costituente non è un potere ‘in-contituito’ que decide le norme dal nulla come vuol farci credere il positivismo sociológico di um Carl Schmitt”. *Ibid.*, p. 39.

<sup>20</sup> DANTAS, Fabiana Santos. **Direito Fundamental à memória**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 46.

<sup>21</sup> HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 2.

<sup>22</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005, p. 50.

base no instituído, restando sempre uma base da tradição, pois nenhuma instituição é absolutamente nova, nenhuma teoria é totalmente nova, nenhum princípio é absolutamente novo.

Essa estreita relação entre o Direito e a Cultura, atualmente, facilitou com que o Direito passasse a ser estudado pela óptica de outras exteriorizações da cultura humana, como a Literatura, a Música, a Arte Dramática etc.<sup>23</sup>. A relação entre Direito e Arte, *prima facie*, é antitética, já que a “Arte permite, incentiva a transgressão, como elemento salutar; por vezes propicia mesmo a violação de valores juridicamente protegidos”<sup>24</sup>. Entretanto, encerra-se o contrassenso quando percebemos que o binômio regulação – transgressão permeia todos os objetos culturais, inclusive o Direito – diga-o a Teoria Ecológica, de Carlos Cossio<sup>25</sup>. Em decorrência dessa realidade, não é esdrúxula a existência de correntes jusfilosóficas modernas (*critical legal studies, postmodern jurisprudence*)<sup>26</sup> procurando compreender o Direito mediado por

[...] uma analogia determinante com os processos de criação, interpretação e comunicação-uso abertos pelos discursos literários [mas vale também para outras manifestações artísticas, como a música, o teatro, a ópera, o cinema] e pelos exercícios de retextualização que eles determinam<sup>27</sup>.

Os novos estudos a que vem sendo submetido o Direito são a resultante da natural relação entre Direito e Cultura. Sendo aquele uma parte desta, nada mais normal que sua relação seja a mais profícua. A Cultura gera o Direito na mesma medida em que o Direito gera uma cultura específica: a jurídica. A cultura jurídica permeia as mais variadas formas de manifestação da cultura, haja vista que surge sempre que a sociedade se organiza e estipula regras de convivência. O Direito, guardião da memória, é também um instrumento criador de cultura e assegurado das demais formas de expressão cultural.

### 3 PATRIMÔNIO CULTURAL COMO DIREITO CULTURAL FUNDAMENTAL

<sup>23</sup>Paulo Antônio de Menezes afirma que “assim como o Direito, a Arte dispõe de um código normativo em torno do qual reflete acerca da validade de seus enunciados técnicos e teóricos”. ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. O jogo de espelhos: relações sociais no Direito e N'arte. CUNHA FILHO, Francisco Humberto, TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio, COSTA, Rodrigo Vieira. **Direito, Arte e Cultura**. Fortaleza: Sebrae, 2008, p. 105.

<sup>24</sup>FIRMEZA, Yuri. Arte e Direito: relações possíveis. *Ibid.*, p. 117.

<sup>25</sup>Para Arnaldo Vasconcelos, “a teoria cossiana recoloca em seus devidos termos a representação da experiência jurídica, invertida prejudicialmente por Kelsen. (...) 'a formula disjuntiva de Cossio... logra incorporar o ilícito sem expulsar o lícito ou facultade, desse modo representando conceitualmente os dois modos de ser da conduta em face da norma”. VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Geral do Direito**. Teoria da Norma Jurídica. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 87.

<sup>26</sup>O determinante, nestas teorias, é a percepção da diferença entre o momento da criação do objeto cultural e o instante de sua execução. Um bom exemplo para compreendermos essa tentativa de explicação do Direito conjugado a outra manifestação cultural está nos estudos envolvendo a relação entre Direito e Música. A comparação entre os fenômenos jurídicos e a música (*Law as Music*) permite realçar o papel criador do intérprete – seja ele musical ou jurídico –, assim como introduz a lógica do público, situando “o estudo do direito como arte do 'espetáculo””. SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 17.

<sup>27</sup>SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 15.

