

O Estado fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura

VICTOR GAMEIRO DRUMMOND *

Sumário: I. Introdução. II. Breves indicações sobre a natureza da cultura. III. Do círculo cultural (e da circularidade cultural) e do conteúdo genérico dos direitos culturais. IV. Da presença do conceito das liberdades inerentes aos direitos culturais na circularidade cultural. V. Libertarianistas e conservadores - Tendências no senso comum autoralista e reflexos nos direitos culturais. VI - Os transbordamentos fronteiriços dos conflitos típicos do direito de autor. VII. Os mantras performáticos. VIII - O equívoco das atribuições conflitantes na seara econômica. VIII. Da cultura como complementação do processo educacional. IX. Da consideração dos direitos culturais como direitos fundamentais sociais. X. Da necessidade de valorização das atividades culturais como elemento formador humano e da sociedade. XII. Da necessidade de estímulo à produção cultural como elemento de formação da sociedade. XIII. Ponderações de aspectos pragmáticos e procedimentais para valorização da cultura como elementos formador do povo brasileiro e de maior movimentação do círculo cultural. XIV. Conclusões.

Resumo: O texto trata da importância da compreensão do acesso à cultura como direito fundamental e da necessidade de haver uma política de desenvolvimento cultural promovida pelo Estado.

JURISMAT, Portimão, n.º 5, 2014, pp. 305-344.

* Presidente do Instituto Latino de Direito e Cultura (ILDC). Presidente do Comitê Jurídico e de Desenvolvimento da Federação Latin Artis. Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), Professor universitário. Advogado especialista em propriedade intelectual.

Abstract: *The text indicates the importance of comprehension of culture access as a fundamental right and discuss the necessity of applying a cultural developing policy to be promoted by the State.*

Palavras chave: Cultura. Liberdade. Direitos Fundamentais. Direito Constitucional. Educação.

Key words: *Culture. Liberty. Fundamental Rights. Constitutional Law. Education.*

I. Introdução

O presente estudo tem como objetivo identificar os direitos inerentes à proteção da cultura no direito constitucional brasileiro (com algum colorido de direito comparado) e analisar o *locus* ocupado pelas diferentes aplicações de vertente protetiva da cultura no ambiente constitucional.

Para tanto, inicialmente é necessário apontar quais direitos relacionam-se, direta ou indiretamente com a cultura uma vez que falar-se em cultura estabelece uma linha ainda muito débil de definições.

Devem ser objeto de análise para a compreensão deste ambiente: a *proteção de direitos de acesso à cultura*; a *proteção constitucional da liberdade de expressão criativa*; a *proteção e garantia de proteção dos direitos de autor*; etc.

Cada uma destas categorias ou circunscrições jurídicas pode ocupar uma posição diferenciada no ambiente constitucional, com consequências diferenciadas e obrigações distintas por parte do Estado. A intenção deste estudo é facilitar a compreensão do universo inerente aos direitos culturais, ainda tão incipientemente explorado.

Sabe-se porém, que a discussão dos elementos formadores da cultura não é nada nova. Em diversas atividades e áreas do conhecimento humano, a cultura recebe definições distintas. Em todas elas, porém, ao menos nos países de orientação democrática, parece haver uma certa unanimidade quanto ao fato de que o desenvolvimento das atividades culturais, não obstante uma participação da sociedade e do Estado, deve ser livre.

Ou seja, o “*fazer ou produzir cultura*” não pode estar moldado ou ser direcionado. Partindo deste paradigma, que parece ser efetivamente correto, é importante analisar se há obrigações do Estado para contribuição neste processo e, em caso positivo, analisar também as motivações que indiquem tais obrigações.

Dois fundamentos, porém, merecem ser salientados:

1 – Como se posicionam constitucionalmente os direitos implicados na proteção da cultura e mais precisamente, qual o ambiente de proteção destes no que tange aos direitos fundamentais;

2 – O modo por meio do qual o Estado pode contribuir para o desenvolvimento da cultura.

Nestes termos, é importante procurar analisar se os direitos culturais ocupam uma posição clara no ambiente dos direitos fundamentais.

II. Breves indicações sobre a natureza da cultura.

Não parece razoável propor discussões filosóficas sobre o que seria cultura para a apreciação deste breve estudo. Concomitantemente, parece razoável apontar, ainda que com a precisão terminológica somente possível, sem pretensões de esgotamento, a qual cultura se está referindo.

Há de se compreender, porém, que o conceito de cultura pode ser (muitas vezes), cientificamente indecifrável e para tanto, a (breve) indicação do que seja cultura, para os devidos efeitos do presente texto¹ comporta uma dupla vertente interpretativa, qual seja: a da cultura:

Como (1) **a totalidade das manifestações sociais inerentes à existência e a representatividade de um povo e;**

Como (2) **o conjunto de conhecimentos que possa ser formador das capacidades de desenvolvimento da(s) pessoa(s) e de sua personalidade.**

Seja como representação de um povo, seja como elemento formador das capacidades/personalidades, a cultura representa algo de grande relevo, que é o **diálogo social**. A simples existência das manifestações culturais indica um ambiente de participação social, do qual participa, por um lado, quem “produz” cultura e do outro, quem “absorve” cultura.

Tanto esta “produção” com esta “absorção” fazem parte de um processo cíclico, que ocorre no ambiente de potencialidades criativas e que conduzem aos dois fundamentos que, neste estudo, estão indicados como definições de cultura: a representa-

¹ E que, desde já se faz a ressalva quanto ao fato de que não se está procurando definir a cultura em si, mas delinear-la para os fins exigidos para este estudo.

ção de um povo e a formação deste mesmo povo, em sua coletividade e em suas múltiplas individualidades (pela formação das capacidades e desenvolvimento das personalidades dos sujeitos implicados).

Cultura, porém, ainda assim pode ser vista sob muitos olhares e o que interessa a este estudo é a compreensão da cultura como elemento formador do caráter coletivo de um povo, manifestado por meio de suas criações artístico-culturais.²

Por sua vez, as criações artístico-culturais ora referidas são aquelas que se manifestam sob a forma de música, literatura, cinema e audiovisual, teatro, artes plásticas, artes cibernéticas, moda, gastronomia, fotografia, arquitetura, patrimônio imaterial e todos os elementos que possam ser enquadrados no que se pode conceber como ambiente sociocultural relacionado às criações intelectuais. Serão todas enquadradas como elemento formador da representatividade de um povo e são manifestações culturais. Obviamente que cultura, em um sentido mais amplo, é ainda mais do que isto, podendo-se afirmar que é toda e qualquer manifestação social referente aos seres humanos, mas é certo que este conceito ainda mais amplo não serve aos propósitos deste estudo.

O propósito inicial do texto é identificar, portanto, a acepção do que é o ambiente cultural para os efeitos dos direitos culturais e as relações destes direitos com as possibilidades de representatividade de um povo e inserção do que se denomina círculo cultural.

III. Do círculo cultural (e da circularidade cultural) e do conteúdo genérico dos direitos culturais.

O que é se evidencia, portanto, é que o sujeito que “produz” cultura (já feita a ressalva do significado de cultura para os efeitos deste estudo) precisa ter à sua disposição condições jurídicas, estabelecidas num ambiente, inclusive, de política legislativa claramente definida, que permitam que a cultura seja “explorada”³ ao máximo possível (num sentido de possibilidade da criação potencialmente concebível).

² A utilização da expressão criações artístico-culturais indica um fechamento semântico em relação à expressão manifestações culturais que também pode ser utilizada com maior abrangência significativa. Enquanto as criações se referem, ao fim e ao cabo, às obras artísticas (que podem ou não ser protegidas pelo direito de autor) a expressão manifestações culturais conduz a algo mais, considerando que muitas manifestações podem não ser criações em sentido estrito, ou seja, podem não exigir uma criatividade humana, exteriorização das ideias sob alguma forma perceptível aos sentidos e originalidade relativa. Ver também nota de rodapé 21.

³ No sentido de divulgação, difusão, sem necessariamente a violação de direitos inerentes à proteção dos criadores de obras protegidas por direito de autor.

Por outro lado, aquele que absorver a cultura inerente às criações artístico-culturais se beneficiará e fortalecerá a sedimentação de sua personalidade, pois como indica BARRETO “... o acesso ao conhecimento irá tornar o homem livre, pois será o ato mais revolucionário de toda a cultura humana.”⁴

Portanto, o receptor das criações artístico-culturais precisa ter à sua disposição as distintas manifestações culturais, seja (simplesmente) como destinatário, seja como um novo alimentador do processo cultural que, pode, eventualmente, redirecionar e reenviar os elementos recebidos no ambiente cultural.⁵

⁴ BARRETO, Vicente de Paulo, *O fetiche dos direitos humanos*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p.13.

⁵ Vem se desenvolvendo com bastante profusão, especialmente nos Estados Unidos da América, teses de que o processo criativo deveria ser relativizado no que se refere à proteção pelo direito de autor. As teses basicamente atribuem fundamentos muito mais presentes no âmbito econômico e da liberdade de acesso à cultura e liberdade de criação do que pontuações filosóficas. O autor norte americano Lewis Hyde, na sua obra *A dávida* foge um pouco a esta regra pois indica um posicionamento de ordem filosófica, afastando-se em sua tese, dos meros argumentos econômicos ou excessivamente libertários de outros autores, ainda que não estejamos de acordo com parte significativa de suas ideias. Em linhas gerais, o autor busca adequar a questão do que pode ser considerado como criação artística e que, esta criação deve circular socialmente como uma *doação*. Em algum sentido, o que é defendido pelo autor norte americano é uma concepção de que deve estar intrínseca à criação o fato de que a circulação artística é (para dizer o mínimo) melhor se for promovida como a transmissão de uma *dávida* que foi recebida e que, portanto, não poderia deixar de circular. Assim, parece indicar Hyde que, uma vez compreendido que um autor é um criador de uma obra de arte, este deve permitir a sua circulação social pois esta somente pode criá-la por ter recebido, sob a forma de *dávida* de um autor anteriormente alimentado por alguma(s) outra(s) criação(ões). Este círculo vicioso-virtuoso seria fundamental para a criação artística e estimulante para a possibilidade de novas criações. Melhor dizendo, em linhas gerais, defende o autor que somente desta forma haveria um novo processo criativo. Segundo Hyde, *se a doação não se consumir, o espírito criador se consome* (p. 230). O autor defende que somente pelo processo criativo pensado como uma doação poderia haver uma nova criação futura, como se todas as obras fossem, ao mesmo tempo, originárias e derivadas, fato que, do ponto de vista filosófico, não deixa de ser uma realidade, pois todas decorrem de alguma percepção anterior e serão, ao menos potencialmente, alimento para criações futuras. Nisto estamos de acordo. E afirma Hyde: *A doação cria um espaço por onde flui uma nova energia. A alternativa é a petrificação, é o bloqueio da capacidade de criar*, “*é como se a vida fosse impedida de fluir*” (p. 231). A tese do autor, em alguma medida, surge desde os primórdios das discussões de direito de autor, considerando-se o fato de que parte significativa do que é criado decorre da criação dos sujeitos anteriores e que, portanto, até mesmo, não se justificaria uma proteção pela exclusividade inerente ao direito de autor e direitos conexos. Claro que como se sabe, esta posição acaba sendo objeto de aplicação de diversos institutos de direito de autor e conexos que tem como objetivo equilibrar a relação existente entre a proteção pela exclusividades (a mais ampla na propriedade intelectual) e a livre utilização pela sociedade, como é o caso do domínio público e do regime de limitações. Ocorre porém, que esta posição libertária, também verificada em autores como Lawrence Lessig e na doutrina dos *Creative Commons* parece ignorar que a criação pode se dar por motivações outras que não a criação pela criação. Ora, se Hyde entende que *ao aceitar o que lhe é dado, o artista se sente compelido a criar uma obra e oferece-la ao público* poder-se-ia interpretar que existem artistas que são doadores por natureza e outros que não o são? E como a obra se processa na mente

Ou seja, no processo do ambiente potencial de criação, o criador é criador, mas, por outro lado, também sempre é destinatário, e o destinatário, potencialmente, pode vir a ser criador, ainda que esta não seja necessariamente uma obrigação lógica.

Esta conclusão, evidente e naturalmente perceptível do ponto de vista do surgimento natural dos processos de desenvolvimento de criações artístico-culturais, conduz à percepção de que há movimentos cíclicos na cultura e que merecem ser observados. Um deles se refere ao ambiente de criação artístico-cultural que se dá no processo da criação. Neste sentido, entendo que há uma similaridade entre o círculo hermenêutico presente nos fundamentos de hermenêutica contemporânea desenvolvidos por Schleiermacher, Dilthey, Heidegger e Gadamer e o *locus* no qual se opera o processo de criação artística, o qual denomino círculo criativo e, ao seu movimento denomino circularidade criativa.⁶

criativa de cada um deles? E será que o não-doador, necessariamente será um “mal-criador”. Sua obra será, portanto, uma “má-criação” nas duas mais evidentes acepções que cabem ao caso em análise? Esta lógica para conduzir a uma divisão dual, em que haveria artistas mais “generosos” e que poderiam doar por receber, e haveria outros “menos generosos” conduziria a um problema bastante significativo: haveria obras que circulariam mais ou melhor do que outras por serem objeto do que o autor indica como doação? Ou as demais sequer seriam obras com a mesma qualidade? Isto não seria o mesmo que se querer instituir um caráter e características humanas ao objeto criativo? Haveria uma obra egoísta na sua essência? Estas perguntas parecem todas estar colocadas pelas teses defendidas pelo autor mas parece que estão todas sem respostas. Ainda que se compreenda, nas palavras do autor, que a *dádiva* (o dom) precisa ser mantida em movimento, uma criação que não seja doada não necessariamente deixará de influenciar outras criações ou deixará de fazer parte do círculo-virtuoso das influencias criativas, assim como um artista, que em sua vida particular se comporte como *um canalha sem caráter* não deixará de, por meio de suas obras, influenciar outras pessoas. Por mais que se compreenda que a circulação se dará de forma mais descompromissada e despreocupada, esta não é uma realidade que pode ser ampliada a toda e qualquer criação artística. Neste sentido, parece que não foi objeto do autor a análise do que definimos como o conteúdo filosófico do surgimento da obra de arte, compreendido no círculo hermenêutico, que denominamos **círculo criativo**. Em linhas gerais, porém, considerando que a obra *A Dádiva* foi escrita ainda nas décadas de 1970 e 1980, há certo pioneirismo ao compará-la com novos autores que se pretendem libertários em decorrência da nova moda nas análises do direito de autor, demasiadamente ideologizadas, em minha opinião, especialmente após o surgimento dos *Creative Commons*. Além de *A dádiva* de Lewis Hyde e das obras de Lawrence Lessig em geral, outros textos que apresentam um viés que pode também ser considerado excessivamente liberal, mas que merecem alguma atenção pelos estudos implementados ou por algumas teses apresentadas são: *Copyrights and copywrongs, The rise of intellectual property and how it threatens creativity*, de Siva Vaidhyanathan e *The soul of creativity, forging a moral rights law for the United States* de Roberta Rosenthal Wall.

