

*Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais**

PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA

SUMÁRIO: *1. Cultura e Constituição. 2. Cultura e política. 3. A cultura e a Constituição. 4. A cultura ao longo das Constituições portuguesas. 5. A identidade cultural na Constituição. 6. A educação, a ciência e a cultura na Constituição. 7. A cultura stricto sensu na Constituição. 8. Quadro dos direitos culturais. 9. Direitos relativos à identidade cultural. 10. As liberdades culturais. 11. O direito de acesso aos bens de cultura. 12. O Direito da Cultura.*

1. Cultura e Constituição

I – Ainda que sem pretender dar uma definição de cultura – tarefa das mais difíceis e talvez das mais inglórias – pode assentar-se em que cultura envolve:

- tudo quanto tem significado espiritual e, simultaneamente, adquire relevância colectiva;
- tudo que se reporta a bens não económicos;
- tudo que tem que ver com obras de criação ou de valoração humana, contrapostas às puras expressões da natureza¹.

* O presente texto corresponde às notas tomadas pelo Autor, com vista à arguição da lição de síntese do Doutor Vasco Pereira da Silva, nas provas para obtenção do título de agregado realizadas na Universidade de Lisboa em 31 de Maio e 1 de Junho de 2006.

Não se trata aqui, evidentemente, de retomar o contraditório estabelecido naquela prova académica.

Ou olhando para os bens culturais, eles são, como diz José Afonso da Silva, coisas criadas pelo homem mediante projecção de valores, “criadas” não apenas no sentido de produzidas, não só do mundo construído, mas no sentido de vivência espiritual do objecto, consoante se dá em face de uma paisagem natural de notável beleza, que, sem ser materialmente construída ou produzida, se integra com a presença e a participação do espírito humano².

Cultura abrange a língua e as diferentes formas de linguagem e de comunicação, os usos e costumes quotidianos, a religião, os símbolos comunitários, as formas de apreensão e de transmissão de conhecimentos, as formas de cultivo da terra e do mar e as formas de transformação dos produtos daí extraídos, as formas de organização política, o meio ambiente enquanto alvo de acção humanizadora. Cultura significa humanidade, assim como cada homem ou mulher é, antes do mais, conformado pela cultura em que nasce e se desenvolve.

Para além do que é universal, cada comunidade, por força de circunstâncias geográficas e históricas, possui a sua própria cultura, distinta, embora sempre em contacto com as demais e sofrendo as suas influências. Mas, nos nossos dias de hoje, a circulação sem precedentes de bens culturais e de pessoas conduz, algo contraditoriamente, a tendências uniformizadoras e de multiculturalismo.

¹JORGE MIRANDA, *O património cultural e a Constituição – tópicos*, in *Direito do Património Cultural*, obra colectiva, Oeiras, 1996, pág. 253.

²*Ordenação constitucional da cultura*, São Paulo, 2001, pág. 26.

II – A Constituição de um Estado é um fenómeno cultural – por não poder ser compreendida desentranhada da cultura da comunidade donde provém e por ser, em si mesma, uma obra e um bem de cultura. Daí Peter Häberle propor mesmo uma teoria da Constituição como ciência da cultura³.

A Constituição reflecte a formação, as crenças, as atitudes mentais, a geografia e as condições económicas de uma sociedade e, simultaneamente, imprime-lhe carácter, funciona como princípio de organização, dispõe sobre os direitos e os deveres de indivíduos e de grupos rege os seus comportamentos, racionaliza as suas posições recíprocas e garante a vida colectiva como um todo, pode ser agente, ora de conservação, ora de transformação⁴.

Em último termo, uma Constituição só se torna efectiva e perdura quando o empenhamento em conferir-lhe realização está em consonância (intelectual e, sobretudo, afectiva e existencial) com o sentido essencial dos seus princípios e preceitos⁵. E esse empenhamento, essa *vontade de Constituição* (Hesse) depende, por seu turno, do grau de cultura cívica – ou seja, de *cultura constitucional* – que se tenha atingido. A Constituição de 1976 não se teria radicado como Constituição normativa sem o progresso da cultura constitucional entre nós.

III – A cultura é também objecto da Constituição quer no sentido lato acabado de convocar, quer em sentidos menos latos e que são aqueles em que, de ordinário, se fala.

