

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

HISTÓRIA DO DIREITO

ÁLVARO GONÇALVES ANTUNES ANDREUCCI

JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES

RICARDO MARCELO FONSECA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

H673

História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci, Juliana Neuenschwander Magalhães, Ricardo Marcelo Fonseca – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-193-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. História do Direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

A história do direito é uma área jovem no campo acadêmico brasileiro. Como qualquer disciplina em consolidação, apresenta fortes desafios, que oscilam entre a profissionalização e o rigor acadêmico (indubitavelmente presentes na área no Brasil) e um certo diletantismo. Assim como o grande historiador francês do século XX, Phillippe Ariès, dizia-se (no caso dele, pela mais legítima modéstia) um mero “historiador domingueiro”, no Brasil temos ainda muitos acadêmicos provenientes de outras áreas alheias à história do direito que se aventuram nas plagas da “história do direito”. Os resultados desse fenômeno são heterogêneos: de um lado, vemos como altamente positivo que haja um interesse crescente pelo passado jurídico e pelo esforço de compreensão da esfera jurídica pelas lentes históricas; de outro lado, porém, vemos algumas aproximações à disciplina sem a devida mediação metodológica, sem a devida compreensão de que “atingir” o passado não é tarefa simples, mas que exige ferramentas e adestramento, sob pena de se cometer uma série de “pecados” teóricos – sendo que o maior deles para o historiador, segundo o célebre Lucien Febvre, era o pecado do anacronismo.

Os resultados compilados nessa nova coletânea do CONPEDI revela, a um só tempo, o robustecimento do GT de História do Direito, já que muito nos impressiona pela quantidade de trabalhos enviados (sendo alguns de excelente qualidade), e a heterogeneidade da produção acadêmica da área de história do direito no nosso país.

Como coordenadores do GT, nossa tarefa é sobretudo aquela de, durante o desenvolvimentos dos trabalhos no encontro do CONPEDI, encaminhar as discussões de modo a pontuar as especificidades teóricas e metodológicas do campo da História do Direito, refletindo sobre os limites de um campo do saber ainda em consolidação no Brasil.

Enquanto organizadores dos anais do GT, incumbe-nos organizar as contribuições dos participantes, ordenando-os tematicamente, em consonância com a temática geral do XXV Encontro Nacional do CONPEDI e de forma a tornar minimamente coerente a organização da diversidade temática e metodológica presente no corpo de textos apresentados. Assim, tendo em vista o arco temático “Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo”, organizamos da seguinte forma os trabalhos apresentados no GT História do Direito do XXV CONPEDI:

- 1) História do Direito e do Pensamento Jurídico
- 2) História do Direito na Europa
- 3) História do Direito e construção do Estado brasileiro
- 4) História Constitucional brasileira

No primeiro bloco, História do Direito e do Pensamento Jurídico, inauguramos o volume, em homenagem à temática geral do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, com uma reflexão de caráter metodológico sobre a Nova História, a partir do estudo da obra *Las mujeres ante la ley en la Cataluña moderna*, de Isabel Pérez Molina, que aborda a condição das mulheres na Idade Moderna. No texto intitulado *Melheres perante a lei na Catalunha moderna*, Maria ereza Fonseca Dias pretende contribuir para a compreensão dos fenômenos sociojurídicos do passado relacionados à temática de gênero.

Em seguida apresentamos textos que abordam aspectos de uma historiografia dos conceitos, o primeiro intitulado *O conceito de Justiça na História*, escrito por Ana Carolina Nunes Furtado e o segundo *O conceito de soberania entre a formação das cidades medievais e a sociedade internacional clássica*, escrito por Marcelo Markus Teixeira e Idir Canzi. Nesse último, a pesquisa histórica sobre o conceito de soberania leva a uma problematização da noção de soberania na Idade Média, abrindo espaço para se discutir a modernidade desse conceito em face do surgimento de uma sociedade de Estados, assim como do Direito Internacional.

O segundo bloco é composto por artigos que abordam temas variados da história do direito na Europa. Dada a proximidade temática com o último texto do bloco precedente, inauguramos esse grupo de textos com o ensaio *Estado, Direito e religião na ordem jurídica medieval*, em que Viviane Lemos da Rosa e William Soares Pugliese desenvolvem diferentes aspectos da ordem jurídica medieval, com enfoque nos temas do pluralismo jurídico, da ausência de unidade política e da importância que a religião adquiriu na formação de uma cosmovisão medieval. Os dois últimos textos desse bloco recuperam expressões do Direito Romano, com enfoque sobre a visão romanista da estrutura familiar. No texto *A família romana: contributo histórico-jurídico*, no qual Maisa de Souza Lopes e Vivian Gerstler Zalcman, no qual se pretende recuperar a contribuição daquela visão para o contexto atual e no estudo. Já Ricardo Alejandro Lopez Tello e Adriana Silva Maillart, no ensaio *Tribuno da Plebe: contextualização histórica do acesso à justiça por métodos extrajudiciais de resolução de conflitos*, têm por objetivo analisar a luta e o resultado das reivindicações da plebe,

enquanto excluídos na sociedade, sobretudo no que diz respeito às suas chances concretas de “acesso à justiça”, pela via do “Tribuno da Plebe”.