O termo cultura pode ser dividido através de um prisma jurídico conforme a mais abalizada doutrina espanhola, à qual nos filiamos, em cultura geral e étnica. Nomeia-se cultura geral

[...] el conjunto acumulativo de bienes y de valores del espíritu creados por el hombre a través de su genuína facultad de simbolización. Por otra parte, sus concretas manifestaciones sócio-históricas, la cultura étnica, que expresa un modo de ser determinado de una comunidad, de un pueblo o de una nación, portadoras de un sistema cohesionado de contenidos e valores culturales<sup>28</sup>.

Jesus Prieto de Pedro, ainda do ponto de vista jurídico, entende que a noção geral de cultura possui um núcleo básico compreendendo “*los conceptos de arte. Literatura, ciencia e técnica; (...) um círculo de enquadramento institucional; y (...) um círculo de proyección o extensión de la cultura*”<sup>29</sup>. O círculo de enquadramento institucional abrange a educação, os meios de comunicação social, os museus, as bibliotecas e conservatórios de música e a investigação. Já o círculo de projeção da cultura alcança o meio ambiente, o ócio e o turismo, ainda segundo Prieto de Pedro<sup>30</sup>. Assim, o conceito jurídico de cultura aporta as mais variadas formas de expressão da Cultura.

Entretanto, a fim de evitar qualquer espécie de confusão, é válido diferenciar direito cultural de direito à cultura. Direito à cultura é um dos direitos culturais, mas não o único. Como salienta Beatriz Gonzáles Moreno<sup>31</sup>, os direitos culturais são o gênero que contém como uma espécie o direito à cultura. O direito à cultura é o direito aos meios que facilitam o acesso à cultura, sendo uma ponte ao conhecimento cultural. O direito à cultura se aproxima bastante da ideia inicial de Estado de Cultura de Fitch<sup>32</sup>, pois esse “*se subrogaría a la Iglesia como educador del pueblo y defensor de la moralidad*”<sup>33</sup>. Assim, o Estado seria o provedor do direito à cultura.

Feita essa aproximação, os Direitos culturais, como adiantado acima, são mais gerais e englobam, dentre outros direitos, o direito à cultura. Segundo Francisco Humberto Cunha Filho<sup>34</sup>, os direitos culturais são os atinentes às artes, à memória coletiva e à transmissão de conhecimentos, daí o autor propor o seguinte conceito que, nesse trabalho, seguimos:

---

<sup>28</sup> MORENO, Beatriz Gonzáles. **Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa**. Madrid: Civitas, 2003, p. 90.

<sup>29</sup> PEDRO, Jesus Prieto de. **Cultura, culturas y constitución**. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2006, p. 206, 207 e 209.

<sup>30</sup> PEDRO, Jesus Prieto de. **Cultura, culturas y constitución**. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2006, p. 207 e 208, 209 e 210.

<sup>31</sup> MORENO, Beatriz Gonzáles. **Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa**. Madrid: Civitas, 2003, p. 88.

<sup>32</sup> Jesus Prieto de Pedro aponta que “*el origen de la expresión ‘Estado de Cultura’ se situa en comienzos del siglo XIX en la obra de Fitch*”. (...) “*La función de la cultura es la de ir substituyendo com el progreso de los tiempos a la religión*”. PEDRO, Jesus Prieto de. *Op. cit.*, p. 213 e 215.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 215.

<sup>34</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília jurídica, 2000, p. 33.

Direitos culturais são aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao repassa de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e o 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<sup>35</sup>.

O objetivo desse conjunto específico de direitos é a busca, dentre outros pontos marginais, da própria identidade pessoal e coletiva que situe a pessoa em seu meio simbólico e existencial. Esse processo identitário se efetiva quanto ao seu passado pela tradição e conservação de seu patrimônio histórico e artístico; ao seu presente pela admiração, criação e comunicação cultural; e quanto ao seu futuro pela educação, investigação científica e técnica e proteção e restauração do meio ambiente, como assegura Beatriz Gonzáles Moreno<sup>36</sup>.