⁶ O círculo hermenêutico pode ser compreendido como o *locus* onde se dá a criação, e, este *locus*, como se percebe, não é um vazio, um mundo das ideias platônico à espera de um criador-condutor de sua captura para dar vida à sua plenitude existencial. Por outro lado, este conceito circular e de complexidade filosófica pode (e deve) ser compreendido no âmbito da criação artística, visto que **uma criação artística nunca é uma criação artística fora do contexto**. A obra é parte de um todo. O todo que é o ambiente do qual ela surge, o qual representa

Por outro lado, há também um ambiente circular de criação-recepção de cultura no âmbito social do qual participam todos os criadores (potenciais ou efetivos) e receptores/destinatários que, muitas vezes, necessitará de observação do Estado para o estabelecimento de políticas de desenvolvimento cultural.

Este ambiente, denominado **círculo cultural**, no qual se opera o que denomino de **circularidade cultural**, pretende que todas as potencialidades culturais sejam livremente circulantes e que possam fomentar ao máximo as potencialidades de desenvolvimento cultural e representação de um povo, ao mesmo tempo em que servem como fundamento de desenvolvimento social e educacional.

Neste aspecto, é de suma importância compreender (e apontar) a função que deverá ser exercida pelo Estado no fenômeno da **circularidade cultural** e também é fundamental compreender qual a natureza dos direitos fundamentais em questão e como se deverá proceder numa política legislativa eficiente para o setor.

Neste momento, cabe compreender que há uma dupla vertente de proteção dos direitos culturais: enquanto uma primeira vertente de proteção se dá num ambiente de **garantia de (acesso aos) direitos culturais** (e inclusive pela difusão e divulgação de criações artístico-culturais) e de liberdade criativa, a segunda ocorre pela **proteção das criações artístico-culturais**.

Ou seja, o Estado deve, concomitantemente atuar pela garantia e permissão de liberdade de criação cultural e de liberdade de acesso à cultura.⁷ Esta primeira análise,

a totalidade. Também o todo que é composto por todas as obras do artista que a criou. Igualmente do todo das criações artísticas postas antes dela mesma. Ela sempre se relaciona com seu criador, que por sua vez, igualmente compõe parte de um todo. E pela compreensão do fato do ser criativo encontrar-se num mundo posto, este já é influenciado pela percepção das criações artísticas já postas. A esta concepção do círculo hermenêutico no ambiente das criações artísticas nomeio como círculo criativo e o movimento inerente a este *locus*, circularidade criativa. O círculo hermenêutico, portanto, possibilita que a arte se manifeste, considerando-se seus antecedentes, em uma criação artística. O quanto desta criação deve ser atribuída ao autor é algo que não se pode mensurar no campo direito de autor sem a compreensão do círculo hermenêutico ora adaptado. E mesmo a origem da obra em si, não pode sofrer mensuração qualitativa considerando antecedentes sem a compreensão do círculo hermenêutico. **A tarefa filosófica do direito de autor é dizer o quanto o criador pode e deve ser protegido em sua individualidade por ter trazido ao mundo perceptível dos sentidos algo que se plasmou sob a forma de uma criação artística.** Neste sentido, entendo que o que está posto como antecedente à criação concretizada no círculo hermenêutico, exige, de fato, um retorno a seu lugar de origem, considerando a possibilidade de circularidade. Isto, porém, não pode ser visto sob o olhar econômico ou do direito sem apreciação da compreensão filosófica deste olhar do momento e do *locus* da criação.

⁷ Por outro lado, deve haver garantia da proteção das criações artístico-culturais (fundamentada pela proteção pelo direito de autor)

aparentemente, localiza os direitos culturais no ambiente dos direitos fundamentais de 1ª geração, uma vez tratando-se de proteger as liberdades inerentes à cultura e, por outro lado, o próprio desenvolvimento protetivo dos direitos de autor.

Delineando um pouco estes aspectos, e sob uma outra ótica, Jorge Miranda estabelece uma distinção entre a “... *Constituição cultural objectiva – a referente às instituições culturais e às incumbências do Estado e da sociedade – e uma Constituição cultural subjetiva – a referente aos direitos fundamentais*”.⁸ Entendo que há aspectos de ordem dos direitos subjetivos e de ordem objetiva em cada uma destas apreciações e, por isso, compreendo que a distinção entre a obrigação de garantia de acesso e a obrigação de proteção da criação são duas faces de uma mesma moeda que buscam um equilíbrio não somente da ordem econômica, mas simplesmente da permissão/remuneração da criação, o que é um dos grandes fundamentos da criação humana do ponto de vista da cultura como a tratamos neste texto.

Por outro lado, faz parte também deste estudo analisar que, além da garantia de acesso e da garantia da proteção no âmbito do direito de autor,⁹ há um elemento que promove um entroncamento a estas duas concepções: em que medida o Estado deve participar para promover a circularidade cultural, possibilitando as plenas liberdades criativas e garantindo, ao mesmo tempo, a proteção aos autores das criações artístico-culturais.

Esta função parece não estar totalmente presente no universo da 1ª geração de direitos fundamentais.

IV. Da presença do conceito das liberdades inerentes aos direitos culturais na circularidade cultural.

Como visto, tanto a permissão de acesso quanto a proteção cultural,¹⁰ entre outros elementos, estão incluídos no contexto da circularidade cultural.

Antes disso, porém é importante perceber que o primeiro elemento fundamental para compreensão da circularidade cultural é, desde já, apontar que as manifestações culturais (representadas pelas criações artístico-culturais) podem se dar de qualquer

⁸ *O Património Cultural e a Constituição (Tópicos)*, em *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Editora Principia, Estoril, 2006. p. 362.

⁹ A utilização da expressão direito de autor não importa em exclusão dos direitos conexos, mas somente decorre de uma sintética nomeação, em detrimento de direitos autorais ou direitos de autor e direitos conexos. Eventualmente, porém, no texto, farei uso da expressão em conjunto com direitos conexos, como medida de variar o modo de nomear para dar mais fluência ao texto, portanto, por razão mais estética do que efetivamente técnico-científica.

¹⁰ O que inclui, obviamente, a proteção pelo direito de autor.

forma, ou sob qualquer modalidade. Ou seja, não se pode limitar sob qual forma se dará uma expressão cultural vista como criação artístico-cultural. Por outro lado, o conteúdo por meio do qual se conceberá a criação artístico-cultural também não pode ser delimitado ou indicado. Desta forma, tanto no que se refere à questão de forma quanto à questão de conteúdo, as constituições contemporâneas tem atuado como garantidoras do processo eletivo por parte do criador de qual caminho este optará na sua criação, até mesmo por meio de garantias de liberdade de expressão. Isto se dá por meio da liberdade de criação implementada nos textos constitucionais, sendo certo que algumas constituições tratam de liberdades de expressão em gênero e outras tratam da liberdade de criação artística.

Pode-se, portanto, partir de um pressuposto que vem sendo alcançado com as constituições contemporâneas que se refere pela presença, direta ou indireta, da liberdade de criação artística. Dito de outra forma, o conceito amplo das liberdades civis republicanas e oriundas historicamente dos processos constitucionais da revolução francesa e do constitucionalismo norte-americano inclui a liberdade de criação artística, mesmo quando não especificamente indicada, o que conduz até hoje à compreensão destes valores, seja num contexto geral de liberdade (como no caso dos EUA¹¹), seja no conteúdo mais específico (como no caso, v.g. da Espanha e do Brasil¹²), ou ainda por meio de discussões, já à época destes momentos constitucionais, de temas inerentes ao direito de autor e direitos conexos. Isto foi observado no próprio surgimento do constitucionalismo, inclusive com a garantia da proteção das criações

¹¹ Nos Estados Unidos da América as liberdades mais aproximadas à liberdade de criação artística estão revistas já na primeira emenda constitucional (*Amendment 1*), por meio da liberdade de religião, liberdade de imprensa e liberdade de expressão: *O congresso não poderá criar nenhuma lei referente ao estabelecimento da religião, ou proibindo seu livre exercício; diminuindo a liberdade de expressão, ou de imprensa, ou o direito do povo de se associar em paz, e peticionar ao governo por reparação de ofensas.*

¹² Na constituição espanhola a liberdade de criação está prevista em conjunto com outras modalidades de liberdades inerentes à cultura, tais como liberdade de opinião, liberdade de cátedra, em seu artigo 20: *Art. 20-1. São reconhecidos e protegidos os direitos: a) A expressar e difundir livremente os pensamentos, ideias e opiniões mediante a palavra, escritos ou qualquer outro meio de reprodução. b) À produção e criação literária, artística, científica e técnica. c) À liberdade de cátedra. d) A comunicar ou receber livremente informação verdadeira por qualquer meio de difusão. A lei regulará o direito à cláusula de consciência e ao segredo profissional no exercício destas liberdades.* No caso do Brasil estão constitucionalmente previstas a liberdade de criação (Art. 5º, inciso IX - *é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*); a proteção efetiva do direito de autor e direitos conexos como direitos fundamentais (Art. 5º, inciso XXVII - *aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar*) e por fim, pela garantia de (Art.5º, inciso XVIII, a) *proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas* e (Art.5º, inciso XVIII, b) *do direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.*

artísticas prevista no Federalista 43, *in verbis*: *Os poderes conferidos pela constituição ...: A quarta classe de poderes compreende as seguintes autoridades: 1. A autoridade para promover o progresso da ciência e artes aplicadas, assegurando, por tempo limitado, aos autores e inventores, o direito exclusivo sobre suas escritas e descobertas (sic).*¹³

É importante também compreender que do conteúdo do Federalista 43 pode-se extrair um utilitarismo e um pragmatismo que influenciaria gerações de autoristas que ajuda(ra)m a formar um senso comum filosófico sobre o direito de autor, que circula entre as justificativas kantianas (de natureza moralista-personalista), lockeanas (de matriz altamente proprietarista) e de tendência utilitarista (especialmente no que se refere a Jeremy Bentham e a J. S. Mill).

Ou seja, hodiernamente, portanto, não parece repousar qualquer dúvida quanto ao fato de que a liberdade de criação artística deva estar presente como direito fundamental previsto nos textos atualmente em vigor, oriundos de democracias contemporâneas.

A liberdade de criação artística encontra-se de tal modo assentada como direito fundamental de 1ª geração que a discussão mais efetiva no que se refere à circularidade cultural talvez não esteja presente neste ambiente, visto que em alguma medida, o Estado, ao promover esta garantia de liberdade, já atua no fomento da movimentação inerente ao círculo cultural.

Há de se compreender, porém, que há um contemporâneo conflito no âmbito do direito de autor que traz importantes reflexos para os direitos culturais, e que venho identificando como o conflito entre libertarianistas e conservadores, e que passo a tratar seguidamente.

¹³ No caso do texto acima, faço a ressalva de que a melhor expressão a ser indicada, do ponto de vista técnico, deveria ser invenções, considerando o fato de que descobre-se algo que existe no mundo ou na natureza, enquanto inventa-se algo por meio de processo criativo. Daí que os autores são protegidos pelo processo criativo por meio de direito de autor e os inventores por meio do direito patentrário, pelo processo criativo-inventivo. Não obstante tão fato – plenamente justificável considerando que à época dos Federalistas os conceitos sobre a propriedade intelectual eram um tanto quanto incipientes – o que releva compreender é o fato de que já havia um entendimento de proteção da criação artística, por meio de estímulo ao progresso artístico (e também científico).

V. Libertarianistas e conservadores. Tendências no senso comum autoralista e reflexos nos direitos culturais.

O direito de autor, ainda que seja somente um dos componentes do universo mais complexo dos denominados por direitos culturais, traz reflexos de grande monta ao desenvolvimento cultural e estes reflexos relevam sobremaneira ao também desenvolvimento de políticas públicas culturais, pois dependendo da forma com que se assentam as ideias autoralistas (e a política autoralista), os resultados na produção cultural podem variar.