O terceiro bloco de artigos, reunidos sob a temática História do Direito e construção do Estado brasileiro tratam de aspectos variados da formação do direito e das instituições jurídico-políticas brasileiras, da época colonial à República. O bloco é integrado por textos sobre o direito penal colonial, de autoria de Karina Nogueira Vasconcelos e Rodrigo Teles de Oliveira e intitulado Penalidade e Colônia: da liberdade punitiva às Ordenações Filipinas numa análise da punibilidade dos homens livres na capitania de Pernambuco; sobre as origens do contrato de arrendamento rural no Brasil, no estudo apresentado por Luís Felipe Perdigão de Castro no texto Os contratos de arrendamento rural no Brasil: origens históricas; assim como sobre a História do Federalismo Fiscal no Brasil Império, Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo e Maria Lírida Calou De Araújo e Mendonça, em que se aborda a influência do modelo federalista norte-americano no movimento descentralizador no Brasil da década de 1830, a partir da pesquisa historiográfica e da análise de estudos financeiros e de documentos político-legislativos do Império. Outro interessante estudo é Uma análise da elaboração do Código Comercial brasileiro à luz da doutrina e debates legislativos históricos, em que Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Raphael Vieira da Fonseca Rocha discorrem acerca dos debates na Câmara dos Deputados nos anos que precederam a promulgação do Código Comercial Brasileiro em 1850, dando relevo à votação do projeto em bloco. Nesse segmento, destaca-se ainda, como particularmente afinada com o campo temático do XXV CONPEDI, a pesquisa de Jahyra Helena Pequeno dos Santos e Ivanna Pequeno dos Santos sobre a demanda pelo voto feminino no Brasil e sua abordagem histórica.

O quarto e último segmento, sobre História Constitucional Brasileira inicia-se com uma interessante reflexão sobre as expressões da temporalidade na história constitucional brasileira, elaborada por Luiz Fernando de Oliveira no artigo Tempo que passa, tempo que fica: o prescritível e o imprescritível como expressões de temporalidades na história constitucional brasileira. Em seguida apresentam-se pesquisas diversas sobre as transformações históricas em diferentes aspectos do constitucionalismo brasileiro, como ocorre nos textos A evolução do modelo burocrático de gestão brasileiro na República, de autoria de Daniela Almeida Bittencourt e Fabrizia Angelica Bonatto Lonchiati; A tutela constitucional da cultura no Brasil, de Letícia Menegassi Borges e Análise da gestão privada de recursos públicos a partir da contextualização histórica das políticas públicas de saúde no Brasil, escrito por Elda Coelho De Azevedo Bussinguer e Shayene Machado Salles. Ainda nesse bloco, uma reflexão sobre a evolução do constitucionalismo brasileiro à luz da nova

perspectiva do constitucionalismo latino-americano, no trabalho *Texto e contexto do constitucionalismo brasileiro: releituras a partir do constitucionalismo latino americano do século XXI*, que tem por autor Pedro Henrique Nascimento Zanon.

Dois textos abordam a temática da história das transições políticas no Brasil. De forma mais direta, o texto *Poder Judiciário, Regime Autoritário e Memória: a narrativa institucional sobre o regime autoritário*, de Vanessa Dorneles Schinke, descreve a narrativa oficial sobre a atuação do poder judiciário durante o regime autoritário de 1964-1985 que foi apresentada nos espaços de memória da justiça comum brasileira. Já o texto *De Médici a Marighella: uma história “certa” escrita por linhas tortas, ou uma história “torta” escrita por linhas certas*, escrito por Filipe Segall Tavares, José Maria Barreto Siqueira Parrilha Terra, parte de relato de um caso relacionado com a temática dos “lugares da memória” para empreender um debate, a partir de Michel Foucault, sobre aspectos epistemológicos da história do direito.

Veja-se, pois, uma amostragem da produção científica no campo da História do Direito no Brasil, que convidamos nosso leitor a visitar.

Prof. Dr. Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci (UNINOVE)

Profa. Dra. Juliana Neuenschwander Magalhães (UFRJ)

Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca (UFPR)

A TUTELA CONSTITUCIONAL DA CULTURA NO BRASIL

CONSTITUTIONAL PROTECTION OF CULTURE IN BRAZIL

Letícia Menegassi Borges ¹

Resumo

O estudo das constituições brasileiras mostra que a cultura foi superficialmente tutelada no altiplano constitucional, primeiramente por meio da liberdade de expressão, na qual o Estado tinha apenas o papel de não a cercear. Aos poucos o Estado brasileiro passou a protagonizar a promoção do acesso à cultura, deixando de aparecer como “amparador”, “animador”, ou apenas como “protetor”. Na Constituição de 1988, vê-se substancial ampliação do papel do Estado para o desenvolvimento de políticas públicas para a valorização, o acesso, a proteção, o incentivo à cultura, papel este que sofreu um considerável adensamento pelas emendas constitucionais que se seguiram.

Palavras-chave: Estado, Cultura, Constituição

Abstract/Resumen/Résumé

The study of Brazilian constitutions shows that culture was superficially treated in its constitutional approach, at first through freedom of speech, in which the state shouldn't scrimp. Gradually the Brazilian state began to feature in the promotion of access to culture, stopping to appear simply as a "helper", "animator", or just as "protector". In the 1988 Constitution, it is seen substantial expansion of the state's role in the development of public policies for recovery, access, protection, encouragement of culture, a role that has suffered considerable consolidation due to the following constitutional amendments.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State, Culture, Constitution

¹ Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Bacharela em Direito pela mesma instituição. Advogada em São Paulo.

1 INTRODUÇÃO

A cultura é objeto do direito na medida em que é um direito fundamental da pessoa, isto é, basicamente, um direito que foi garantido pela Constituição Federal, como texto que dá os fundamentos sociais e políticos do Brasil, sobretudo a partir de 1988 (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 40).

Na Constituição Federal de 1988, a cultura passa a ser objeto do direito positivado e um direito de todos. A proteção da cultura, a sua valorização, bem como o acesso à cultura, então, revela-se como um dos elementos da dignidade da pessoa humana, inclusive porque também se relaciona com o desenvolvimento econômico do País.

É justamente nesse sentido de direito social e econômico que entendemos a cultura. Todavia, até o seu amplo reconhecimento na Carta Cidadã, houve uma longa trajetória, marcada por avanços e vicissitudes.