³*Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1998, trad. castelhana *Introducción a la Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*, Madrid, 2000.

⁴JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, 5ª ed., Coimbra, 2003, pág. 83.

⁵*Ibidem*, pág. 85.

Quando a Constituição se ocupa das confissões religiosas, ou da comunicação social ou da informática, por exemplo, está-se ocupando, por certo, de bens culturais. No entanto, é a esses sentidos menos latos que se ligam o conceito de Constituição cultural e o de direitos culturais.

São eles:

- a) A cultura como expressão da identidade de uma comunidade, de um povo;
- b) A cultura como educação, ciência e cultura *stricto* ou *strictissimo sensu*;
- c) A cultura como tudo quanto não recai na educação e na ciência ou, em termos positivos, como criação e fruição de bens de cultura.

2. Cultura e política

I – A cultura não se confunde com a política, mas, devido à sua relevância colectiva, os poderes públicos não lhe são, nunca lhe foram indiferentes, como se observa na Grécia e em Roma, no Renascimento e no Despotismo esclarecido, sobretudo no nosso tempo⁶.

As posições do Estado perante os fenómenos culturais – variáveis consoante as épocas, as áreas e os regimes políticos – sumariam-se, assim, por graus crescentes de intervenção:

- relativa indiferença;

⁶Retomamos, em parte, neste número e nos n.ºs 3 e 4 o que escrevemos em *A Constituição e o património cultural*, cit., loc.cit., págs. 253 e segs.

- mera regulação externa, reconhecimento, garantia;
- apoio, favorecimento, promoção;
- tutela;
- direcção;
- absorção.

II – Muito em especial cabe considerar as relações dos regimes políticos com a cultura, que tipo de políticas culturais conduzem os diversos regimes políticos em razão da sua índole própria.

O critério básico de destrição é o da liberdade (da liberdade política e da liberdade cultural). Mas importa, para este efeito, considerar também três outros – o da relação com a religião, o da relação com a economia e o da estrutura da Administração pública.

E conhecem-se as grandes taxonomias:

- quanto à liberdade, regimes liberais, autoritários e totalitários;
- quanto à relação com a religião, regimes de identificação entre Estado e religião, de não identificação e de oposição ou, com mais directo interesse nos tempos modernos, regimes de união entre o Estado e certa confissão religiosa, de separação e laicistas;
- quanto à relação com a economia, regimes de economia de mercado e de direcção central total ou, noutra perspectiva, regimes liberais, de Estado social de Direito, corporativos e colectivistas;
- quanto à estrutura da Administração, regimes centralizados e descentralizados e com concentração ou com desconcentração.

Por outro lado, para lá das grandes concepções filosóficas e ideológicas, em cada país há que contar com a sua tradição, a sua experiência histórica e os factores políticos, económicos e culturais diversos⁷.

3. A cultura e a Constituição

I – Sendo a cultura uma das dimensões da vida comunitária e sendo a Constituição o estatuto jurídico do Estado na sua dupla face de comunidade e de poder, nunca a cultura (tal como a economia) pode ficar fora da Constituição.

Do mesmo modo que, ao garantirem a propriedade e a liberdade de comércio e indústria, as Constituições do século XIX confirmavam certa ordem económica (a do liberalismo individualista e concorrencial), também, ao garantirem a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, salvaguardavam certa ordem cultural (a do liberalismo político e do iluminismo ou pós-iluminismo). Mais ainda: convictos de que, sem educação, a liberdade não

⁷Donde, modelos bem diferenciados de políticas culturais:

- Em França e em geral nos países latinos, uma política cultural liberal, laica e, por vezes, laicista, com forte intervenção estatal e centralizadora;
- Na Grã-Bretanha e, em geral, nos países anglo-saxónicos, uma política liberal, não laicista, com pouca intervenção estatal e descentralizadora;
- Na antiga União Soviética e, em geral, nos países com regimes marxistas-leninistas, uma política totalitária, laicista, planificadora e centralizadora;
- Na Alemanha após 1949, uma política liberal, não laicista, com mitigada intervenção estatal e descentralizadora;
- Em Portugal no regime de Salazar, uma política autoritária, não laicista com forte intervenção do Estado e centralizadora.

poderia vingar, os liberais preocuparam-se com a criação de escolas, por vezes em normas programáticas das Constituições.