Inseridos nos mais diversos ordenamentos constitucionais, os direitos culturais são elencados no seletor dos direitos fundamentais. Para Peter Häberle, os direitos fundamentais “*expresan una cultura que ha concluído el proceso de su devenir, que se ha cristalizado en ellos, y constituyen el punto de partida de nuevos procesos culturales en el presente y en el futuro*”<sup>37</sup>. Do ponto de vista doutrinário, podemos falar sobre os direitos fundamentais sob duas ópticas igualmente importantes e que percorreram juntas o longo caminho científico a que se pretende o Direito: o jusnaturalismo e juspositivismo. Em ambas as vertentes, os direitos fundamentais são sedimentações do processo cultural, um processo lento de retenção das experiências humanas. Os direitos fundamentais “representam conquistas civilizatórias, explicitando e transformando o modo de vida da sociedade, além de permitirem a proteção de grupos específicos, mais vulneráveis”<sup>38</sup>.

A cultura pode ser associada aos direitos fundamentais sob dois aspectos: sob um ponto mais específico, sobre o referido aos chamados direitos culturais fundamentais e, mais genericamente, sobre o plano dos direitos fundamentais em sua integridade<sup>39</sup>. Entretanto, para serem direitos fundamentais, os direitos culturais necessitam possuir fundamentalidade formal e substancial, ou seja: situarem-se no ápice do ordenamento jurídico, vinculando os poderes constituídos procedimentalmente e materialmente; e estarem vinculados às decisões básicas do Estado e da sociedade. Os direitos fundamentais culturais alcançam não apenas os direitos de liberdade ou de defesa, mas também os direitos “*en la forma institucional de derecho objetivo, hasta el derecho de participación y el derecho a la tutela cultural*”<sup>40</sup>.

Desta forma, os direitos culturais inseridos na Constituição Federal de 1988 encontram-se no art. 5º, mas não só nele: em verdade os direitos culturais esteiram suas raízes por todo o texto magno, passando pela educação; pela

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>36</sup> MORENO, Beatriz Gonzáles. *Op. cit.*, p. 97.

<sup>37</sup> HÄBERLE, Peter. **La libertad fundamental en el estado constitucional**. Peru: Fondo Editorial, 1997, p. 301.

<sup>38</sup> DANTAS, Fabiana Santos. **Direito Fundamental à memória**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 43.

<sup>39</sup> No original, “*más específicamente, sobre el referido a los así llamados ‘derechos culturales fundamentales’; más genéricamente, sobre el plano de los derechos fundamentales en su intergridad*”. HÄBERLE, Peter. **La libertad fundamental en el estado constitucional**. Peru: Fondo Editorial, 1997, p. 302.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 308.

priorização da integração da América Latina, no art. 4º; pela “proteção a continuidade histórico-cultural na fusão, criação ou desmembramento de Município”<sup>41</sup> (art. 18, § 4, CF); pela cultura propriamente dita no capítulo 3, da segunda seção da ordem social etc. Espalhados por todo o texto constitucional, os direitos culturais avançam para muito além do art. 5º e suas liberdades fundamentais e é em função de seu conteúdo, e não só da formalidade de se encontrarem no título II da Constituição Federal, que esses direitos afirmam seu caráter de fundamental. Deste modo

[...] nenhum intérprete, com o mínimo de sensibilidade, pode negar-lhes o *status* de fundamental. Isto porque referem-se a aspectos subjetivos de importância capital, por vezes de individualidades, por vezes de grupo e também de toda a Nação, no que concerne à questão da chamada identidade cultural<sup>42</sup>.

O somatório dessas duas fundamentalidades desempenha um papel essencial no ordenamento jurídico, pois determina quanto de discricionariedade possuirá o legislador infra-constitucional na restrição aos direitos fundamentais. Mas, além desses direitos fundamentais, há ainda garantias institucionais que também asseguram os interesses fundamentais garantidos pelo ordenamento. A garantia institucional é “a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que o caracteriza<sup>43</sup>”. As garantias constitucionais englobam a disciplina e a tutela do exercício dos direitos fundamentais e o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado. Sobre esse aspecto, Paulo Bonavides propõe que

[...] a garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontece, implicaria já o perecimento do ente protegido<sup>44</sup>.