Destarte, é partir de tais premissas que o presente artigo passa a analisar, em cada um dos marcos constitucionais brasileiros, como o Estado brasileiro se posicionou política e estruturalmente diante do desafio de tutelar juridicamente a cultura nacional.

2 O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE CULTURA

O conceito de cultura tem sido objeto de infindáveis pesquisas nas diversas áreas do conhecimento, tais como a filosofia, a antropologia e até mesmo o direito, o que permite vislumbrar, de plano, que não se trata de um conceito unívoco, pelo contrário: a cultura abriga diversas concepções que dificultam sua conceituação. É justamente por isso que se faz necessário declarar que, para os fins do presente artigo, não se pretende nem se poderia esgotar qualquer discussão quanto ao conceito de cultura, uma vez que tal tarefa exigiria um projeto de pesquisa próprio.

Não obstante, inicia-se o presente artigo com a fixação de um conceito amplo de cultura extraído da Constituição Federal de 1988.

Ao se debruçar sobre a ordenação constitucional da cultura, José Afonso da Silva (2001, p. 26) refuta a concepção dualista de Kant entre o ser (realidade) e o dever-ser (valores) para afirmar, acompanhado de Gustav Radbruch, que os valores e a realidade não são desconexos, mas sim coexistentes justamente na cultura. Dito de outro modo, não basta distinguir entre a natureza e o ideal, pois a cultura é justamente a interseção dessas duas grandezas, a cultura é “a vida humana objetivada”. José Afonso da Silva, na mesma passagem, na qual busca delimitar o bem cultural, cita ainda as lições de Miguel Reale para explicar que o ser e o dever-ser se conectam por meio dos bens culturais, pois o suporte material (ser) carrega

em si o significado (dever-ser), a expressão de valores. O bem cultural, então, apresenta sempre dois elementos: ao primeiro chamaremos de suporte e, ao segundo, de ‘significado’, sendo que este é expressão particular de um ou mais valores. Portanto, “o ser do bem cultural é o sentido”.

Nessa ordem de ideias, José Afonso da Silva explica que a concepção antropológica de cultura (2001, p. 29) para Bronislaw Malinowski seria “o conjunto integral constituído pelos utensílios e bens dos consumidores, pelo corpo de normas que rege os diversos grupos sociais, pelas ideias e artesanato, crenças e costumes”; e, com uma concepção deveras semelhante, para Luiz Gonzaga de Mello, a cultura seria o “conjunto complexo que inclui conhecimento, crença, arte, moral, lei, costumes e várias outras aptidões e hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade”.

Na mesma toada, ao dissecar o conceito de cultura em sua monografia, José Afonso da Silva (2001, p. 31-33) explicita ainda a concepção moral de cultura, representada pelo pensamento de Albert Schweitzer, na qual a cultura seria o progresso manifestado de duas formas: predomínio da razão sobre as forças da natureza e predomínio da razão sobre os propósitos humanos. Essa concepção moralista da cultura perdeu força a partir do século XIX.

Paralelamente, há ainda a concepção religiosa de cultura, cujo expoente é o escritor americano T. S. Eliot, na qual a cultura nasce com uma religião e é o produto de uma religião e, além disso, “a formação de uma religião é também a formação de uma cultura”. Segundo esta visão, não há cultura fora do âmbito religioso.

Todavia, para José Afonso da Silva (2001, p. 33), é a visão semiótica da cultura a que mais se deixa perceber na Constituição Federal de 1988. Apoiado em autores como Clifford Geertz e Régis de Moraes, ele explica que para a semiótica “o homem é um animal inserido em tramas que ele mesmo teceu”, assim, “a cultura não é uma ciência experimental em busca de leis, mas sim uma ciência interpretativa em busca de significações”, portanto a cultura diz respeito à “capacidade de simbolização do homem”.

Destarte, para José Afonso da Silva (2001, p. 38), a concepção semiótica está mais presente na Constituição Federal de 1988 do que a concepção antropológica, pois, apesar de se reconhecer que houve influência por parte do antropólogo Darcy Ribeiro no texto constitucional, essa influência se limitou a inserir a evolução sociocultural do Brasil como se vê no parágrafo 1.º do art. 215, segundo o qual “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, mas sem que essa aparente diferenciação entre cultura e civilização trouxesse “qualquer reflexo na compreensão constitucional de cultura”.

É bem verdade que o texto constitucional não exprime uma visão dicotômica entre cultura e civilização, todavia há muitos outros sinais de que a visão antropológica da cultura se irradiou amplamente sobre a Carta Magna.

Primeiramente, adotou-se na Constituição Federal de 1988 uma perspectiva pluralista, presente desde o seu preâmbulo¹, que não permitiria, por coerência, se falar em apenas uma cultura, nem verdadeira nem universal. Nesse sentido, Júlio César Pereira (2014, p. 27) explica que, à época da Assembleia Constituinte, o antropólogo Darcy Ribeiro atuou de forma eficaz para imprimir sua concepção de cultura à redação da Constituição Federal, como se viu no parágrafo 1.º, do art. 215, já transcrito acima.

Isso porque, tanto o uso do vocábulo “culturas”, no plural, quanto a noção de civilização são influências diretas de Darcy Ribeiro, autor de “O processo civilizatório – etapas da evolução sociocultural” (1972, *apud* PEREIRA, 2014). Pereira dá outros exemplos de como a concepção antropológica se irradiou sobre o Texto Constitucional, tais como “grupos formadores”, “formação do povo brasileiro” e “cultura nacional”, daí a concepção de que a cultura comporta uma pluralidade de saberes e fazeres do homem.