Mas é apenas o Estado social que introduz de pleno os direitos culturais no contexto constitucional; é ele que, a par dos direitos económico como pretensões de realização pessoal e de bem-estar através do trabalho e de direitos sociais como pretensões de segurança na necessidade, introduz direitos culturais como exigências de acesso à educação e à cultura e, em último turno, de transformação da condição operária; e que, para os tornar efectivos, prevê múltiplas incumbências dos poderes públicos.

E, assim como se cuida da Constituição económica, também se cuida agora da Constituição cultural como conjunto de princípios e preceitos com relativa autonomia, respeitantes a matérias culturais. E não falta quem preconize que se fale, doravante, em Estado de cultura⁸.

II – Estas expressões *Constituição cultural* e *Estado de cultura* devem ser encaradas com certa prudência.

Considerar uma Constituição cultural (ou uma Constituição económica, uma Constituição penal ou uma Constituição eleitoral) pode revelar-se útil, na tríplice medida em que propicia uma mais nítida consciência do escopo da Constituição, em que permite um aprofundamento da análise das pertinentes normas constitucionais e em que serve de apoio para a imprescindível ponte entre essas normas e as normas de legislação ordinária que lhes correspondem. Não

⁸Cf., por exemplo, ENRICO SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di culture nella Costituzione italiana*, Nápoles, 1961: o Estado de cultura seria aquele que assentaria no desenvolvimento da cultura e na liberdade cultural. E a Constituição bávara de 1946 fala em “Estado de Direito, de cultura e social”.

deve, contudo, acarretar a pulverização, a perda de unidade sistemática da Constituição ou o retorno a uma mera exegese.

Não há uma Constituição de direitos fundamentais independente da Constituição dos poderes e o Estado de Direito implica, precisamente, uma determinada conformação recíproca. Não existe uma Constituição cultural independente da Constituição política ou uma Constituição penal à margem da Constituição administrativa. E até quando os princípios respectivos tenham origens e formulações aparentemente discrepantes (em Constituições compromissórias) não podem ser lidos e entendidos senão no contexto da mesma Constituição material⁹.

Quanto à fórmula *Estado de cultura*, por melhores que sejam as intenções, justifica-se rejeitá-la pelos riscos inversos, ou de se pôr a cultura ao serviço do Estado ou da ideologia dominante no Estado, sacrificando a liberdade de criação e de crítica dos agentes culturais; ou de se pôr o Estado (aparentemente) ao serviço dos agentes culturais, suscitando dependências e secando as iniciativas vindas da sociedade civil. E ambos estes riscos estão esconjurados pela Constituição de 1976.

4. A cultura ao longo das Constituições portuguesas

I – Sem esquecer as políticas da língua, do ensino, das artes e da ciência que marcaram todas as fases da história do Estado Português antes do constitucionalismo (desde D. Dinis a D. Maria I, desde D. João III ao Marquês de

⁹*Manual ...*, II, cit., pág. 289.

Pombal), justifica-se, sobretudo, um conspecto do tratamento da cultura nas nossas seis Constituições escritas modernas.

Naturalmente, a observação mostra-nos, mais uma vez aqui, o contraste entre as quatro Constituições liberais de 1822, 1826, 1838 e 1911, a Constituição autoritária de 1933 e a Constituição democrática de 1976.

II – A Constituição de 1822 prescrevia a existência “em todos os lugares onde convier” de escolas primárias suficientemente dotadas (artigo 237º) e de estabelecimentos para o ensino das ciências e artes (artigo 238º); declarava livre a todo o cidadão abrir aulas para o ensino público (artigo 239º); cometia às câmaras municipais “cuidar das escolas de primeiras letras” (artigo 223º, IV); e cominava a incapacidade eleitoral dos que, para o futuro, chegando à idade de vinte e cinco anos, não soubessem ler e escrever, se tivessem menos de dezassete anos quando se publicasse a Constituição (artigo 33º, VI).

A Carta Constitucional e a Constituição de 1838 trouxeram como novidade a instrução primária gratuita (artigos 145º, § 30º, e 28º-I, respectivamente) e a garantia da propriedade intelectual (artigos 145º, § 24º, e 23º, § 4º).

A Constituição de 1911 impôs a obrigatoriedade do ensino primário elementar (artigo 3º, nº 11).