Nesse diapasão, para se ter protegido o mínimo essencial das garantias constitucionais (direitos fundamentais e as instituições garantidoras) deve se assegurar o significado desse direito para a vida social como um todo, o que “implica proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles”<sup>45</sup>. Virgílio Afonso de Silva corrobora com o pensamento de Paulo Bonavides afirmando que só “a partir de um modelo relativo de conteúdo essencial, é possível sustentar que, embora em alguns

---

<sup>41</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília jurídica, 2000, p. 43.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>43</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 537.

<sup>44</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 542.

<sup>45</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 185.

casos nada reste de um direito fundamental (...) mesmo assim permanece o dever de proteger tal conteúdo a partir de uma perspectiva subjetiva e individual”<sup>46</sup>.

Desta forma, o conteúdo essencial variará a cada caso, dependendo sempre dos direitos envolvidos e da colisão entre eles. Assim, a norma de direito fundamental possui validade na medida em que garanta que não seja contraposto a um direito submetido um interesse social de maior valor. Por isso, a garantia institucional é “maior ou menor nas constituições de cada país consoante o valor atribuído ou concedido pelo Estado a uma determinada instituição, podendo variar no tempo o grau, a extensão e a profundidade da segurança proporcionada”<sup>47</sup>.

Voltando-nos para os direitos culturais, existem direitos fundamentais culturais que são garantias constitucionais. Assim, realça Francisco Humberto Cunha Filho que “podem ser vislumbradas como grandes instituições culturais, em nossa Constituição Federal: ‘a memória coletiva’, ‘o pluralismo cultural’, ‘a participação popular’ e ‘a livre manifestação cultural’”<sup>48</sup>. Todas essas garantias fundamentais aos direitos culturais estão indissociavelmente correlacionadas entre si e diretamente vinculadas aos princípios e objetivos da República brasileira.

Ora, se, como afirmado acima, entendermos os Direitos culturais como sendo os direitos afetos às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes que asseguram a seus titulares o conhecimento e o uso do passado, interferência ativa no presente e a possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana, o patrimônio cultural é uma forma nuclear de direito cultural que se utiliza, a um só tempo, de várias garantias institucionais, como, por exemplo, a memória coletiva<sup>49</sup>.

Assim, já que agrega e protege as mais variadas expressões da memória, o patrimônio (cultural, material ou imaterial) viabiliza o repasse de saberes culturais e das lembranças, protegendo as memórias selecionadas. A responsabilidade constitucional dos entes públicos para com os bens representativos da memória coletiva é acentuada e consiste “em propiciar o acesso a quem queira ou necessite, bem como os proteger, principalmente contra a evasão, a destruição e a descaracterização podendo, para tanto, até mesmo punir quem pratique estas atitudes”<sup>50</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aproximando-nos do fim, podemos afirmar que o patrimônio cultural efetiva o pluralismo cultural, posto que com a abertura democrática de 1988, não só o acesso ao poder foi democratizado, mas todos os bens culturais também o

---

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>47</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 541.

<sup>48</sup> CUNHA FILHO. Francisco Humberto. **Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília jurídica, 2000, p. 54.

<sup>49</sup> Por memória coletiva entende-se “[...] o acervo propiciador de lembranças que portam interesse para as coletividades. Por saberes, fazeres e viveres são entendidas as práticas culturais antropológicas existentes no seio social, diferentes daquelas cuja transmissão se dá segundo uma disciplina estabelecida ou diretamente influenciada pelo Estado”. CUNHA FILHO. Francisco Humberto. **Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília jurídica, 2000, p. 93.

<sup>50</sup> *Idid.*, p. 93.

foram. Ante isso, o pluralismo cultural implica necessariamente que todos os patrimônios culturais sejam respeitados, daí a proteção dos modos de fazer inerentes aos bens culturais imateriais<sup>51</sup>.