É verdade e evidente que não se pode esquecer que há liberdades que vem sendo observadas e interpretadas sob o viés de um certo “libertarianismo” excessivo, ao se considerar que obras que sejam protegidas por direitos de autor devam ser de livre circulação, em nome do acesso à cultura e informação, como medida de fomento da circularidade cultural. Os argumentos, porém, muitas vezes têm sido excessivamente direcionadores de pontos de vista pouco neutros, isto para não dizer os que são intelectualmente pouco honestos. Tenho classificado esta dualidade por meio de duas tendências, às quais denomino libertarianista e conservadora. A expressão libertarianista, propositadamente reducionista, tem como objetivo, sinteticamente, indicar que parte dos pensadores que tem atuado na seara do direito de autor e da propriedade intelectual apresentam tendências a liberar ou flexibilizar parte do conteúdo protetivo do direito de autor, por meio de atitudes e pensamentos que propõem, por vezes, uma revitalização e, por outras, uma excessiva fragmentação ou esvaziamento do direito de autor e de seu conteúdo. A utilização da expressão acentuadamente e (insisto) propositadamente reducionista foi a opção encontrada para evitar a expressão liberal ou liberais (pelo evidente conflito semântico que apresentaria com o conceito dos movimentos liberais do século XVIII). Também vi por bem não utilizar a expressão libertário, por entender que poderia haver um certo conteúdo preconceituoso nela, confundindo-se com um clamor revolucionário, que efetivamente não é o que pretendo indicar. Por outro lado, a expressão libertário vem sendo utilizada também com outra conotação. Libertário é o modo como se traduz, muitas vezes nos idiomas português e espanhol, o sujeito que se vincula às ideias do libertarismo que, por sua vez, é a tradução para o entendimento contemporâneo de linhas de filosofia política efetivamente liberal (ou acentuadamente liberal) nos EUA, como se observa em muitas fontes e é utilizada, por exemplo, por Michael J. Sandel na sua obra *Justice*.¹⁴ No texto original em inglês, Sandel faz uso das expressões *libertarianism* e

¹⁴ Michael J. Sandel é professor de filosofia em Harvard da mais concorrida disciplina daquela instituição, denominada Justice. Publicou entre outras obras, o livro *Justice – What’s the right thing to do*, que, em linhas gerais, representa o referido curso e foi traduzido para diversos idiomas. Indica o autor que “(...) os libertarianistas (ou libertários) são partidários que os mercados sejam livres e se opõem a qualquer regulação do Estado, mas o motivo desta sua atitude não é a eficiência econômica e sim a liberdade humana. (...)” *Libertarians favor unfettered markets and oppose government regulation, not in the name of economic efficiency, but in*

libertarian para nomear, respectivamente, a linha filosófica libertarianista e seus adeptos. O uso que faço da expressão libertarianista não possui, portanto, qualquer conteúdo das ideias de filosofia política e moral contemporâneas que tenham relação com as expressões indicadas. Por outro lado, no presente texto, oponho o conceito de libertarianista ao conceito de conservador. E, para os fins deste estudo, os conservadores são os pensadores autorialistas que apresentam nenhuma ou pouca tendência a flexibilização ou diminuição da aplicação de conteúdos da sistemática o direito de autor, em qualquer dos sistemas principais, seja *droit d'auteur* seja *copyright*. Devo ressaltar, meu entendimento é de que em verdade as posturas podem ser classificadas como conservadoras ou libertarianistas, mas não necessariamente os autores apresentam posições sempre libertarianistas ou conservadoras. Evidentemente que há uma tendência a um ou outro posicionamento ser mantido pelos autorialistas, mas esta tendência não confirma uma posição fechada. Portanto, há sempre possibilidade de “oxigenações” doutrinárias.

Neste sentido, a discussão mais importante que vem ocorrendo (sendo bastante reducionista) é o embate entre os defensores e apoiadores dos *Creative Commons* e os defensores de uma linha de direito de autor mais tradicional. O que importa indicar, antes de tudo, é que parece que a discussão entre o direito de autor mais tradicional e os *Creative Commons* faz sentido nos países de filiação ao sistema de *copyright*, por diversos motivos que valem a pena ser enumerados: 1 - no sistema de *copyright* a transferência dos direitos pode ser dar na totalidade dos direitos sem grandes discussões técnico-jurídicas; 2 - a possibilidade de atribuição originária da autoria diretamente a pessoas jurídicas;¹⁵ 3- os EUA possuem todos os mecanismos de distribuição de produtos de entretenimento/cultura que geram grandes volumes na economia mundial, seja por manipulações de mercados locais (muitas vezes por medidas altamente condenáveis, tais como “venda casada” de obras de audiovisual), pela utilização do mercado em língua inglesa, entre outros fatores. Por outro lado, são as próprias poderosas empresas de novas tecnologias (Google; Microsoft; Apple; Yahoo, etc.) que vem tomando posições contrárias aos titulares de direitos de autor e de direitos conexos, com a intenção de, entre outras atividades, possibilitar o “acesso livre” às informações e à cultura, com a incrementação ao de seus bancos de conteúdo (como vem sendo denominadas as criações intelectuais de um modo genérico nesta quadra da história). Em linhas gerais, por estes motivos, pode-se entender que

the name of human freedom” E continua indicando que há três tipos de políticas rechaçadas modernamente aplicadas pelos Estados contemporâneos: o paternalismo (como postura política ou mesmo política legislativa), a criação de legislações sobre questões morais e legislações ou questões sobre redistribuição de renda e patrimônio. SANDEL, Michael J. *Justice – What’s the right thing to do*. Farrar, Straus and Giroux. New York, 2009. p. 59. São indicados como *libertarianists* ou *libertarians* nos EUA o economista Milton Friedman, o ex-candidato à presidência dos EUA Ron Paule, entre outros.

¹⁵ Em oposição, por exemplo, à lei brasileira, Lei 9.610/98: Art. 11. *Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica*

a discussão entre os defensores de uma linha mais tradicional de filiação aos direito de autor e dos entusiastas dos *Creative Commons* não faz o mesmo sentido no Brasil ou em Portugal e nos EUA. Ainda assim, entendo que as discussões devam também ocorrer no cenário nacional de cada um destes países, em nome de uma evolução do direito de autor e das ideias em geral, mas compreendendo-se que não há correlação absoluta entre a problemática norte-americana e as brasileira e portuguesa, entre outras.^{16/17}

¹⁶ Outro exemplo desta diferenciação se observa na obra *Copyrights and Copywrongs, The rise of intellectual property and how it threatens creativity* de Siva Vaidhyanathan, p. 28: “*Copyright was to be a balance between the interests of the producer and the interests of the society of consumers, voters and readers. “O direito de autor era o equilíbrio entre os interesses do produtor (producer) e os interesses da sociedade de consumidores, eleitores e leitores.”* Como se observa, e complementando que foi indicado no final da nota de rodapé supra, o termo *producer* denuncia o entendimento típico do sistema de *copyright* e, portanto, típico da problemática norte americana.

¹⁷ Dentre as muitas correntes libertária(nista)s ou relativistas que tem como interesse diminuir a aplicação de pressupostos de direito de autor e de direitos conexos, os argumentos que conduzem à diminuição dos direitos aplicáveis surgem de aspectos inerentes às liberdades. Há um autor português, Vasco Pereira da SILVA, que indica questões referentes tanto a razões econômicas quanto aquelas de interesse das liberdades, tratado de analisar, inclusive, o importante viés constitucional e basilar tantas vezes esquecido pelos autoristas. O problema é que o autor quer trazer ao ambiente da criação sujeitos que não possuem qualquer possibilidade de serem considerados criadores da obra protegida. Em algum momento o autor resolve estabelecer a distinção - ou a identificação dos sujeitos que se referem à proteção constitucional da cultura. (Vasco Pereira da SILVA, *A cultura a que tenho direito. Direitos fundamentais e cultura*, Almedina, Coimbra: 2007. p. 95). Defende, posteriormente, que o direito à criação cultural tem como sujeitos, além do criador da obra (Id. p. 97), que está em primeiro lugar, outros sujeitos. Indica o autor que “*o âmbito de proteção subjetiva deve ainda ser alargado a todos aqueles que medeiam entre a criação e o trazer ao público da obra intelectual (muitas vezes substituindo-se aos artistas no processo da sua publicitação, divulgação ou mesmo comercialização...*” (Id. p. 97). E indica os referidos sujeitos, entre outros: editoras, agentes artísticos, produtores, mecenas e citando o autor alemão IPSEN indica que os mediadores do artista (*Mittler der Kunst*) cuja atividade é condição de realização da obra de arte, para que esta encontre seu público, também fazem parte do processo. Com a devida vênia ao autor, que de fato se debruçou sobre importantes temas inerentes aos direitos fundamentais, entendo que este pensamento está completamente equivocado em sua mais pura essência, qual seja, a própria origem da criação artística. O criador é unicamente aquele que possui a possibilidade e capacidade de desenvolver e trazer do mundo das abstrações psicológicas, sensíveis – do universo não palatável extra-sentidos – as sensações que irão se configurar como criações artísticas. Não há a menor hipótese de se considerar autor alguém que não tenha efetivamente sido o sujeito que possibilitou este nascimento da criação. Pode-se utilizar os argumentos que se entender para atribuir a titularidade ou autoria originária a qualquer outro que não o autor, mas esta atribuição será sempre uma ficção do universo jurídico, seja nas contemplosões de titularidades derivadas ou mesmo na consideração de criações como de pessoas jurídicas. Até mesmo o argumento que se possa utilizar com que a criação decorre da percepção humana do que está no mundo, e que, portanto, o criador ser o remetente criador de algo novo (ou fio condutor de algo novo, no ambiente das artes) ainda nestas circunstâncias não há que se falar em atribuição do conceito de criador a um terceiro que não este mesmo sujeito que efetivamente trouxe à cabo a possibilidade de transformar um vazio artístico, ainda que com cores de outras criações anteriores, em

VI - Os transbordamentos fronteiriços dos conflitos típicos do direito de autor.

Venho insistindo na ideia de que o direito de autor é um terreno voltado ao surgimento e fomento de vilanias e dualidades radicais. Isto pode ser verificado em muitos momentos de sua história e particularmente em posições que representam interesses de grande monta, como por exemplo nos conflitos entre entidades de gestão coletiva e usuários de obras protegidas e entre artistas do setor musical e companhias fonográficas e editores musicais. Esta espécie de fundamentalismo autoralista e a oposição de interesses daí decorrentes incrementou-se com o transbordamento fronteiriço das questões típicas de oposições do direito de autor para o terreno mais amplo que inclui também as ditas liberdades civis, ou as liberdades no âmbito dos direitos fundamentais. Desta forma, o que antes se configurava como um entorno de conflitos internos, na ordem de direito de autor e o equilíbrio que deveria (e deve) estar presente nesta categoria jurídica, na contemporaneidade transborda-se para além do direito de autor. Neste sentido, podem ser sentidos pelo menos dois efeitos imediatos: Em primeiro lugar o direito de autor passou a ser tema de interesse de uma maior camada da população (até mesmo porque a circulação dos bens culturais passou a ser muito mais ampla). Em segundo lugar, os direitos fundamentais, principalmente no que tange às liberdades, entraram no jogo conflituoso. Ora, desta forma, e considerando que o que passou a ser alardeado foi a tensão entre direito de autor e as exclusividades inerentes a esta categoria jurídica e as liberdades, em especial a liberdade de expressão e a liberdade de acesso à cultura, os conflitos passaram a dar-se de forma atentatória a aspectos filosóficos e ingressaram no terreno do econômico.

Explico: se bem é verdade que parte significativa dos conflitos entre direito de autor e a possibilidade de criação (comportando, portanto, a liberdade de expressão) e a liberdade de acesso à cultura decorre dos excessos na exclusividade do direito de

algo novo e perceptível aos sentidos. Um mecenas, portanto, não poderia, em nenhuma hipótese ser comparado ao criador da obra que participa por meio do mecenato, por mais que sua condição seja a de possibilitador da divulgação da obra. Entendo, quando indica o autor que não se trata de uma igualdade de condições. Entendo que defende sua tese (e do citados autor alemão) como uma possibilidade de inclusão dos mediadores culturais na condição de titulares de direitos à liberdade criativa e não criadores em si. Entendo porém, também, que não obstante possibilitarem o livre exercício dos artistas mais criativos, não merecem coautoria nem qualquer atribuição assemelhada com esta, pelo simples fato de possibilitarem uma liberdade. A problemática mais significativa se dá no fato de que a expansão artificial desta condição pretende igualar os criadores aos meros mediadores numa ordem forçosa, considerando que as razões de ordem filosófica demonstradas neste artigo indicam já a sua impossibilidade, visto que os demais partícipes do processo indicados por SILVA não se encontram no círculo hermenêutico de onde surgem as obras. Alegar que são livres para fazer circular a obra não os iguala aos artistas, mas os coloca em condições distintas de mediadores, possibilitadores, difusores, portanto, seria razoável denominá-los como titulares de **direitos de livre difusão da arte**, ou outra nomenclatura que se queira utilizar, mas seria excessivamente forçoso denominá-los por titulares de um direito à livre criação artística, mas titulares de direito à livre circulação artística.

autor, também é verdade que parte do conflito é artificializado por razões muito mais econômicas do que efetivamente de conteúdo concretamente jurídico e filosoficamente adequado (para dizer o mínimo). Ora, ainda que se possa indicar que parte do processo criativo dependa do acesso a bens culturais (considerando-os como criações) é um exagero e uma inadequação afirmar que o direito de acesso à cultura conflita necessariamente com o direito de autor, prejudicando, portanto, necessariamente, o destinatário do bem cultural.

Ou seja, em suma, pode-se realmente afirmar que parte significativa do que é produzido culturalmente inclui-se num processo constante de adaptação, reciclagem, revisões, versões e variações sobre a temática de reestruturações, seja de ideais ou de resultados formais, ou seja, obras. Por outro lado, não se pode afirmar que o direito de autor, simplesmente pelo fato de fundamentar-se na atribuição de exclusividades possa interferir de modo tão negativo impedindo o processo criativo.

Isto, portanto, no que se refere à liberdade de acesso, para pontuar parte do conflito. Por outro lado, no que tange à liberdade de expressão, visto como processo de criação, o direito de autor não é um natural opositor ou uma espécie de predador natural das liberdades criativas ou da liberdade de expressão. Se é bem verdade que o processo criativo eventualmente possa ser limitado às exclusividades inerentes ao direito de autor (de fato, muitas vezes excessivo) também é verdade que se cria com o que há de disponível como matéria prima. Deve-se compreender que matéria prima, neste sentido, não é somente o que pré-existe como obra criada, mas todo o entorno cultural objetivo, mas primordialmente subjetivo que compõe a possibilidade de criação. A visão de mundo do sujeito-criador, do potencial autor de obras compõe-se como elemento também significativo sem que haja interferência direta inerente a exclusividades concretamente apontáveis como necessariamente violadoras do processo criativo.