Assim, entendemos que o conceito de cultura presente na Constituição Federal de 1988 é semiótica e antropológica. Nessa visão, a cultura é a manifestação de valores do povo em seus diferentes contextos sociais, geográficos, religiosos e econômicos, por meio do conjunto de fazeres e saberes acumulados ao longo do tempo. O conceito de cultura aqui elaborado, em outras palavras, pode ser observado no art. 216 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I – as formas de expressão;
- II – os modos de criar, fazer e viver;
- III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

¹ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade** fraterna, **pluralista** e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (grifos nossos).

O tratamento da cultura como um bem de relevância para o mundo jurídico, e mais que isso, como um direito fundamental, é coerente com a importância da cultura para a humanidade, pois, quando se pensa no conjunto de capacidades que distingue o ser humano dos demais seres que habitam a Terra, tais como a fala, a escrita, a capacidade de produzir e aprimorar a tecnologia, desde uma simples alavanca até uma complexa aeronave, o próprio direito, a capacidade de produzir culturas pode ser considerada como uma das mais destacadas capacidades humanas. Miguel Reale (2005, p. 25), percebendo que o homem não se contenta com aquilo que lhe é dado pela natureza e passa a interferir na “realidade natural”, consignou que

[...] “cultura” é o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo. É, desse modo, o conjunto dos utensílios e instrumentos, das obras e serviços, assim como das atitudes espirituais e formas de comportamento que o homem veio formando e aperfeiçoando, através da história, como cabedal ou patrimônio da espécie humana.

Pois bem, é justamente desse plexo de atitudes e comportamentos que constituem a cultura em seu sentido amplo que se extraem as linguagens artísticas que revelam, numa análise pragmática, que a cultura criada pela humanidade ao longo da história não precisa ter uma finalidade prática essencial à sobrevivência, mas, mesmo assim, permanece como uma necessidade humana, conforme se pode observar na sua perenidade histórica desde os inúmeros registros de arte que datam desde 15.000 – 10.000 a. C. (GOMBRICH, 1999, p. 41) até a atualidade, e também pelo fato de que não há um só povo na terra que não tenha sua cultura, suas formas autênticas de expressão, que variam no tempo e no espaço.

O que se quer dizer é que a criação cultural, e mais precisamente a criação artística é própria do ser humano, o que pode ser sintetizado nas palavras de Fayga Ostrower (1987, p. 5): “[...] O homem cria, não apenas porque quer, ou porque gosta, e sim porque precisa; ele só pode crescer, enquanto ser humano, coerentemente, ordenando, dando forma, criando”.

Nessa visão, em que a criação artística é uma necessidade humana, o alimento está para a sobrevivência do corpo como a arte está para a condição humana (ARENDT, 2013, p. 10). Repita-se, é uma necessidade, e está ligada a uma dimensão privilegiada da experiência humana, que é a dimensão da criação estética, sendo este um campo de exercício da liberdade de expressão e da criação.

Assim, a arte tomada em suas diversas linguagens, como a pintura, a dança e a música, é tão intrínseca e necessária ao homem quanto o trabalho ou a moradia, a saúde e a educação, tanto é que a Lei Maior deu proteção específica à cultura em seção própria, conforme Capítulo III, Seção II, artigos 215 a 216-A, além de outros dispositivos esparsos, como o artigo 23, que dá competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios 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 (inc. III), para impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (inc. IV), e para proporcionar os meios de acesso à cultura; bem como o art. 24, incisos VII, VIII e IX, que dá competência concorrente para a União, os Estados, o Distrito Federal para legislar sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, e sobre a responsabilidade por dano a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Fica claro, então, que é perfeitamente possível trazer a cultura para o campo dos bens juridicamente tutelados. Dito de outro modo, a cultura pode ser vista no direito brasileiro como um dos direitos sociais, e ao mesmo tempo como uma das liberdades, que deve ser objeto de proteção e estímulo por parte do Estado (FERREIRA FILHO, 2013, p. 298).

Nessa ordem de ideias, veja-se que, ao discorrer sobre a classificação dos direitos sociais, José Afonso da Silva (2015, p. 286) conceitua-os como prestações positivas do Estado, isto é, um dever de agir (e não apenas de permitir), e assevera, no que diz respeito especificamente aos direitos sociais da educação e da cultura, o quanto segue:

A Constituição de 1988 deu relevante importância à cultura, tomado esse termo em sentido abrangente da formação educacional do povo, expressão criadora da pessoa e das projeções do espírito humano materializadas em suportes expressivos, portadores de referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, que se exprimem por vários de seus artigos (5º, IX, 23, III a V, 24, VII a IX, 30, IX, e 205 a 217), formando aquilo que se denomina *ordem constitucional da cultura*, ou *constituição cultural*, constituída pelo conjunto de normas que contêm referências culturais e disposições consubstanciadoras dos direitos sociais relativos à educação e à cultura. (grifos do autor)

Daí dimana que tamanha é a importância da cultura que, ainda que não fosse necessário o respaldo constitucional explícito para que seu valor fosse reconhecido juridicamente, o legislador constituinte aceitou, expressamente, o desiderato de proteger e valorizar a cultura

nacional, sendo inclusive possível verificar, consoante mencionado no excerto acima, a existência de uma “ordem constitucional da cultura”.

Aqui cabe mencionar que a tutela constitucional da cultura não se originou com o advento da Constituição Federal de 1988, mas teve com esta, até o momento, sua mais completa abordagem. Vejamos.

3 A TUTELA CONSTITUCIONAL DA CULTURA NO BRASIL

A Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824, tinha um viés mais liberalista, anunciando apenas a liberdade de cultura, desde que não houvesse ofensa aos costumes públicos, nem à segurança e à saúde, como se vê na redação transcrita a seguir:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XXIV. Nenhum genero de trabalho, de **cultura**, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se oponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. (sic) (grifo nosso)

Nesses termos, embora a Constituição Imperial não proibisse as manifestações culturais, também não atribuía qualquer tipo de compromisso ao Estado no sentido de desenvolver ações para o incentivo ou para a proteção da cultura nacional. Além disso, o contexto no qual o termo “cultura” está inserido no artigo não permite vislumbrar qual seria a concepção de cultura adotada pelo Estado.