A garantia institucional da participação popular em matéria de proteção patrimonial é também observada não só quanto ao acesso aos bens culturais e à liberdade de criação e de expressão dos bens imateriais, mas também quanto à iniciativa da proteção destes bens, haja vista que a proteção é de iniciativa de qualquer do povo ou das associações civis. Além disso, o referencial de registro federal ou estadual pode ser revisto depois de dez anos e, se o bem cultural imaterial não mais representar o grupo ensejador da proteção, ele pode ser retirado do livro de registro<sup>52</sup>. Por fim, a livre manifestação cultural incita as manifestações culturais identificadas como patrimônio cultural imaterial e se acerca de outras liberdades, como a liberdade de manifestação, de reunião etc.

Segundo, Inês Virgínia Prado Soares<sup>53</sup>, o reconhecimento do direito ao patrimônio cultural como direito fundamental ocorre somente na Constituição de 1988, com o estabelecimento de uma organização jurídico-política do Estado brasileiro garantindo a liberdade e a igualdade no exercício dos direitos culturais e também a tutela dos bens culturais como bens da vida, numa perspectiva da interação entre Estado e sociedade.

Destarte, por todos esses motivos, o patrimônio cultural, material ou imaterial, é direito cultural e, além disso, é direito cultural fundamental inscrito na Constituição Federal, sendo elemento fundamental não só para a identidade dos grupos formadores da plural sociedade brasileira, mas também do próprio Estado Constitucional inaugurado com promulgação da Carta de 1988. O esvaziamento do conteúdo essencial ou as restrições não fundamentadas à memória coletiva, ao pluralismo cultural, à participação popular e à livre manifestação cultural e aos demais direitos fundamentais culturais podem agredir a esfera essencial da cultura e minar o Estado Constitucional brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. O jogo de espelhos: relações sociais no Direito e N'arte. CUNHA FILHO, Francisco Humberto, TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio, COSTA, Rodrigo Vieira. **Direito, Arte e Cultura**. Fortaleza: Sebrae, 2008.

---

<sup>51</sup> A relação entre o pluralismo e a democracia, assim como o pluralismo cultural será melhor abordada no capítulo seguinte, intitulado “Patrimônio Cultural Imaterial”.

<sup>52</sup> Há a possibilidade de o bem cultural imaterial registrado deixar de ser considerado “Tesouros Vivos da Cultura” do Ceará em função do artigo 10 da Lei 13.842/06 que dispõe que a Secretaria da Cultura do Estado fará a reavaliação dos bens culturais registrados, pelo menos a cada dez anos, e a encaminhará ao Conselho Estadual de Preservação do Patrimônio Cultural, que decidirá sobre a revalidação do título de “Patrimônio Cultural do Ceará”, tendo em vista, sempre, o registro como referência histórica do bem, sua relevância para a memória local e regional, assim como a identidade e a formação cultural das comunidades cearenses. Os “Tesouros Vivos da Cultura” se inserem dentre os demais registros dos bens culturais imateriais estaduais, daí a possibilidade de, seguindo o desenho da legislação federal, reavaliar se o bem ainda é relevante para o grupo que o legitima como bem cultural imaterial.

<sup>53</sup> SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 109 e 110.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Bauru: EDUSC, 1999.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília jurídica, 2000.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FIRMEZA, Yuri. **Arte e Direito: relações possíveis**. CUNHA FILHO, Francisco Humberto, TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio, COSTA, Rodrigo Vieira. **Direito, Arte e Cultura**. Fortaleza: Sebrae, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2006.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HÄBERLE, Peter. **La libertad fundamental en el estado constitucional**. Peru: Fondo Editorial, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura**. Roma: Carocci, 2001.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

MORAIS, Regis de. **Estudo de filosofia da cultura**. São Paulo: Loyola, 1992.

MORENO, Beatriz Gonzáles. **Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa**. Madrid: Civitas, 2003.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005.

PEDRO, Jesus Prieto de. **Cultura, culturas y constitución**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOARES, Marly Carvalho. **O filósofo e o político segundo Eric Weil.** Roma: Pontificia Universitas Gregoriana, 1993.

VASCONCELOS. Arnaldo. **Teoria Geral do Direito.** Teoria da Norma Jurídica. São Paulo: Malheiros, 1996.

### **Autor Convidado**