Ocorre que o direito de autor deve ser aplicado considerando a visão de mundo (*Weltanschauung*) de cada sujeito-criador que, por sua vez, deve receber a possibilidade de que lhe seja aplicado o direito independente das fontes que conduziram à criação, além, obviamente, de não interferir neste processo o grau de erudição e de estilo decorrente do estudo que recebeu. É portanto um equívoco, à luz do *círculo criativo* (e das potencialidades criativas), atribuir-se um conflito antagônico constante e aplicável em tese entre direito de autor e liberdade de expressão, pois a liberdade de expressão comporta a maior potencialidade possível de se expressar e criar com o que existe de disponível no círculo criativo¹⁸ de cada sujeito-criador.

¹⁸ O círculo criativo é um conceito que venho desenvolvendo e que se refere ao *locus/momentum* (circunstância espaço-tempo) no qual se dá o processo interpretativo-criativo. O sujeito-criador interpreta o mundo por meio de seus sentidos e estabelece um processo interpretativo-criativo por meio do qual irá promover o surgimento de uma manifestação artístico-criativa que irá fun-

Nesta ordem de ideias, possivelmente um compositor erudito teria mais condições de compor uma sonata em detrimento de um compositor de natureza artística menos voltada à erudição musical. E isto por uma questão cultural, de envolvimento com determinada forma de expressão. O mesmo se daria numa interpretação de uma situação ao inverso em que os executantes de instrumentos musicais de estilos musicais mais populares seguem uma tendência ao improviso menos alcançada nos músicos executantes de filiação mais erudita. E, neste sentido, o acesso a um universo de obras pré-existentes ao processo criativo e que compõem o círculo criativo não pode ser um elemento indicativo de ofensa à liberdade criativa.

No mais, se coloca a pergunta: e por que a liberdade de expressão se dá necessariamente em decorrência de como o (um) outro se expressou? O que está disponível na visão de mundo de cada um não é suficiente? O que entendo é que este cavalo de batalha utilizado por posicionamentos demasiadamente libertarianistas representa um argumento falacioso para alcançar uma finalidade injusta e inadequada, o que não significa, de modo algum, falar-se em proteção de direito de autor em detrimento da liberdade de expressão.

Por fim, os excessos no fomento e no acirramento do conflito, faz uso de ferramentas que denomino mantras performáticos e que passo a descrever.

VII. Os mantras performáticos.

Mantras performáticos são expressões utilizadas com o fim, primordial, de buscar um convencimento retórico de ideias presentes no senso comum dos autorialistas e que são utilizadas esvaziadas do seu conteúdo efetivo.

O uso de expressões como: *o direito de autor é contrário ou ofensivo à liberdade de expressão; a cultura é grátis; o direito de autor protege os criadores*, entre outras expressões conduzem ao esvaziamento das aplicações das leis de direito de autor ou a sua utilização ilegítima.

Esta utilização ilegítima pode ocorrer por parte de grandes corporações que tem como objetivo construir grandes bases de dados ou cobrar pelo acesso aos denomi-

damentar a existência de uma obra. É uma adaptação do conceito de círculo criativo gadameriano. O círculo criativo possibilidade que o sujeito-criador esteja em posição de criação a qualquer momento, sendo-lhe dispensado o atendimento a um local de entrada. O círculo criativo (e a circularidade criativa que lhe é ínsita) fazem surgir a necessidade de se promover a aplicação do Direito em determinadas circunstâncias inerentes ao processo interpretativo-criativos.

nados conteúdos; representantes de titulares, titulares de direito de autor de direitos conexos e associações diversas; associações de consumidores; entidades de gestão coletiva e diversos outros agentes atuantes no cenário do direito de autor que fazem uso dos mantras para criar ideias ideologicamente contrárias a uma ou outra linha de direito de autor, cabendo lembrar a divisão conceitual (insisto, sempre reducionista) em dois grandes grupos (quase sempre diretamente) conflituosos: conservadores e libertarianistas.

Os mantras performáticos são expressões utilizadas com a finalidade simbólica e muitas vezes ilegítima, por terem sido baseadas em concepções exageradas e muitas vezes artificialmente conflituosas criadas/surgidas fora de análises filosoficamente justificantes do direito de autor. Por diversas vezes não são necessariamente utilizadas sob a forma de frases, mas ideias, repetidas à exaustão, que também criam um falso convencimento na sociedade de valores que fortalecem um senso comum teórico dos autoristas que impede reflexões efetivas, em especial do ponto de vista filosófico.

A utilização dos mantras performáticos pode se dar em textos escritos; por meio de apresentações em congressos, palestras ou seminários; em textos legislativos; em material de divulgação, sob a forma escrita ou mesmo verbal.

O maior perigo dos mantras performáticos é o esvaziamento do conteúdo efetivamente autêntico ou correto que possa albergar e que acaba sendo desvalorizado com o uso de suas ideias centrais fora de contextos, exageradamente, de forma ideológica ou sob a forma de argumentos sob a forma *denon sequitor*.

A utilização por parte de empresas que possuem interesse direto em que a informação e os bens culturais sejam de custo baixo ou nenhum custo de licença ou cessão é um exemplo de utilização de expressões mânticas que buscam simbolicamente esvaziar o direito de autor ao afirmar que *a Internet é um território livre* ou ainda que *o direito de autor ofende a liberdade de acesso à cultura*.

Ora, é verdade que a Internet deve ser um território livre, mas a existência do direito de autor (por si só) não é o obstáculo à liberdade na Internet (como também deve ser afastada a ideia de que o direito de autor é um predador natural da liberdade de expressão e liberdade criativa. Há outros obstáculos e, por outro lado nem toda obra protegida por direito de autor pode ser considerada um obstáculo à liberdade de acesso. No mais, pode-se relativizar o direito de autor e, portanto, afirmar que ele é um obstáculo por si só é, do ponto de vista da hermenêutica, impossibilitar a sua relativização, o que é altamente paradoxal.

Por outro lado, também se está diante do uso de mantras performáticos quando se verifica a utilização de expressões indicativas de que toda a postura política e defen-

sora do direito de autor decorre da *proteção dos interesses do autor*, constantemente utilizadas por grandes corporações e entidades de gestão que pretendem confundir a figura do sujeito-criador com o titular de direitos patrimoniais de autor. Este exemplo de mantra performático transforma esta ideia, não obstante o seu conteúdo essencialmente e teoricamente válido, em um argumento falacioso quando quem o afirma não é um sujeito-criador ou até mesmo quando há um desvio na atribuição da condição do sujeito criador sem respeito à igualdade.

Os mantras performáticos, como se vê, fortalecem uma tensão existente do ponto de vista potencial entre as liberdades e o direito de autor, possibilitando uma sedimentação injusta e inadequada das dualidades radicais, prejudicando a reflexão sobre o o direito de autor, as liberdades de expressão, de acesso à cultura e, em suma, as reflexões sobre os direitos culturais.

VIII - O equívoco das atribuições conflitantes na seara econômica.

Um dos equívocos que se destaca no senso comum autoralista é exatamente o de se fazer acreditar que as discussões de direito de autor contemporâneo devem ser amparadas sempre por um viés preferencialmente econômico, sem análise das questões filosóficas. Como alguns dos mais significativos nomes trouxeram elementos de natureza econômica, há uma repetição por parte significativa da academia ressonando ideias aparecem nos conflitos econômico-ideológicos apontados por Lessig, Smiers, Paltry, Hyde (para citar alguns), quando há muitas discussões interessantes propostas por estes autores de matriz naturalmente filosófica. Este viés econômico, ou, dito de melhor modo, esta tendência a estabelecer o conflito na seara dos valores econômicos, vem fomentando as vilanias tão típicas do direito de autor e que, neste cenário transbordam para os direitos culturais, com o uso dos mantras performáticos e com o acirramento de questões que, muitas vezes sequer são as mais relevantes.

Assim, ainda que se compreenda que a liberdade de criação artística (que obviamente passa por uma liberdade de acesso à cultura) não é questionável do ponto de vista do conceito de circularidade cultural, é certo também que não se pode considerar que a cultura deve ser gratuita ou por outro lado, garantida pelo Estado em toda a sua amplitude (por políticas de fomento cultural decorrentes de leis de incentivo, leis de meia entrada, etc.).

Este processo retro-alimentador de produção cultural é inerente ao círculo cultural, mas efetivamente não pode ser visto como uma vertente de desobrigação de toda uma gama de direitos que estejam intrinsecamente relacionados. Neste sentido, não se pode compreender que direitos de autor diversos de titulares sejam completamente ignorados em nome da liberdade de criação, pois mesmo com a presença dos direitos de autor (e desde o início de sua implementação) sempre houve liberdade

criativa. No mesmo diapasão, não é justo que os produtores culturais devam encontrar mais dificuldade no âmbito da difusão da cultura por estarem submetidos a obrigações de cunho econômico impostas, sem qualquer questionamento aos próprios produtores culturais, como é exatamente o caso das leis de meia-entrada (somente para citar um exemplo). Ou seja, o conflito da liberdade criativa com a liberdade de acesso cultural é artificialmente trazido ao ambiente da circularidade cultural, *locus* de importante valor filosófico, quando na verdade o que se pretende, muitas vezes, é definir direções econômicas, políticas e muitas vezes de política de baixo nível significativo e meramente com fins eleitoreiros.¹⁹ O ambiente de discussão deve, portanto, ser reavaliado para que as discussões de ordem extra-econômicas possam vir à tona, favorecendo as análises de ordem filosófica.

Ou seja, é evidente que as liberdades de acesso à informação e a proteção da cultura estão em conflito, mas o que pretende uma política de implementação efetiva de direitos culturais amparado por aspectos de relevo à criação artística é um catálogo legal que imponha a obediência ao princípio filosófico inerente à circularidade criativa, ou seja, a que a criação é livre e pode ser oriunda da percepção de outras criações anteriores²⁰ e que ainda assim respeite às obras anteriormente criadas, as leis de

¹⁹ Veja por exemplo o tema das leis de meia entrada existentes no Brasil. Há um evidente acúmulo de leis com finalidades que não a verdadeira inserção de categorias de pessoas no ambiente da circularidade cultural pelo acesso a manifestações culturais. Em algum sentido, isto decorre do fato de que a constituição brasileira, excessivamente descritiva na intenção de proteger o cidadão – o que historicamente é obviamente aceitável – acabou criando condições para conflitos de competência, considerando, p. ex. que a União, os Estados e os Municípios devam tratar concorrentemente, sobre questões inerentes às relações de consumo e patrimônio cultural e artístico e educação e cultura, como se depreende do Art. 24, inciso V: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal, legislar concorrentemente sobre: ... VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico...VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico ...IX – Educação, cultura, ensino e desporto. Neste sentido, o que seria benéfico acabou, no tema específico das leis de meia-entrada e outros temas inerentes à cultura, sendo pernicioso e possibilitador de posturas eleitoreiras. No mais, a atenção demasiada a grupos privilegiados por leis de meia-entrada acaba prejudicando os que não fazem parte dos grupos destacados, e aumentam o valor dos ingressos para atividades culturais. Assim, existem diversos diplomas de competência federal e estadual que instituindo o benefício da meia-entrada e possibilitando conflitos de competência e políticas eleitoreiras. São exemplos de leis de meia-entrada a Medida Provisória 2208/2001 a Lei estadual (RJ) 2519/96, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003, que não obstante não se caracterizar como uma lei especificamente com esta intenção, também trata do tema em seu artigo 23: *A participação dos idosos em atividades culturais e de lazer será proporcionada mediante descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais*) e, para se ter uma ideia, as leis 7844/92; 10.858/01 e 13.715/04 somente para citar o Estado de São Paulo.

²⁰ Ligeiramente distinto, mas com ideia bastante aproximada a que indicamos está o texto de Mario G. Losano, em Sistema de estrutura no Direito, volume 2 – o século XX, Editora Martins Fontes, São Paulo: 2010, p. 35: *No mundo do pensamento, as inovações raramente cancelam o antigo, mas, muitas vezes, a ele se superpõem, de forma que a reação a um movimento de*

direitos de autor, as liberdades inerentes ao acesso à cultura e liberdade de acesso à informação. Estando obedecidas estas condições, o círculo cultural será devidamente alimentado pela participação dos criadores e dos destinatários, sem violações de direitos.

Pode-se perceber, portanto, que a liberdade criativa está diretamente relacionada à proteção que recai sobre o criador pela lei de direito de autor pela remuneração que lhe é destinada (Lei 9.610/98) e que, portanto, o conflito pode até mesmo não se apresentar. Ou seja, a liberdade criativa permitida ao criador efetivo ou potencial é objeto de proteção no momento em que esta se exterioriza sobre as ideias que passam a ser perceptíveis pelos sentidos, após a tradução do criador de elementos do universo da sensibilidade para o universo da percepção de terceiros. O criador traz do universo cultural abstrato e ilimitado algo que, sob a forma de obra artística, será percebido por terceiros (e ele mesmo) após o processo de exteriorização.²¹

Assim sendo, o criador é também destinatário da liberdade de acesso, no mínimo pela escolha das fontes de algo que lhe possa conduzir a uma nova criação, à liberdade de observação, como leitor, receptor, ouvinte, analista de todo este complexo inerente ao destinatário da criação artística que será passível de um processo de retroalimentação no ambiente da circularidade cultural, considerando, também, que há uma saudável espécie de *promiscuidade cultural* entre as posições ocupadas pelo criador, ora como sujeito criador, ora como destinatário. E esta potencialidade é inerente a toda universalidade de pessoas, numa evidente proteção constitucional de um viés universalizante das liberdades criativas de um lado e de liberdade de acesso, e de recepção de informações, dados e cultura, de outro.