Avançando um pouco mais em relação ao papel do Estado relativamente à tutela da cultura, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, atribuiu ao Estado a função de “animar” a cultura, referindo-se especificamente às letras, artes e ciências, nos seguintes termos:

Art. 35 – Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente:
[...]

2º) **animar no Pais o desenvolvimento das letras, artes e ciências**, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e comércio, sem privilégios que tolham a ação dos Governos locais; (sic) (grifos nossos)

Antes de adentrarmos ao tratamento constitucional dado à cultura em 1934, vale aqui nos remetermos a três importantes marcos do constitucionalismo ocidental no plano do direito comparado aos quais a doutrina frequentemente nos remete ao tratar dos diplomas que

exerceram influência sobre a Constituição brasileira de 1934 (LEMBO, 2007, p. 115). São eles: a Constituição do México de 1917, a Constituição da primeira república alemã de 1919 (Constituição de Weimar) e a Constituição espanhola de 1931.

Ampliando o rol dos direitos prestacionais (direitos de *status positivus*) (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 51), que exigem do Estado uma prestação positiva no sentido de satisfazer as necessidades mínimas para o atingimento da existência digna e inspirado por essas constituições anteriores que inovaram, sobretudo no que diz respeito aos direitos sociais, o constituinte de 1934 encarregou os entes federados de incentivar a cultura, preocupando-se também com a proteção do patrimônio histórico e artístico, e ainda com o “trabalhador intelectual”, revelando que o legislador constituinte de 1934 foi além do incentivo à cultura, abordando também a proteção do patrimônio histórico e artístico com a assistência ao trabalhador intelectual:

[...]

§ 7º - Na discriminação dos círculos, a lei deverá assegurar a representação das atividades econômicas e culturais do País.

[...]

Art. 148 – Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.

Em outro trecho extraído do texto constitucional de 1934, havia ainda a competência concorrente entre a União e os Estados para que legislassem acerca das “belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte” (art. 10, inc. II).

Tal inserção de uma postura mais ampla e ativa do Estado em relação à cultura na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 deu-se por emenda de iniciativa do deputado maranhense Carlos Reis, conforme registrado nos “Annaes da Assembléa Nacional Constituinte”², que expôs sua intenção de dar à cultura o status de um direito, *in verbis*:

Ampliando, porém, o seu objetivo, tive a honra de oferecer, apoiado pela maioria da bancada do meu Estado, uma emenda, no tocante á cultura, **transfundindo em direito aquilo que seria uma faculdade para os autores de obras literárias, científicas e artísticas.** (sic) (grifos nossos)

² Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/8228>>. Acesso: em 14/09/2015.

Além disso, o deputado Carlos Reis explicitou ainda que se inspirou nas modernas constituições extravagantes para redigir o dispositivo constitucional, inclusive lendo em plenário os artigos correspondentes na Constituição Mexicana de 1917, na Constituição de Weimar de 1919³, e na Constituição Espanhola de 1931, e arrematando ao final da leitura:

Como se vê, as Constituições modernas são todas tendentes ao ampáro, ao estímulo, á proteção, por parte do Estado, das obras dos homens, das personalidades, das individualidades literárias, científicas e artísticas. (sic)

Como é sabido, a Constituição de 1934 teve curta vigência. Isso porque a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, em decorrência de um golpe de Estado, outorgada pelo Presidente da República Getúlio Vargas, não resultou de uma assembleia constituinte, mas sim de um processo no qual “[...] o agente do Poder Constituinte promulga um texto consubstanciando a nova organização, texto esse ao qual o povo tacitamente dá eficácia” (FERREIRA FILHO, 2013, p. 57), o que naquela ocasião foi feito sob o pretexto de afastar a “infiltração comunista” no País, consoante o preâmbulo ao texto constitucional.

³ Trecho transcrito do discurso do deputado Carlos Reis, extraído dos Anais da Constituição de 1934: “A da Alemanha, no art. 142, dispõe: ‘A arte, a ciência e o seu ensino são livres. O Estado garante a sua proteção e toma parte ao seu estímulo.’ No art. 150 encontra-se êste conceito: ‘Os monumentos de arte da história e da natureza, como também a paisagem, gozam ela proteção e dos cuidados do Estado; é da competência do Reich impedir a saída do patrimônio artístico alemão para o estrangeiro.’ A outra Constituição a que aludi, a da Espanha diz no art. 50: ‘As regiões autônomas poderão organizar o ensino nos seus respectivos idiomas, de acôrdo com as atribuições concedidas nos estatutos. É obrigatório o estudo da lingua castelhana: este será baseado, também, no estudo docente, em todos os estabelecimentos de ensino, primários e autônomos. O Estado poderá manter ou criar nêles instituições docentes de todos os graus, no idioma oficial da República. O Estado exercerá a suprema fiscalização em todo o território nacional, para garantir a execução das disposições contidas neste artigo e nos dois anteriores.’ Agora, o final, que muito interessa ao assunto da minha emenda: ‘Corresponde ao Estado zelar pela expansão cultural da Espanha, a cujo fim estabelecerá delegações e centros de estudo e ensino no estrangeiro, preferentemente nos países panamericanos.’ Srs. Constituintes: acabo de ler dispositivos de duas Constituições do Velho Mundo, e agora me ocuparei da parte principal de um dispositivo da Constituição do México, a qual primou por não conceder monopólios nem privilégios de classes, nem de castas, mas ressalvou a classe dos intelectuais, dos inventores, dos artistas, dos cientistas. É a única classe privilegiada pela Constituição mexicana, conforme o art. 28, que reza: ‘Nos Estados Unidos mexicanos não haverá monopólios, nem privilégios de nenhuma classe: isenção de impostos, nem proibição que tenda á proteção de indústria, excetuando-se unicamente os relativos á cunhagem de moedas, correios, telégrafos e rádio-telegrafia, á emissão de cédulas por meio de um só banco, que concederá o Governo Federal, e aos privilégios que por determinado tempo concederem aos autores e artistas, para reprodução das suas obras, e aos que, para uso exclusivo dos seus inventos, outorguem-se aos inventores e aperfeiçoadores de alguma melhoria’.” Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/8228>>. Acesso em: 14 set. 2015.