Por outro lado, parece não ter havido uma consolidação efetiva das posições ocupadas pelo Estado fora do âmbito dos direitos fundamentais de 1ª geração, representados, principalmente, pelo conceito das liberdades. Há portanto, lacunas a serem preenchidas no que se refere às obrigações do Estado em relação ao desenvolvimento da cultura em, constatando-se que, também neste aspecto, o Estado deixou de

pensamento assinala o retorno às ideias contra as quais o próprio movimento reagira. Ainda que o texto de Losano se refira a discussões inerentes a estrutura do Direito em modo amplo, em especial sobre o positivismo e o neokantismo, evidencia-se que esta mesma lógica decorre do processo criativo e do que faz parte do círculo criativo que, em grande medida, justifica a própria existência do círculo cultural, considerando que novas criações artístico culturais comprovam o movimento circular de criação.

²¹ As condições de possibilidade para a proteção de uma criação artístico cultural e, conseqüentemente uma obra artística são: (1) criatividade – a obra necessita decorrer de uma criação humana; (2) exteriorização – a obra necessita ser exteriorizada pelo criador, trazida ao mundo dos sentidos ao inteligível e (3) originalidade (ainda que relativa) – a obra necessita ser diferente de outras obras anteriormente criadas.

observar o que Streck correntemente denomina de *promessas não cumpridas da modernidade*.²²

Pode-se concluir, até o momento, que efetivamente há uma preocupação da ordem constitucional em promover uma ampla liberdade criativa, liberdade esta que também se assenta em outras modalidades, tais como liberdade religiosa e liberdade profissional, somente para citar algumas, mas isto não vem sendo suficiente para o fortalecimento do círculo cultural.²³

Ora, considerando-se o universo dos direitos culturais, de fato isto ainda não é suficiente, pois entendemos que a cultura, como elemento parte formador do desenvolvimento de um povo, muitas vezes não pode ficar simplesmente à espera de que o seu próprio povo decida como deverá ser indicada a quem, talvez, sequer tenha conhecimento da mesma. Ou seja, a cultura e a manutenção do que são os direitos culturais por meio do acesso a atividades culturais compreendem uma circunstância diferenciada da liberdade de criação artística.

Atente-se ao fato de que ao se falar de direitos culturais também se faz referência à necessidade de que a cultura circule, e, neste sentido, a liberdade não é um elemento suficiente para tal efeito. Não há dúvidas, porém, de que este aspecto deve ser visto com bastante parcimônia, ao se compreender que um dirigismo cultural não pode ser implementado pelo Estado, pois, de outra forma, se poderia conduzir a uma situação ainda mais grave do que a simples ignorância da necessidade da participação do Estado nesta circunstância fática a qual já denominamos circularidade cultural.

Tudo isto, dito de outra forma, significa que o Estado deve participar do movimento do círculo cultural, ao qual denominamos circularidade cultural. Ocorre que as liberdades civis manifestadas sob a forma de liberdade criativa não atendem à necessidade de impulso difusor da cultura por parte do Estado. Para ser mais direto, ainda que a garantia da liberdade de criação e expressão artística livre esteja presente no texto constitucional, isto não é garantia de que a cultura circule. Evidentemente, permite a circulação, mas não a promove. Ou seja, não é simplesmente permitindo que qualquer criador em potencial tenha liberdade criativa em detrimento de censura que o Estado promoverá o acesso à cultura.

Esta ordem de ideias conduz à evidência de que também é necessária uma participação mais efetiva do Estado por meio dos direitos sociais para o desenvolvimento dos

²² Sobre o tema e as expressões utilizadas por Lenio Luis Streck, ver, por todas as suas obras: *Verdade e consenso – uma teoria da decisão*, Editora Livraria do Advogado Forense, Porto Alegre, 5ª edição: 2006.

²³ Ainda está presente como representação do Brasil o trinômio futebol-praia-samba, muitas vezes como se não existisse qualquer outra modalidade de manifestação cultural.

direitos culturais. Ora, se a liberdade criativa decorre de uma necessidade de possibilitar a maior amplitude possível de criações artísticas, os direitos sociais tem como função trazer à sociedade o que o liberalismo não permitiu que surgisse em condições igualitárias. O que se pretende é que manifestações artístico-culturais sejam efetivamente promovidas pelos direitos fundamentais sociais, além de todo o entorno de participação ativa na circulação cultural já indicado neste estudo.

IX. Da cultura como complementação do processo educacional.

Desde há muito deve ser percebido que o fato de a cultura ser a manifestação representativa de um povo não afasta sua caracterização como conjunto de conhecimentos que fortalecem a educação. Ou ainda, pelo menos deve se afastar o entendimento de promoção da cultura como complemento do binômio “pão e circo” e tratá-la como elemento para uma melhoria na formação da sociedade e desenvolvimento de diversas ordens, inclusive, econômica.

Por outro lado, a cultura representa um povo porque este se vê representado nela. E desta forma, só poderá se ver representado em uma manifestação cultural aquele indivíduo que **compreende o universo cultural do que faz parte**. Como é evidente, somente poderá ser representado na cultura alguém que tenha acesso à ela.²⁴

Neste sentido, a necessidade de implementação de elementos de educação que possam permitir um ponto de partido idêntico ou assemelhado a todos os participantes da sociedade decorre da presença, no ambiente educacional, das variadas e distintas manifestações representativas de um povo, sob a forma de conjunto de conhecimentos culturais (**conjunto de conhecimentos que possa ser formador das capacidades de desenvolvimento da pessoa, por meio de manifestações culturais**).²⁵

²⁴ Neste sentido, é ainda mais relevante a implementação do acesso à cultura, e ainda mais, por meio de uma valorização de uma cultura nacional, diferenciadora, ao mesmo tempo em que se deve promover o acesso às diferentes manifestações culturais, com a finalidade de, ao mesmo tempo, situar o destinatário das manifestações culturais no universo mais amplo possível, mas, outrossim, de fazê-lo compreender o universo cultural do qual faz parte, evitando uma compreensão artificial e já tão acentuada em uma padronização cultural. Este fato, inclusive, decorre do que bem indicou Ahmet DAVUTOGLU, *A hegemonia econômica e política [...] da civilização ocidental [...] faz de sua cultura um padrão válido em termos globais para sociedades diferenciadas. Tal homogeneização da cultura global, contudo, está se tornando uma ameaça ao pluralismo cultural, um pré-requisito para qualquer tipo de diálogo e interação entre civilizações, cujo discurso é incoerente com a ausência de pluralidade.* (grifei), Em: *Cultura global versus pluralismo cultural: hegemonia civilizacional ou diálogo e interação entre civilizações*, em Direito Humanos na sociedade cosmopolita, organizador: BALDI, Cesar Augusto, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2004, p. 105.

²⁵ Para simples reflexão é importante compreender alguns elementos entre as culturas de massa, erudita e popular: Cultura de massa – é a cultura originária da produção industrial e não do surgimento espontâneo como manifestação social. É possível, porém, que seja originária de uma

A educação, portanto, está diretamente relacionada à cultura e, neste sentido, deveria ser efetivamente considerada a universalização das diversas manifestações culturais, visto que enquanto que se considera que o objetivo da universalização educação permite o conhecimento mínimo e básico para se alcançar o mesmo ponto de partida para todos os membros de uma sociedade,²⁶ deveria estar a cultura presente, no mínimo, como complemento do processo educacional,²⁷ e, neste caso, mesmo quando necessariamente tivesse que ser promovida pela Estado. Ora, mesmo eventualmente interpretando-se a cultura como meramente complementar ao processo educacional (e não como representatividade de um povo) também deve haver um mínimo desenvolvimento cultural a ser implementado o que conduz à compreensão do desenvolvimento cultural ao nível de proteção da educação, como direito fundamental social e não um direito de natureza difuso de difícil identificação.²⁸

Desta forma, todos deveriam ter acesso à cultura, como possibilidade para que, diante de cada critério pessoal e de acordo com as manifestações de seu interesse, possam ser feitas escolhas de complementação educacional.

Há de se compreender, portanto, que o processo de desenvolvimento cultural, por ser dinâmico e contido na circularidade cultural, necessita de estímulo, especialmente para inclusão das classes sociais economicamente menos favorecidas. Pode parecer pouco, mais um simples concerto de música erudita numa praça pública com uma

migração artificial de uma cultura popular ou erudita para o ambiente da indústria cultural. Cultura erudita – É a cultura originária de um grupo social que ao se expandir para além das fronteiras deste, é compreendida por outros grupos como importante e necessária para a elevação ou manutenção do *status* social. Cultura popular – É a cultura originária de um grupo social, determinável ou não, sem transbordamentos para além deste, e representativa de sua coletividade criadora. É a cultura para *consumo interno* do grupo social que a criou ou deu origem.

²⁶ O que deveria ocorrer por meio de um “ponto de partida” universalizado por meio da efetivação da universalização da educação, ponto no qual ainda não chegamos no Brasil, ainda que a universalização do ensino fundamental já seja uma grande vitória.

²⁷ Como visto, é importante identificar o conteúdo do que se pretende compreender como cultura no universo jurídico, e, em especial, no contexto do direito constitucional. Há um certo padrão constitucional na compreensão do que seja *cultura* observado nas diversas constituições democráticas. Este padrão não segue a compreensão do que seja a cultura num sentido amplo mas, sim do que seria a cultura a ser promovida, estimulada ou desenvolvida pelo Estado. O padrão deveria ser um pouco mais direcionado à indicação da cultura como manifestação de expressão do povo, mas, insistimos, sempre relacionada ao conteúdo da educação. Neste sentido, este conceito de cultura, se aproxima, evidentemente, do conteúdo de educação como direito fundamental social e, portanto, de obrigação de cumprimento por parte do Estado, o que fortalece a compreensão de cultura ou de direitos culturais como direitos fundamentais como direitos sociais, portanto de 2ª geração, em conjunto com a sua concepção como direitos de 1ª geração e, eventualmente, de 3ª geração.

²⁸ Ou como um vertente das liberdades criativas, que, neste caso especificamente, não apresentam qualquer relação.

programação de compositores nacionais faz, por si só, grande diferença do ponto de vista do estímulo para a criação musical e para a absorção da cultura brasileira. Uma multiplicação de atividades desta natureza fomenta o interesse e desenvolve a difusão cultural, o que pode não ser visto como uma preferência qualitativa nas atividades culturais em países como o Brasil,²⁹ em que o catálogo de direitos sociais ainda se apresenta tão incompleto diante das obrigações do Estado, mas certamente fomenta o interesse e sedimenta os valores culturais a longo prazo.³⁰

X. Da consideração dos direitos culturais como direitos fundamentais sociais.

Como já foi visto, é fundamental salientar a relevância do desenvolvimento cultural para um país que pretende valorizar sua cultura e para que possa compreender os valores formadores da sociedade que o compõe. A cultura e sua proteção, porém, sempre foram atividades consideradas de segunda linha, até mesmo quando políticas populistas são aplicadas.³¹ Não se percebeu, portanto, que os direitos culturais não podem ocupar um lugar de importância no constitucionalismo se não se considerar a cultura como um elemento formador social. Um valor importante para a sociedade. Esta é a dificuldade inerente a consideração efetiva do constitucionalismo dos valores culturais. A ocupação de um lugar periférico no texto constitucional (e nas discussões constitucionais) somente ajuda a afastar a compreensão de que a cultura é fundamento ético e formador do povo brasileiro.³²

No caso da CRFB somente no Art. 215 e seguintes houve indicação mais precisa do que seria (ou de como deveria se dar) a presença do Estado no ambiente de proteção cultural, do ponto de vista constitucional. Percebe-se que a sua localização no texto constitucional, mesmo considerando-se que é obedecida uma ordem lógica de ideias proposta pelo texto constitucional em vigor, também significa, em alguma medida, um certo desprezo que o Estado brasileiro possui pela proteção da cultura, em detrimento de como a cultura é vista em outros países.

²⁹ Digo isto, pois o dirigismo cultural sempre é uma preocupação em países de constitucionalidade ainda tardia, com possibilidade de resgate (ou promoção) de atuações populistas.

³⁰ O mesmo ocorre com outras atividades mas que, diante de uma maior popularidade, estimulam uma maior participação da sociedade e tem resultado mais evidente e facilmente comprovável. Basta pensar que quando algum esportista se torna um profissional de destaque logo ocorre uma maior procura pela prática de tal esporte.

³¹ Como muitas vezes se observa em medidas de política legislativa típicas de leis de incentivo e leis de meia entrada, somente para citar algumas.

³² Como já citei neste mesmo artigo, e insistindo nas palavras de BARRETTO: *o acesso ao conhecimento irá tornar o homem livre, pois será o ato mais revolucionário de toda a cultura humana.*

Sabemos, portanto, que os direitos fundamentais sociais não são de fácil concepção e efetivação.³³ Deve-se compreender, portanto, que não obstante o fato de que a grave crise paradigmática que atravessa o Direito atinge todas as suas áreas, o direito constitucional e, em especial, os direitos fundamentais parecem ser os mais sacrificados, seja pela dificuldade de implementação, seja pela inefetividade constante. E, tratando-se de inefetividade, se é possível apontá-la em ambientes protetivos da saúde e outros componentes de ordem assumidamente mais relevantes para o Estado, imagine-se a inefetividade no universo do desenvolvimento cultural e da educação.

São, pois, direitos mais “caros” que outros grupos de direitos e custam altos valores aos cofres do Estado e, portanto, também custam muito aos contribuintes. Imagine-se ao considerar direitos que além de “caros” ainda são considerados *de segunda linha*, como é o caso da proteção e acesso à cultura.

Por outro lado, no que se refere à educação, as obrigações do Estado devem seguir em direção a uma busca de igualdade (de conhecimento de elementos culturais básicos) como ponto de partida. Isto porque, como afirma LEAL:

*O que está em jogo com esta perspectiva do conceito de igualdade é exatamente a garantia sistemática e integral de comandos constitucionais principiológicos atinentes ao pluralismo e à diversidade social, assegurando o tratamento diferenciado-igualizador de sujeitos desiguais materialmente.*³⁴

A igualdade possui o condão coletivista de permitir o acesso de todos à educação como meio de possibilidade de participação (e inserção) social.³⁵ Neste sentido, o acesso às manifestações culturais, como medida de conduzir o ser humano a uma formação básica que lhe coloque em condições de igualdade com os demais, é uma

³³ Neste sentido, cabe indicar, ainda que em referência ao direito à saúde (mas também da ordem dos direitos fundamentais sociais, o entendimento de Rogerio Gesta LEAL: “Assim, o direito à saúde não pode se concretizar, ou pelo menos não se concretiza somente através de uma política constitucional, eis que esta é, *prima facie*, uma projeção imperativa sobre órgãos constitucionais do Estado das contingências de várias esferas da sociedade.” *A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional*, em www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/DireitoSaude.doc, p. 20.

³⁴ LEAL, Rogerio Gesta, *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais - os desafios do Poder Judiciário no Brasil*, Editora Livraria do Advogado, 2008, Porto Alegre, p. 127.

³⁵ A educação não deve ser, porém, amparada por políticas de restrição estatais de desenvolvimento cultural ou mesmo direcionadoras, ou nas palavras de Jorge Miranda, “O Estado não pode atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas. (*Liberdade religiosa e Liberdade de Aprender e Ensinar*, em *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Editora Principia, Estoril, 2006, p.197.

vertente da proteção e garantia da dignidade da pessoa humana³⁶ e este sentido evidencia que os direitos culturais, ainda que no que corresponda ao menos neste aspecto, são da natureza dos direitos humanos.^{37/38} Isto parece ser compreendido em outros aspectos sociais, tais como o acesso às novas tecnologias (já não tão novas assim), como Internet e telefonia celular. Utilizando-se exatamente deste exemplo, é necessário compreender que o conteúdo do que se pretende possibilitar por meio do acesso tecnológico é o verdadeiro objeto da proteção. **Ou seja, quando se fala em garantia de acesso à Internet, fala-se em inserção social para que se possa permitir o acesso à formação cultural.** Neste sentido, não há porque se considerar o acesso às novas tecnologias um direito fundamental e não considerar o acesso ao elemento intrínseco da formação cultural. Claro, e não se pode ser ingênuo, que deve se considerado que parte da inserção tecnológica decorre da necessidade / possibilidade de comunicação, até porque, o que se observou, nos últimos anos, foi o rompimento do paradigma comunicacional e não de efetivo conteúdo em decorrência de um surgimento espontâneo e exponencial de novas ideias. Dito de outra forma, o que efetivamente rompeu o paradigma anterior não foi a quantidade de novas informações (ou mesmo conteúdo) ainda que não se possa olvidar que a própria tecnologia traz um maior desenvolvimento de conhecimento que lhe é intrinsecamente relacionado, mas o que trouxe uma circunstância perfuro-cortante foi o desenvolvimento tecnológico inerente à comunicação. Por isso, tenho defendido a utilização da expressão sociedade tecno-comunicacional desde 10 anos atrás.³⁹ De toda esta discussão, porém, o que mais releva é perguntar: se o direito ao acesso às novas tecnologias já vem sendo indicado como a causa ou consequência de uma 4ª geração de direitos fundamentais, o que falta para compreender que os próprios direitos culturais e proteção da cultura também devem ocupar o mesmo espaço?

³⁶ “O princípio da dignidade pressupõe também o acesso aos bens espirituais, como a educação e a cultura, e o respeito a sentimentos propriamente humanos”. Vicente de Paulo BARRETO, *O fetiche dos direitos humanos*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 71.

³⁷ Diante da vulgarização da compreensão do que são os direitos humanos, é importante salientar a presença de diversos elementos no conteúdo dos denominados direitos culturais, sendo certo que há valores que podem ser considerados como de direito humanos, tal qual o acesso à cultura e a liberdade de criação e proteção (da obra) e remuneração pelo uso, independente da qualidade da criação, todos amparados pelo sentido da liberdade em um ambiente de igualdade.

³⁸ O que pretendem os direitos humanos não é acrescentar um elenco o mais amplo possível de direitos que sejam garantidos pela sua natureza. O que pretendem os direitos humanos é garantir o mínimo existencial que garanta a sobrevivência com dignidade no ambiente de igualdade em que coabitam os homens livres. E para isto, os direitos humanos pretendem que haja igualdade de condições para que o *marco zero* de onde partem todos os homens seja idêntico. Não se pretende, com a aplicação dos direitos humanos, *subnivelar* ou sublevar direitos, mas manter o igual tratamento dos direitos no universo que os mesmos ocupam. Neste sentido, tratar qualquer direito como direito humano, sem que o seja é supervalorizar um direito que não merece tal condição em detrimento da desvalorização de todos os demais. Entrar por este tema seria seguir por vias demasiado distantes do que pretendo neste estudo.

³⁹ Ver minha obra *Internet, privacidade e dados pessoais*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2003.

Ora, a compreensão de que os direitos culturais fazem parte do escopo dos direitos fundamentais (em posições que devem ser efetivamente reavaliadas) e concomitantemente de um catálogo de direitos humanos, conduz à compreensão de que o próprio Estado não pode se exceder, inclusive, na negação do acesso à cultura, sob pena de estar violando aspectos dos direitos culturais pertencentes a cada uma das gerações de direitos fundamentais.⁴⁰ Ou seja, **se o acesso tecnológico deve ser considerado direito fundamental, com mais razão a proteção efetiva dos fundamentos culturais, do acesso a cultura em si e das liberdades criativas. É inevitável, portanto, uma reavaliação da posição ocupada pelos direitos culturais nesta quadra da história.**

O que parece ser de alguma dificuldade por parte do Estado é a compreensão que o desenvolvimento cultural faz parte deste ambiente de proteção e mínimo a ser garantido pelo Estado, não como um direito de categoria inferior ou mesmo um direito difuso (de 2ª ordem) na aplicação ou na “compreensão” por inexistência de seu conteúdo, mas um conteúdo de primeira grandeza, fundamental para a formação do indivíduo na sociedade.

É neste sentido que se deve compreender que os direitos culturais devem ser efetivamente considerados direitos fundamentais sociais e urgem de implementação efetiva para que o desenvolvimento cultural do Brasil possa gerar uma sociedade culturalmente mais rica, produtiva e educada no sentido mais amplo, ainda que o processo ocorra de forma lenta e gradual. Sob este enfoque, o ponto nodal deve ser a necessidade de efetivação dos direitos sociais culturais como complemento à educação.

Por outro lado, a inefetividade dos direitos culturais ocorre também como consequência da inaplicabilidade dos fundamentos protetivos da cultura no universo constitucional. A garantia/proteção de uma (cláusula geral da) cultura⁴¹ não é auto-aplicável, necessitando de complementação posterior infraconstitucional. Nisto, ao menos no que se refere ao conteúdo do Art. 215, as obrigações conferidas são de

⁴⁰ Tal circunstância é mais bem compreendida no ambiente dos direitos fundamentais de primeira geração (em relação a um conceito mais genérico de liberdade) bem como em relação aos direitos sociais de 2ª geração relacionadas a saúde e à educação em sentido restrito – acesso a escola, por exemplo, por meio de cotas de participação. “*Como direito do homem e do cidadão, os direitos fundamentais, são uma vez, direitos de defesa contra os poderes estatais. Eles tornam possível ao particular defender-se contra prejuízos não autorizados em seu status jurídico-constitucional pelos poderes estatais no caminho do direito.*” HESSE, Konrad, Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998., p. 235.

⁴¹ Em especial dos *direitos culturais*, pouco aclarados no decorrer do texto constitucional e do acesso à cultura.

resultado⁴² da qualidade das normas programáticas, e pode conduzir a que alguém afirme “... *que os direitos que dela constam, máxime os direitos sociais, tem mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos, aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados*” (grifei).⁴³

Por outro lado, e já ingressando em tema específico relacionado à inefetividade, é evidente que não se destina ao setor cultural verba sequer próxima do razoável, mesmo considerando a dificuldade de implementação da ordem econômica em decorrência da *reserva do possível*.⁴⁴ Neste sentido, e como bem indica CANOTILHO, *a reserva dos cofres do Estado coloca problemas de financiamento mas não implica o grau zero de vinculatividade jurídica dos preceitos consagradores de direitos fundamentais sociais*,⁴⁵ até porque, como ensina o mestre coimbrão, *o recorte jurídico-estrutural de um direito não pode nem deve confundir-se com a questão do seu financiamento*.⁴⁶

Diante do exposto, observe-se que o fundamento geral da proteção dos denominados direitos culturais se apresenta, do ponto de vista constitucional, no artigo 215 da CRFB, com o seguinte teor: *Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.*

Não obstante o estabelecimento da garantia dos direitos culturais, o texto constitucional não define ou indica quais seriam estes direitos. Portanto, a compreensão dos direitos culturais deve, antes de tudo, considerar a indicação do objeto de proteção e dos sujeitos relacionados (seja o cidadão que deverá ter acesso à cultura, seja aquele que pretende ser protegido no ambiente criativo das artes e da cultura).

⁴² MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Editora Saraiva, Rio de Janeiro, 2003, p.442.

⁴³ MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Editora Saraiva, Rio de Janeiro, 2003, p.442.

⁴⁴ Importante salientar que o investimento em cultura, esportes, turismo e entretenimento nos próximos anos no Brasil poderá trazer retorno institucional e econômico altamente significativo, isto se as diferentes instâncias de poderes atuarem de modo a que os investimentos em eventos internacionais tais como os Jogos Mundiais de 2014 no Brasil e as Olimpíadas na cidade do Rio de Janeiro possam ser utilizados a favor do Estado e da sociedade. Neste sentido, indico que, em circunstâncias como a que no momento se apresenta, as novas valorações e considerações sobre o conteúdo da reserva do possível se fazem necessárias. Por outro lado, urge medidas procedimentais de controle das contas públicas.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Metodologia Fuzzy e camaleões normativos na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais, em Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 109.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Metodologia Fuzzy e camaleões normativos na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais, em Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 108.

Por outro lado, e também observando o que indica o texto constitucional seguidamente, o Artigo 216 também necessita de uma observação à luz de uma complementação infraconstitucional, visto que também se caracteriza (em sua essência) como cláusula geral não auto aplicável e neste caso, simplesmente indica a existência de necessidade de proteção do denominado patrimônio cultural, sem, porém, esclarecer condições ou modalidades protetivas:

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.

Por sua vez, a própria legislação infraconstitucional, que deveria estar destinada a estabelecer políticas legislativas eficazes de proteção, no caso específico do patrimônio cultural e da complementação do teor do Art. 216, em termos objetivos não confere grau de proteção razoável. No mais das vezes, o que se pode indicar como legislação infraconstitucional complementar e referente ao Art. 216 são o Decreto 3551/2000⁴⁷ cujo objetivo é estabelecer livros de registro de bens culturais de natureza imaterial, o que não garante qualquer acesso à cultura mas serve unicamente de registro declaratório de manifestações culturais que fazem parte do patrimônio cultural imaterial⁴⁸ e, por outro lado, a Lei 9.610/98, quando estabelece, em seu artigo 45, a ressalva a proteção aos conhecimentos étnicos e tradicionais.⁴⁹ Ou seja, também o

⁴⁷ Em verdade, não obstante a legislação que objetiva definir e salvaguardar o conteúdo do patrimônio cultural, qual seja, o Decreto 3551/2000, existe ao menos uma significativa modalidade de proteção constitucional por meio do uso de ferramenta típico dos direitos coletivos/difusos, que é a aplicação da ação popular.

⁴⁸ O conteúdo declaratório dos bens imateriais registrados, no mais das vezes, serviria como fundamento em eventuais demandas da ordem do direito internacional tendo o Brasil como titular perante organizações internacionais, tais como a UNESCO e a OMPI. Por outro lado, o conteúdo em si é de tão diversa natureza que não corresponde a um arquivo efetivo ou conjunto de bens acessíveis ao público, tais como se pode observar no endereço eletrônico do Programa Nacional do Patrimônio Imaterial em <http://portal.iphan.gov.br>.

⁴⁹ Que constitui tema demasiadamente específico se comparado com o que se expõe neste estudo. Cito, porém, o dispositivo indicado da *Lei 9610/98: Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público: I – as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; II – as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais* (grifamos).

teor do Art. 216 não parece indicar precisamente como devem ser fundamentados e efetivados os direitos culturais como complementação educacional pois o simples registro de atividades ou patrimônio cultural está longe de garantir desenvolvimento educacional efetivo e é tema distinto do que ora indico neste texto.

Diante destas primeiras observações, já se pode constatar que os direitos culturais, não obstante o seu posicionamento relativamente (e forçosamente considerado) periférico no texto constitucional, além de toda a evidência de serem considerados direitos fundamentais, podem, em uma análise mais apurada, ser considerados direitos de 1ª geração (no sentido do já observado à luz do seu conteúdo de liberdades) e, no sentido do necessário acesso à cultura como complemento inerente à educação, direitos fundamentais sociais, portanto, de 2ª geração (para dizer o mínimo), com as características inerentes a estas categorias. No mais, se há uma consideração de que os direitos de acesso à tecnologia da informação e aos elementos da sociedade da informação (que denomino sociedade tecno-comunicacional) são direitos fundamentais de 3ª ou 4ª geração, também o próprio direito ao conteúdo cultural e as ferramentas de acesso não tecnológico devem ser assim observadas (em concomitância com as demais categorizações), como tenho defendido.