Tendo sido redigida pelo jurista Francisco Luís da Silva Campos, conhecido como Francisco Campos (LENZA, 2014, p. 127), no que tange à tutela da cultura, a Constituição de 1937, chamada de “Constituição Polaca”, também abordou a liberdade de expressão e assistência do trabalhador intelectual, nos seguintes termos:

Art. 128 – A arte, a ciência e o ensino são livres à iniciativa individual e a de associações ou pessoas coletivas públicas e particulares.

É dever do Estado contribuir, direta e indiretamente, para o estímulo e desenvolvimento de umas e de outro, favorecendo ou fundando instituições artísticas, científicas e de ensino.

[...]

Art. 136 – O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito a proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.

A liberdade garantida pelo art. 128 para a arte, a ciência e o ensino podem ser um reflexo do liberalismo que, no campo econômico, marcou a Constituição de 1937. O artigo 136, como parte da Ordem Econômica constitucional, tem igual viés liberalista, mas transparece também o Estado Subsidiário (JUNQUEIRA; MENEZES, 2012), ou seja, apesar de a economia ter por base a livre iniciativa, o Estado atua de forma subsidiária para suprir deficiências e intervir diante das falhas do mercado, sendo que no art. 136, especificamente, reconhece-se que o trabalho intelectual, técnico e manual necessita da proteção e solicitude especiais do Estado.

Indo além, a Constituição de 1937 inovou ao trazer para o ordenamento jurídico brasileiro a tipificação criminal dos atos cometidos contra os monumentos históricos, artísticos e naturais:

Art. 134 – Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. **Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.** (grifos nossos)

Por seu turno, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946, resultante do processo de redemocratização do País e do fim do Estado Novo, de forma mais sucinta, manteve entre as atribuições do Estado o dever de “amparar” a cultura, embora não ficasse muito claro para o destinatário da norma de que forma esse amparo se

traduziria em termos práticos. Além disso, ao contrário da constituição anterior, não havia menção expressa de que os eventuais danos ao patrimônio cultural seriam tratados na órbita criminal, *in verbis*:

Art. 173 – As ciências, as letras e as artes são livres.

Art. 174 – O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único – A lei promoverá a criação de institutos de pesquisas, de preferência junto aos estabelecimentos de ensino superior.

Art. 175 – As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do Poder Público.

É válido expor que, por ocasião da assembleia constituinte de 1946, o Capítulo II, Da Educação e da Cultura, sofreu forte influência de Gustavo Capanema Filho, que havia sido Ministro de Estado da Educação durante todo o período do Estado Novo, por meio da proposta de Emenda n.º 3.225, chamada de “substitutivo Capanema”, e também com a Emenda n.º 3.346, dispondo que as ciências, as letras e as artes gozariam do amparo do Estado (BRAGA, 1998, p. 379).

Dando um salto histórico, no contexto do Regime Militar inaugurado em 31 de março de 1964, a vigência da Constituição de 1946 foi abreviada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, que assim como a Constituição de 1937 foi redigida por Francisco Campos. Contudo, a Constituição de 1967 foi limitada no tocante à postura do Estado para fomento da cultura e, de forma semelhante à Constituição de 1946, falava em amparar a cultura, mas igualmente sem especificar quais seriam os instrumentos aptos a perseguir esse desiderato. Veja-se:

Art. 171 – As ciências, as letras e as artes são livres.

Parágrafo único – O Poder Público incentivará a pesquisa científica e tecnológica.

Art. 172 – O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único – Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.

A Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, considerada como uma manifestação do poder constituinte originário que por meio das “Juntas Militares” outorgou, na verdade, uma nova constituição (LENZA, 2014, p. 136), no que tange à tutela da cultura, apenas em linhas gerais procurou reproduzir os dizeres da Constituição de 1967, contudo, em decorrência da limitação

à liberdade de expressão que marcou aquele período, o legislador constituinte militar teve o cuidado de reputar livres as ciências, as letras e as artes, mas com a ressalva contida no art. 153, § 8.º, que acabava por esvaziar a liberdade de expressão.

De tal forma, o compromisso que a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969 impunha ao Estado era ainda o de amparar a cultura, mas sem especificar quais seriam as formas pelas quais se daria esse amparo, e ainda limitando explicitamente a livre expressão, isto é, dando fundamento jurídico constitucional para a censura, conforme se verifica nos dispositivos transcritos a seguir:

Art. 179. As ciências, as letras e as artes são livres, **ressalvado o disposto no parágrafo 8º do artigo 153.**

Parágrafo único. O Poder Público incentivará a pesquisa e o ensino científico e tecnológico.

Art. 180. O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único. Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.

[...]

§ 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. **Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.**
(sic) (grifos nossos)

No momento em que o País retomou o regime político democrático, além do exemplo das próprias constituições brasileiras anteriores que mesmo sucintamente já vinham reconhecendo em alguma medida que o Estado deveria se comprometer com a proteção e o incentivo à cultura, já havia inúmeros outros exemplos que podiam ser encontrados nas demais constituições contemporâneas e nos diplomas produzidos no âmbito do direito internacional público no sentido de que a cultura seria também um direito individual.