Especificamente quanto ao posicionamento na 2ª geração de direitos fundamentais, este aspecto há de ser salientado, pois na maioria das vezes os direitos culturais são completamente esquecidos desta 2ª geração de direitos como complemento educacional, ainda que a educação componha os valores inerentes aos direitos sociais, como previsto no caput do dispositivo constitucional que os indica: *Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição.* Assim, considera-se que a proteção da cultura e, portanto, dos direitos culturais, estaria submetida ao crivo do interesse, eventual, da sociedade civil por meio de mecanismos (forçosamente) próprios (à cultura).⁵⁰

⁵⁰ O fato de o Estado “esquecer” a existência de direitos culturais, não obstante a previsão programática constitucional conduz a um fortalecimento de medidas (quando muito) da ordem dos direitos difusos. A consideração dos direitos culturais como de natureza difusa, por sua vez, trazem em si um aspecto de relevo, que é o fato de perceber que há mecanismos constitucionais de controle da integridade do patrimônio cultural. Por outro lado, esta visão acaba por ser, para dizer o mínimo, levemente excludente das obrigações do Estado em relação ao denominado complemento educacional por meio do acesso à cultura. Ou seja, ainda que, do ponto de vista da consideração dos direitos culturais como direitos de 2ª geração, e, portanto, como direitos fundamentais sociais, sejam absolutamente pertinentes as críticas decorrentes da impossibilidade de cumprimento das promessas da modernidade, em decorrência da catalogação dos direitos culturais ao lado da educação e da cultura, somente para citar os mais relevantes, a consideração eventual de direitos culturais sob a forma de direitos difusos, portanto de 3ª geração, traz alguns benefícios de ordem prática e que conduzem a uma (relativa) efetividade. Neste sentido, talvez o mais relevante seja o instituto da ação popular, presente no ordenamento brasileiro e português, que merece especial consideração. Tanto Brasil quanto Portugal possuem

esse mesmo instituto jurídico presente em seus diplomas constitucionais, cabendo somente salientar que o objetivo da ação popular não se restringe à tutela do patrimônio cultural, permitindo um escopo de proteção ainda mais amplo. Desta forma, na CRFB, em seu art. 5º, inciso LXXIII, institui-se que: *qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao **patrimônio histórico e cultural**, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência*. O ordenamento português, por sua vez, trata da ação popular através do teor do art. 52. 3., que dispõe: “É conferido a **todos**, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indenização, nomeadamente, para: a) promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra [...] preservação do [...] patrimônio cultural; [...] No ordenamento brasileiro, o objeto da tutela em sentido amplo é o **patrimônio público** (contra atos lesivos que lhes possam ser praticados). Dessa forma, há, em certa medida, proteção adequada ao patrimônio histórico e cultural no seio da CRFB, mesmo sem a necessidade de qualquer modalidade de registro de bens como componentes do Patrimônio Cultural do Brasil. Dito de outra forma a garantia de manutenção dos bens é efetivada, ainda que isto não signifique, diretamente, acesso aos bens culturais, mas ao menos, **garante a sua sobrevivência, por assim dizer, para a garantia do acesso**. Por outro lado, a própria natureza da ação popular traz em si particularidades que facilitam o seu uso, a saber: a atribuição de qualquer cidadão como parte legítima para ingressar com a mesma e a isenção das custas judiciais e eventuais ônus de sucumbência. Tais particularidades têm como objetivo facilitar a proteção do patrimônio cultural. É também importante relevar que o cidadão poderá impetrar a ação popular ainda que não esteja em seu domicílio eleitoral e mesmo que não pertença à comunidade a que respeita o litígio. De toda forma, o que ambienta o uso do referido remédio constitucional são dois requisitos, um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva. O requisito de ordem subjetiva já fora analisado, pois que este é a exigência para que a legitimidade ativa seja exercida somente por cidadãos, sem qualquer outra exigência prevista no texto constitucional. No que se refere ao requisito de ordem objetiva, este configura-se por ser um ato de ação ou omissão do Poder Público que venha a lesar o patrimônio público, devendo, portanto, ser impugnado. Outro ponto a ser colocado no que se refere à ação popular é a consideração sobre qual a natureza de atos poderiam ser objeto de sua tutela; se somente aqueles inerentes à administração pública, portanto, atos de cunho administrativo direto, ou se estaria possibilitada a tutela também a atos de cunho legislativo ou inerentes ao judiciário. Acreditamos que o patrimônio cultural do país poderia ser violado por todo e qualquer ato inerente ao Poder Público, sendo irrelevante a natureza do referido ato. Por fim, importante notar que a ação popular somente caberá em casos práticos, nunca na análise de lei em tese. O ordenamento português, por sua vez, define que o objeto será constituído pelos bens do Estado, das regiões autônomas e das autarquias locais, bem como a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do patrimônio cultural. No que pesem algumas diferenças terminológicas quanto ao funcionamento do referido mecanismo de proteção em ambos os países, o que de fato nos interessa é ressaltar a sua eficiência como método de garantia da preservação do patrimônio cultural e manutenção da existência do patrimônio como garantia primeira do acesso. Compreendido, de modo genérico, o mecanismo de funcionamento do modelo da ação popular pode-se compreender que a própria consideração dos direitos culturais como direitos difusos, ainda que sem uma consideração da ordem de 1ª ou 2ª gerações, já apresenta a discussão sobre a necessidade de preservação do patrimônio cultural e, portanto, do acesso à cultura de um modo genérico, o que já um grande passo em termos da efetivação dos direitos culturais.

Não obstante o entendimento de que não há distinção qualificativa dos direitos fundamentais, consoante o seu surgimento e sendo a classificação em gerações uma consequência cronológica e histórica, resta evidente que o Estado promoveria uma maior atenção à cultura se considerasse que esta faz parte do grupo dos direitos de 2ª geração, ao lado da proteção da saúde e da educação, em especial porque as políticas públicas de disseminação da cultura nacional seriam muito mais presentes e não se dariam somente sob a forma de declarações, registros, inventários, tombamentos ou outras atividades que, não obstante a sua importância, não são suficientes para fazer chegar o conteúdo cultural à parcela da sociedade que necessita de tal formação cultural, principal objetivo dos direitos culturais.

Tudo isto deve ser visto, porém, sem esquecer a problemática inerente aos direitos fundamentais sociais decorrentes da dificuldade em efetuar a manutenção econômica dos valores constitucionais.⁵¹

XI. Da necessidade de valorização das atividades culturais como elemento formador humano e da sociedade.

Como já constatado no decorrer do presente texto, a cultura é vista como um aspecto supérfluo na formação dos povos na contemporaneidade e o Brasil, neste sentido, segue a cartilha com exatidão, como se pode constatar na própria participação do Ministério da Cultura no orçamento nacional.^{52/53}

⁵¹ Ou, como diz MENDES et alli: *Noutras palavras, como os direitos sociais demandam medidas redutoras de desigualdades [...] e essas medidas dependem quase que exclusivamente de investimentos estatais [...] o grande problema para a efetivação desses direitos reside mesmo é na escassez de recursos para viabilizá-los – o chamado limite do financeiramente possível –, perversamente mais reduzidos onde maior é a sua necessidade, ou seja, naquelas países absolutamente pobres, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 4ª edição, Rio de Janeiro, 2009, p. 760/761.

⁵² Ou, como diz MENDES et alli: *Noutras palavras, como os direitos sociais demandam medidas redutoras de desigualdades [...] e essas medidas dependem quase que exclusivamente de investimentos estatais [...] o grande problema para a efetivação desses direitos reside mesmo é na escassez de recursos para viabilizá-los - o chamado limite do financeiramente possível -, perversamente mais reduzidos onde maior é a sua necessidade, ou seja, naquelas países absolutamente pobres, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 4ª edição, Rio de Janeiro, 2009, p. 760/761.

⁵³ No ano de 2013 o orçamento do setor cultural (por meio da dotação orçamentária destinada ao Minc) teve considerável incremento, esperando-se, tão somente, que não se trate de uma destinação eventual, mas efetivamente uma mudança de pensamento sobre a importância da valorização da cultura no país. Sobre o tema, ver: <http://blog.planalto.gov.br/ministerio-da-cultura-tera-orcamento-de-r-3-bilhoes-em-2013-afirma-dilma-ao-empossar-marta-suplicy/> e http://www.cultura.gov.br/leis/-/asset_publisher/aQ2oBvSJ2nH4/content/orcamento-do-ministerio-da-cultura-de-2013/10895. Sobre o detalhamento do planejamento do orçamento para

Correto está, também, compreender que no que se refere à análise da questão dos direitos culturais vista à luz dos direitos sociais deve ser levada em conta a condição da reserva do possível, como já indicado. Neste sentido, sabe-se que há direitos de liberdade que, uma vez que seja necessária uma aplicação de obrigações por parte do Estado, é importante compreender que eles passam por uma questão de ordem econômica. Especificamente no que respeita à cultura, considerando-se que a possibilidade de liberdade criativa necessita de um mínimo de educação e conhecimento a ser apreendido, o problema já se coloca com mais gravidade. Isto porque liberdade criativa está, em alguma medida, também relacionada a um mínimo de conteúdo de formação intelectual. Se não no que se refere a um universo diretamente relacionado como causa e efeito do que pode ser apreendido, ao menos como formação cultural em sentido amplo. Assim, terá mais condições de alcançar possibilidades de compreender música e compor música quem tenha uma formação mais ampla, tendo acesso, por exemplo, a concertos de música erudita na mesma medida em que haja acesso a programações culturais de música popular por meio, por exemplo, de localidades populares, como é o caso das lonas populares na cidade do Rio de Janeiro.

É claro, se a cultura está imbricada – e está – com a educação deve-se levar em conta o alto custo da educação em países de modernidade tardia, para utilizar uma expressão difundida por Lenio Streck que já indiquei. A valorização da cultura, no Brasil, ainda é incipiente se comparada com outros países que tem nesta atividade um verdadeiro mercado. Deve-se considerar que a cultura faz parte do desenvolvimento da sociedade a longo prazo, para dizer o mínimo. Um povo orgulhoso de suas atividades e produções culturais as irradia com mais fervor. Neste sentido, não parece haver dúvida de que uma política cultural inclusiva passa por uma universalização da educação, como ainda não se conseguiu alcançar no caso brasileiro. Enquanto a universalização do ensino fundamental foi já alcançada, ainda que todas as críticas que lhes possam ser feitas⁵⁴ a universalização em novos graus precisa ser buscada, mas também com uma formação, ao menos complementar, de aspectos culturais relevantes.

2013, incluindo o Ministério da Cultura com as suas devidas rubricas e destinação orçamentária especificada, ver o relatório do Ministério do Planejamento: http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa2013/Volume_2.pdf.

⁵⁴ Sobre a universalização do ensino fundamental, veja-se o estudo de Romualdo Portela de Oliveira denominado *Da universalização do ensino fundamental ao Desafio da qualidade: uma análise histórica*, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0328100.pdf> e www.cedes.unicamp.com.br: “Abunda na literatura uma interpretação bastante crítica desse processo de expansão do ensino, enfatizando o que não se alcançou e diminuindo a importância do que se conseguiu. A opção feita neste texto foi chamar a atenção para o que se conseguiu. Não que isso signifique abraçar um otimismo ilusório ou que não se perceba a dimensão das insuficiências e da desigualdade incorporada nessa dinâmica. Entretanto, tomado de um ponto de vista histórico, esse processo reduziu a desigualdade de acesso à educação e não a aumentou, ainda que esta permaneça acentuada. Na mencionada publicação do IPEA, essa leitura é evidenciada na seguinte passagem: Um aspecto particularmente importante de nosso

Por outro lado, o reiterado apoio a manifestações repetitivas de padrões universalizados da cultura brasileira não dão apoio e suporte a que outros conceitos surjam. Assim, quanto mais se valoriza, excessivamente, a cultura das escolas de samba em detrimento das atividades de bois de Parintins, por exemplo, não se consegue sair de um mesmo roteiro básico de apresentação de padrões universalizantes. Há de se tomar cuidado com o dirigismo cultural, mas deve se compreender que é pernicioso a reiteração dos mesmos valores em detrimento da diversidade cultural que, esta sim, deveria ser objeto de políticas públicas, como forma de divulgação das “diferentes culturas brasileiras”. Ou seja, ainda que não se possa estabelecer uma distinção qualitativa para se enquadrar alguma atividade como mais necessária do que outra sob pena de dirigismo cultural, também é verdade que quanto mais se permite o uso de leis de incentivo por parte do Estado para os mesmos nomes já consagrados e já assentados na cultura brasileira, mais distante se está de um fortalecimento da diversidade cultural.⁵⁵

Por outro lado, políticas de troca de informação cultural deveriam ser implementadas pelo Estado, como forma de introduzir diferentes culturas em grupos diferenciados. Por exemplo, não seria má ideia criar intercâmbios culturais entre escolas públicas,

sistema educacional é que virtualmente todos entram na escola, mas somente 84% concluem a 4a série e 57% terminam o ensino fundamental. O funil se estreita ainda mais no nível médio, no qual o índice de conclusão é de apenas 37%, sendo que, entre indivíduos da mesma coorte, apenas 28% saem com diploma. (IPEA, 2006, p. 129) Entretanto, se não percebermos que a desigualdade é outra, não estaremos preparados para enfrentá-la adequadamente. Paradoxalmente, mais educação gera demanda por mais educação. Esse é o ponto que procurei assinalar com força neste texto. A universalização do ensino fundamental gerou duas novas demandas populares por acesso à educação. Uma materializada na matrícula no ensino médio e mesmo no ensino superior, implodindo, ironicamente, a vertente de economia de recursos que originou parte das políticas de correção de fluxo. A vertente que prosperou foi a democratizadora, por mais educação, para maior número de pessoas, por mais tempo. A segunda demanda, propositadamente não mencionada, refere-se à questão da qualidade. Ainda que não se possa argüir com tranqüilidade que a escola que foi deixada para trás nesse processo, a idílica escola de privilégios de alguns, como menciona Mariano Enguita (1995), tivesse de fato qualidade, no momento em que os setores excluídos anteriormente passam a ingressar e permanecer no sistema, emerge com toda força o desafio de lograr democratizar o conhecimento historicamente acumulado. A superação da exclusão por falta de escola e pelas múltiplas reprovações tende a visibilizar a exclusão gerada pelo não aprendizado ou pelo aprendizado insuficiente, remetendo ao debate acerca da qualidade do ensino. É a qualidade “que oprime o cérebro dos vivos” e ocupa o centro da crítica ao processo presente de expansão, tornando-se a questão central da política educacional referente à educação básica nos próximos anos.”