Vale mencionar, nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁴, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966⁵, as Constituições de Portugal de 1976 com as revisões posteriores, em especial a Lei Constitucional n.º 1/1989⁶ que traz um rol amplo de direitos culturais, a Constituição da Espanha de 1978⁷, e a Constituição da Colômbia de 1991⁸.

Portanto, à época da Assembleia Nacional Constituinte que coroava o processo de redemocratização do Brasil, o legislador constituinte já tinha condições de perceber que a efetivação dos direitos sociais depende de políticas públicas (SMANIO, 2013) e, estando mais consciente em relação ao papel do Estado no domínio social, inseriu entre os direitos individuais (embora não inscritos no extenso rol do art. 5.º), em seção própria, os direitos culturais (art. 215, *caput*, Constituição de 1988), atribuindo ao Estado o dever de garantir a todos o pleno

⁴ “Artigo 27. 1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios. 2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.” Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2015.

⁵ “Artigo 15. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: a) Participar da vida cultural; b) Desfrutar o processo científico e suas aplicações; c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor. 2. As Medidas que os Estados Partes do Presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à convenção, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura. 3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora. 4. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.” Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 24 set. 2015.

⁶ “Artigo 42. 1 - O n.º 3 do artigo 73.º é substituído por: 3. 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 associações e fundações de fins culturais, as colectividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e outros agentes culturais.” Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/crp_1989.pdf>. Acesso em: 24 set. 2015.

⁷ “Artículo 44. 1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.” Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

⁸ “Artículo 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.” Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html>. Acesso em: 24 set. 2015.

exercício desses direitos, bem como o acesso às fontes da cultura nacional, o apoio e o incentivo à valorização e difusão das manifestações culturais.

Assim, na Constituição de 1988, a cultura é um direito, cuja efetivação deve se dar, sobretudo, por meio do acesso. Isso porque, em qualquer das linguagens artísticas, só será plasmada uma experiência cultural completa na medida em que a arte encontrar seu público, isto é, em sua relação de troca de experiências culturais com a sociedade, como conclui Fayga Ostrower (1987, p. 5):

A natureza criativa do homem se elabora no contexto cultural. Todo indivíduo se desenvolve em uma realidade social, em cujas necessidades e valorações culturais se moldam os próprios valores de vida. No indivíduo confrontam-se, por assim dizer, dois pólos de uma mesma relação: a sua criatividade que representa as potencialidades de um ser único, e sua criação que será a realização dessas potencialidades já dentro do quadro de determinada cultura [...].

Dito de outro modo, não basta que o artista crie, pois se a arte se encerrasse em sua criação, teria sentido apenas para o próprio artista individualmente considerado, perdendo-se a importância da cultura no âmbito da coletividade, por isso, se diz que “o artista vai onde o povo está”.

Dada essa necessidade de criação, bem como a importância da cultura para a educação nacional e para a construção da identidade nacional, figura dentre os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro perante seu povo, por meio das cláusulas constitucionais, a proteção das obras de valor cultural e a garantia de acesso à cultura, portanto, trata-se de um elemento constitucional de caráter social que possibilita e, mais que isso, impõe a intervenção do Estado na ordem social.

Essa obrigação não é derivada de um princípio implícito, mas sim dos comandos insertos ao longo da Constituição Federal de 1988 como *norma agendi* de eficácia limitada, uma vez que sua efetivação depende de certas providências ulteriores para que seus efeitos sejam plenamente produzidos.

Não obstante, José Afonso da Silva (2001, p. 50) pondera que não se trata exatamente de normas totalmente destituídas de eficácia, pois os direitos culturais são atuais e fundamentais, e devem ser vistos como parte dos direitos humanos aos quais a própria Constituição oferece condições de aplicabilidade imediata.

No que concerne a essa obrigação de proteger a cultura e, bem assim, de garantir-lhe o acesso de todos, não é demais dizer que é a cultura nacional, brasileira, e não a cultura de

outras nações, que deve ser protegida, valorizada e difundida pelo Estado brasileiro. Tal observação se torna relevante no contexto da globalização, que traz cada vez mais desafios para a preservação e difusão da cultura local em face da penetração cultura global, a fim de evitar o que Paulo Freire chamou de “invasão cultural” (*apud* SILVA, 2001, p. 70), que é uma forma de dominação. Não se trata de evitar o contato de uma cultura com a outra, mas de proporcionar um diálogo, já que a invasão cultural não se dá por meio do diálogo, e sim pelo “antidiálogo”. Por isso, José Antônio da Silva (2001, p. 70) assinala que

Só a ação cultural dialógica liberta, pela superação das contradições culturais antagônicas. E a liberdade cultural assegurada na Constituição possibilita esse diálogo cultural libertador. Embora a liberdade deva ser entendida como a possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à consecução de objetivos escolhidos, no campo dos direitos sociais – de que os direitos culturais são parte expressiva – assegurá-la formalmente não é suficiente garantia de sua realização efetiva. Daí porque se revelam de grande importância as normas constitucionais que impõem ao Estado a execução de ações culturais afirmativas, que vão condicionar o diálogo cultural que se faz imprescindível à **democracia cultural**. (grifos nossos)

Portanto, a necessidade de efetivação de “ações culturais afirmativas”, que se cristalizam por meio de políticas públicas culturais, decorre da necessidade de colocar a cultura nacional em posição de diálogo, e não de dominação em relação à cultura de outros povos, uma vez que o cenário da globalização torna cada vez mais frequente a incorporação de signos de uma cultura pela outra. E a positivação dos direitos culturais na Constituição de 1988 de forma abrangente deve assegurar tal diálogo, sobretudo para valorizar aquilo que se identifica como cultura nacional.

Essa valorização da cultura nacional, no espírito da Constituição de 1988, de forma nenhuma pressupõe o estabelecimento de uma cultura “oficial”, mas sim o estabelecimento de uma “democracia cultural”, para usar a mesma expressão do autor supramencionado. Nesse passo, é importante apontar quais foram os meios estabelecidos pelo legislador constituinte para o estabelecimento de políticas culturais que assegurem a existência dessa democracia cultural.

Para tanto, o conteúdo da política cultural traçado pelo poder constituinte originário, que poderia ser sintetizado em proteção cultural, formação cultural e promoção cultural, foi ganhando mais alguns reforços após 1988 com a promulgação das seguintes emendas à Constituição: Emenda Constitucional n.º 42, de 19 de dezembro de 2003, que incluiu o § 6.º ao artigo 216, facultando aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de

programas e projetos culturais; Emenda Constitucional n.º 48 de 10 de agosto de 2005, que instituiu o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País, a integração das ações do poder público, a defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro, produção, promoção e difusão de bens culturais, formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões, democratização do acesso aos bens de cultura e valorização da diversidade étnica e regional; Emenda Constitucional n.º 71, de 29 de dezembro de 2012, que instituiu o Sistema Nacional de Cultura, com forte viés programático para o desenvolvimento das políticas culturais; e a Emenda Constitucional n.º 75, de 15 de outubro de 2013, que veio acrescentar a alínea “e” ao inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, instituindo imunidade tributária sobre os fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros, bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, com o objetivo de irradiar seus efeitos em basicamente quatro esferas jurídicas, quais sejam:

- a) esfera do direito tributário, pois cria uma nova espécie de imunidade tributária no Sistema Tributário Constitucional;
- b) esfera dos direitos sociais, com a efetivação dos direitos culturais por meio do acesso à música nacional;
- c) esfera dos direitos patrimoniais de natureza privada, na medida em que visa proteger os direitos autorais dos músicos brasileiros; e
- d) esfera da política de segurança pública, uma vez que visa ser uma ferramenta no combate à pirataria (contrafação).

4 CONCLUSÃO

Embora não haja um conceito unívoco de cultura, sabe-se que a Constituição Federal de 1988 adotou um conceito semiótico e antropológico de cultura. Porém, antes mesmo de adentrarmos ao conceito impregnado na Carta de 1988, o estudo das constituições brasileiras mostra que, ao longo da história, a cultura foi apenas superficialmente abordada no altiplano constitucional, primeiramente visível por meio da liberdade de expressão, na qual o Estado tinha apenas o papel liberalista de não cercear tal direito. Assim, somente aos poucos o Estado brasileiro passou a se ver como um protagonista na promoção do acesso à cultura, deixando de aparecer ora como “amparador”, ora como “animador”, ou apenas como “protetor”.

Já no contexto da Constituição de 1988, houve uma substancial ampliação do papel do Estado para o desenvolvimento de políticas públicas culturais para a valorização, o acesso, a

proteção, o incentivo à cultura, papel este que sofreu ainda um considerável adensamento pelas emendas constitucionais que se seguiram, inclusive, de forma mais específica, a Emenda Constitucional n.º 75/2013, que traz a figura da imunidade tributária musical, irradiando efeitos no campo do direito tributário, dos direitos culturais, dos direitos autorais e do direito penal.

5 REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. São Paulo: Forense Universitária, 2013.

BRAGA, Sérgio Soares. **Quem foi quem na Assembléia Constituinte de 1946**: um perfil socioeconômico e regional da Constituinte de 1946. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1998. (Volume 1)

BRASIL. **Constituição política do império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 07 nov. 1891.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

_____. **Annaes da Assembléa Nacional Constituinte**. [1933 - 1934]. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1935. (Volume V). Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/8228>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 19 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

_____. **Anais da Assembléia Constituinte**. Volume VIII. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1947. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/12596>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

_____. **Constituição** (1967). Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF, 20 out. 1969.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm#art2>. Acesso em: 07 nov. 2015.

_____. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Assembleia Nacional Constituinte, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 42, de 19 de dezembro de 2003. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2003. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 48, de 10 de agosto de 2005. Acrescenta o § 3º ao art. 215 da Constituição Federal, instituindo o Plano Nacional de Cultura. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 ago. 2005b. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc48.htm>. Acesso em: 07/11/2015.

_____. Congresso. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 123, de 2011**. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103793>. Acesso em: 30 out. 2013.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 71, de 29 de dezembro de 2012. Acrescenta o art. 216-A à Constituição Federal para instituir o Sistema Nacional de Cultura. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 nov. 2012b. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc71.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 75, de 15 de outubro de 2013. Acrescenta a alínea e ao inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, instituindo imunidade tributária sobre os fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 out. 2013a. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc75.htm>. Acesso em: 07 de novembro de 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição (PEC 98/2007)**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=357094>>. Acesso em: 28 out. 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMBRICH, Ernest. **História da arte**. 16. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999.

JUNQUEIRA, Michelle A.; MENEZES, Daniel N. O Estado subsidiário na Constituição de 1937: o papel de Francisco Campos. In: BORGES, Al. W.; FILHO, I. N. R.; MATTAFON, M. A. (Orgs.). **Teoria e história do direito constitucional**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=be3ac64e67e84198>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

LEMBO, Cláudio. **A pessoa: seus direitos**. Barueri: Manole, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OSTROWER, Fayga. **Criatividade e processos de criação**. Petrópolis: Vozes, 1987.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das Políticas Públicas: a Efetivação da Cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA, Julio Cesar. **Três vinténs para a cultura: o incentivo fiscal à cultura no Brasil**. São Paulo: Escrituras, 2014.