⁵⁵ Repare-se a recente polêmica sobre o blog de divulgação de poesia com a participação da cantora Maria Bethânia. Fontes: Jornal O Globo: <http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2011/03/20/blog-de-poesia-de-maria-bethania-inspira-debate-sobre-projetos-brasileiros-na-web-924048888.asp>; Folha de São Paulo: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/889245-maria-bethania-podera-ter-r-13-milhao-para-criar-blog.shtml>; Ministério da Cultura: <http://www.cultura.gov.br/site/2011/03/17/maria-bethania-nao-recebeu-dinheiro-do-ministerio-da-cultura/>.

por meio dos quais os próprios alunos poderiam, durante certo período, frequentar atividades em escolas de regiões diferentes, com medida de aproveitamento/absorção da cultura local.

Em linhas gerais, o que se deve pretender é a valorização de que uma incrementação e valorização da cultura como elemento de formação do povo brasileiro deve ser objeto das preocupações do constitucionalismo brasileiro e de políticas culturais efetivas.

XII. Da necessidade de estímulo à produção cultural como elemento de formação da sociedade.

A esta altura, parece estar compreendido o fato de que os direitos culturais não podem ser vistos somente sob o olhar da liberdade de criação artística e, obviamente, da proteção da criação por meio do direito de autor, mas deve ser observado sob a ótica de direitos fundamentais sociais. Assim, eventuais falhas interpretativas sobre o posicionamento da proteção da cultura no universo constitucional (que é o hábito corriqueiro) conduzem à conclusão de que a formação cultural deve ocupar um espaço privilegiado na formação do povo brasileiro, sendo certo que medidas procedimentais e de política legislativa podem ser tomadas como meios de efetivação dos direitos culturais, considerando-se, inclusive, a cultura como investimento.

Já se concluiu que as manifestações culturais, de qualquer forma, de fato devem ser valorizadas e difundidas. A plena difusão das manifestações culturais pode ocorrer de diversas formas para atingir a maior parcela possível da população, por meio, por exemplo, da própria criação e apoio para a criação e surgimento de novos ambientes culturais (centros culturais, bibliotecas, estabelecimento de cinema, de teatros, tudo isto principalmente em localidades com pouca difusão cultural, permissão para surgimento de rádios comunitárias, etc.).

Por outro lado, um aspecto que deve ser considerado é que não há estímulo suficiente para que a sociedade civil tenha interesse em investir em cultura. Isto decorre do fato de que, no ambiente da criação artística e do mercado cultural impera um entendimento de que quem trabalha com arte e cultura – principalmente o empreendedor do setor – deve absorver, ainda que indiretamente, um espírito de mecenas, abrindo mão de seus lucros em detrimento da simples função perseguida. Dito de outra forma, se nos setores bancário ou financeiro, da construção civil, da saúde privada, do transporte, só para citar alguns, ninguém espera que haja descontos ou benefícios aos consumidores ou destinatários finais (ao menos como benesse), por outro lado, no universo do empreendedorismo cultural a sociedade somente vê com bons olhos o empresário que atue de modo a permitir cortes ou diminuição no seu lucro e, caso a legislação assim determine, que o mesmo seja efetivamente responsá-

vel por benefícios diretos ao consumidor, como é o caso das políticas legislativas de meia-entrada no setor cultural.

Assim, além de uma certa *vergonha institucionalizada* por perseguir lucros no setor cultural, também se deve enfrentar uma pré-compreensão social de que o mercado cultural deve absolver prejuízos em decorrência de se tratar de cultura, em especial se o empreendedor tiver prazer ou orgulho de sua atividade, o que seria o mesmo que dizer que alguém que tenha prazer em sua profissão deva ser menos remunerado por esta circunstância.

As políticas de difusão cultural, de proteção cultural e de acesso à cultura no Brasil compreendem, todas, em sua medida, falhas estruturais que necessitam ser modificadas para uma efetivação eficiente dos direitos culturais. Considerando o fato de que o texto constitucional não abarca as medidas legislativas nem as determinações de efetivação, tal tarefa se torna ainda mais difícil, visto que seria necessária uma reformulação de diversos diplomas infraconstitucionais.

XIII. Pontuações de aspectos pragmáticos e procedimentais para valorização da cultura como elementos formador do povo brasileiro e de maior movimentação do círculo cultural.

Do ponto de vista de aspectos pragmáticos, há possibilidades procedimentais diversas ao desenvolvimento de condições de difusão cultural, que obviamente necessitam ser desdobradas em estudos aprofundados, uma a uma, com a finalidade de buscar soluções de efetividade. Ainda assim, algumas merecem indicações ao menos ilustrativas:

1 – Reformulação das leis de meia-entrada. É importante salientar que as leis de meia-entrada, senão em sua totalidade, em sua maioria não contemplam soluções adequadas e facilitadoras da circularidade cultural. O não estabelecimento de limites de ingressos a serem comercializados (tornado o ônus pesado ao produtor cultural) dificulta o acesso à manifestações culturais. Por outro lado, os valores dos ingressos sofrem descontos “artificializados” para atender às leis e não há planejamento adequado por parte dos produtores culturais. Por fim (nesta sintética apreciação do tema) “falsos beneficiários”⁵⁶ buscam a atribuição decorrentes dos descontos por sua posição fazendo com que os custos finais da produção sejam muito mais altos do que

⁵⁶ Pessoas que fazem uso de documentações falsas ou que requerem a impressão de carteiras de estudante sem ostentar esta posição, para citar exemplos. Estas figuras merecem a consideração de participantes mais execráveis do ambiente cultural, pois arditosamente se beneficiam de vantagens não atribuídas a si, prejudicando toda a circularidade cultural, sendo perniciosas a todo o processo inerente à cultura.

o esperado pela obrigatoriedade dos descontos, sendo onerados os que não são contemplados com a condição de beneficiário que, por sua vez, deixam de frequentar eventos culturais, por impossibilidade de participação econômica.

2 – Reformulação da atual lei de direitos de autor e direitos conexos em vigor (Lei 9.610/98), por meio da inclusão de mecanismos de acesso a obras, sem excessiva imposição sob pena de desestimular o processo criativo e o mercado cultural.

3 – Reformulação das leis de incentivo fiscal por meio de (alguma efetiva) responsabilização sobre o resultado das obras produzidas e criadas com verba pública.

4 - Reformulação das leis de incentivo fiscal por meio da criação de um fundo econômico com a finalidade de promoção de atividades que sejam efetivamente necessárias e cujos incentivos fiscais sejam direcionados, como medida de fortalecimento da cultura a longo prazo, como elemento formador/desenvolvedor de manifestações culturais.

5 – Estabelecimento de uma política pública de reconhecimento de que os direitos culturais são direitos sociais e, portanto, que as manifestações culturais devem ser promovidas pelo Estado como elemento complementar da educação.

6 – Estabelecimento de atividades culturais não populistas e que possam dar retorno ao Estado, para que, com o resultado econômico, possam ser redirecionadas para novas atividades culturais, aumentando a circularidade cultural, por exemplo, por meio das seguintes atividades: 1 - contratação de artistas a preços populares que possam ser cobrados da população, e que com isso possam ser mais efetivas do que espetáculos musicais gratuitos; 2 – participação do Estado, não somente por meio de leis de incentivo, mas por meio de participação econômica como destinatário de partes dos lucros das atividades, que integrariam um fundo de circularidade cultural, cujas verbas seriam obrigatoriamente utilizadas para desenvolvimento de novas atividades culturais, entre outras.

Evidentemente que cada uma destas medidas necessitam de uma política legislativa efetiva e que considere os direitos culturais como interesse por parte do Estado e objetivo para desenvolvimento de atividades culturais. Tratam-se de brevíssimas reflexões, mas que tem um condão de trazer algum pragmatismo à discussão inerente à circularidade cultural.

XIV. Conclusões.

Diante do exposto, uma série de conclusões pode ser tomada, com fins a ainda mais desenvolver os temas dos direitos culturais:

1 - O desenvolvimento de atividades culturais criativas deve ser livre e a constituição deve garantir e preservar esta liberdade, tanto seja pela permissão da escolha de profissões que se insiram em atividades que sejam consideradas artísticas, seja pela própria garantia da liberdade de criação artística por parte de qualquer pessoa.

2 - A liberdade de criação artística e de conhecimento passa também pelo acesso à cultura, que deve ser promovida pelo Estado, não obstante o fato de que este deve compreender que a cultura não deve ser considerada gratuita para que somente neste caso haja um acesso às suas diferentes manifestações (liberdade de acesso à cultura não significa, necessariamente, gratuidade, insisto).

3 - O Estado deve promover a proteção das criações artísticas e do sujeito-criador por meio de leis de proteção de direitos de autor, garantindo o estímulo às criações, sem promover, com isto, uma excessiva utilização das obras protegidas em detrimento das obras ou de seus criadores.

4 - Deve ser compreendido que o Estado deve possibilitar a circularidade criativa, que comporta a complexidade de atos e fatos indicativos de que as manifestações culturais ocorrem de modo circular, havendo a necessidade de fomento e estímulo para a sociedade.

5 - Também deve ser compreendido que a circularidade criativa comporta toda e qualquer circunstância factual que possa gerar uma manifestação criativa ou o acesso às criações artístico-culturais, e que as atividades econômicas relacionadas à cultura também fazem parte deste processo.

6 - O Estado e a sociedade devem atuar no sentido da valorização das atividades culturais e os direitos culturais devem ser vistos, também, como direitos fundamentais sociais de 2ª geração.

7 - As atividades culturais devem ser vistas como elemento economicamente viável e de interesse da sociedade como investimento econômico.

8 - A garantia do acesso à cultura no ambiente da circularidade cultural, a longo prazo, auxilia na formação do povo e fortalece os seus laços culturais e interesse pelas atividades formadores da personalidade coletiva e da sua própria essência cultural.

9 - Devem ser criados procedimentos que conduzam à circularidade cultural, com o intuito de que a cultura possa circular, ser absorvida e gerar desenvolvimento econômico.

Referências Bibliográficas

- BARRETO, Vicente de Paulo, *O fetiche dos direitos humanos*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2010.
- BRASIL, Ministério da Cultura: <http://www.cultura.gov.br/site/2011/03/17/maria-bethania-nao-recebeu-dinheiro-do-ministerio-da-cultura/>
- BRASIL, Ministério da Cultura: http://www.cultura.gov.br/leis/-/asset_publisher/aQ2oBvSJ2nH4/content/orcamento-do-ministerio-da-cultura-de-2013/10895
- BRASIL, Ministério do Planejamento: http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa2013/Volume_2.pdf
- BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA: <http://blog.planalto.gov.br/ministerio-da-cultura-tera-orcamento-de-r-3-bilhoes-em-2013-afirma-dilma-ao-empossar-marta-suplicy/>
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Metodologia Fuzzy e camaleões normativos na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais, em Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra: 2004.
- DAVUTOGLU, Ahmet, *Cultura global versus pluralismo cultural: hegemonia civilizacional ou diálogo e interação entre civilizações*, em *Direito Humanos na sociedade cosmopolita*, organizado, BALDI, Cesar Augusto, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2004.
- DRUMMOND, Victor Gameiro, *Internet, privacidade e dados pessoais*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2003.
- ESPANHA, *Constitución Española de 27 de diciembre de 1978*, em: *Constituciones de España (1808-1978)*, Editorial Segura, Madrid: 1988.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *The Constitution of the United States of America*, em *The Constitution/The Declaration of Independence and the Articles of Confederation*, Wilder Publications, Radford: 2008.
- Folha de São Paulo: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/889245-maria-bethania-poderater-r-13-milhao-para-criar-blog.shtml>
- HESSE, Konrad, *Elementos de direito constitucional da Republica Federal da Alemanha*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 1998
- HUSTER, Stefan; PAU, António; ROCA María J., *Estado y Cultura*, Fundación Colóquio Jurídico Europeo, Madrid: 2009.
- HYDE, Lewis, *Dádiva e a Origem da obra de arte*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro: 2011.
- IPHAN - Programa Nacional do Patrimônio Imaterial em <http://portal.iphan.gov.br>

- LEAL, Rogério Gesta, *A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional*, em www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/DireitoSaude.doc
- LEAL, Rogério Gesta, *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais - os desafios do Poder Judiciário no Brasil*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2008.
- LOSANO, Mario G. *Sistema de estrutura no Direito, volume 2 – o século XX*, Editora Martins Fontes, São Paulo: 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 4ª edição, Rio de Janeiro: 2009.
- MIRANDA, Jorge, *Liberdade religiosa e Liberdade de Aprender e Ensinar, em Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Editora Principia, Estoril: 2006.
- MIRANDA, Jorge, *O Patrimônio Cultural e a Constituição (Tópicos), em Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Editora Principia, Estoril: 2006.
- O Globo: <http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2011/03/20/blog-de-poesia-de-maria-bethania-inspira-debate-sobre-projetos-brasileiros-na-web-924048888.asp>
- OLIVEIRA, Romualdo Portela de Oliveira, *Da universalização do ensino fundamental ao Desafio da qualidade: uma análise histórica*, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0328100.pdf> e www.cedes.unicamp.com.br
- SILVA, Vasco Pereira da, *A cultura a que tenho direito. Direitos fundamentais e cultura*, Almedina, Coimbra: 2007.
- STRECK, Lenio Luiz, *Verdade e consenso – uma teoria da decisão*, Editora Livraria do Advogado Forense, Porto Alegre, 5ª edição: 2006.
- STRECK, Lenio Luiz, *Hermeneutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*, in *Hermeneutica e Epistemologia – 50 anos de Verdade e Método*, STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio - Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2011.
- VAIDHYANATHAN, Siva, *Copyrights and copywrongs, The rise of intellectual property and how it threatens creativity*, Stanford University Press, Stanford: 2007.
- VICENTE, Dário Moura, *A tutela internacional da propriedade intelectual*, Almedina, Coimbra: 2008.
- WALL, Roberta Rosenthal, *The soul of creativity, forging a moral rights law for the United States*, Stanford University Press, Stanford: 2009.