III – As duas grandes diferenças da Constituição de 1933 em face dos anteriores – a abertura a direitos positivos e à intervenção do Estado e a limitação das liberdades – patenteiam-se bem no domínio da cultura.

A República baseia-se no “livre acesso de todas as classes aos benefícios da civilização” (artigo 5º); o título IX da parte I trata “Da educação, ensino e

cultura nacional”; e o Estado obriga-se a facilitar aos pais o cumprimento do dever de instruir a educar os filhos (artigo 13º, nº 4) e a manter escolas de todos os graus e institutos de alta cultura (artigo 43º). Em contrapartida, a liberdade de ensino fica sujeita a lei especial (artigo 8º, § 2º) e as artes e as ciências devem respeitar a Constituição, a hierarquia e a acção coordenadora do Estado (artigo 43º, § 2º).

Mas, pela primeira vez entre nós – e quase sem paralelo no estrangeiro – a Constituição (embora estranhamente no título sobre domínio público e privado do Estado) declara “sob protecção do Estado os monumentos artísticos, históricos e naturais, e os objectos artísticos oficialmente reconhecidos como tais” e proíbe a sua alienação a favor de estrangeiros (artigo 52º).

IV – Por último, no tocante à Lei Fundamental de 1976, não menos se exibem as suas características de extensão, intensidade e complexidade de regulamentação.

Tendo em conta a dicotomia *direitos, liberdades e garantias* – *direitos económicos, sociais e culturais*, encontram-se direitos concernentes à cultura tanto numa como noutra sede (títulos II e III da parte I).

Como elementos novos contam-se, sobretudo, um preceito específico sobre liberdade de criação cultural, donde constam os direitos de autor (artigo 42º), a vedação ao Estado de programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, ideológicas ou religiosas (artigo 43º, nº 2); e um capítulo só sobre direitos culturais (direitos *positivos* culturais), com incumbências ao Estado no domínio da ciência, da democratização da educação e da cultura e da protecção do património cultural (artigos 73º e segs.).

A primeira, a segunda, a quarta e a quinta revisões constitucionais trariam alterações e aditamentos significativos, em especial eliminando um ou outro elemento ideológico-proclamatório; explicitariam o direito de criação de escolas particulares e cooperativas; formulariam um artigo muito abrangente sobre fruição cultural; e prescreveriam incumbências do Estado concernentes à língua portuguesa.

5. A identidade cultural na Constituição

I – A cultura enquanto expressão de identidade do povo português transparece no texto constitucional actual:

- no artigo 9º, quando declara tarefas fundamentais do Estado proteger o património cultural¹⁰ e assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa [alíneas e) e f)];
- no artigo 11º, nºs 2 e 3, quando constitucionaliza os símbolos nacionais;
- no artigo 11º, nº 3, quando formaliza o estatuto de língua oficial da língua portuguesa;
- nos artigos 7º, nº 4, 15º, nº 3 e 78º, nº 2, alínea d), quando prevê laços privilegiados e estatutos especiais relativamente aos países de língua portuguesa;

¹⁰Cf., em geral, a obra colectiva já citada *Direito do Património Cultural*, Oeiras, 1996, e JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito do Património Cultural*, Coimbra, 2004.

- no artigo 66º, nº 2, quando incumbe o Estado de classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico e de promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas [alíneas *c*) e *e*)];
- no artigo 74º, alínea *h*) e *i*), quando incumbe o Estado de proteger e valorizar a língua gestual portuguesa, enquanto expressão cultural, e de assegurar aos filhos dos emigrantes o ensino da língua portuguesa e o acesso à cultura portuguesa;
- no artigo 78º, nº 1, quando contempla o dever de todos de preservar, defender e valorizar o património cultural e no artigo 52º, nº 3, quando confere a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa do património cultural, o direito de promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra o património cultural [alínea *a*)];
- no artigo 78º, nº 2, quando incumbe o Estado de promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-a elemento vivificador da identidade cultural comum [alínea *c*)];
- no artigo 225º, nº 1, quando fundamenta o regime político-administrativo próprio dos Açores e da Madeira também nas suas características culturais¹¹.

¹¹A nível orgânico, acrescentem-se a reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República sobre os símbolos nacionais [artigo 164º, alínea *s*] e a reserva relativa sobre as bases do sistema de protecção do património cultural [artigo 165º, nº 1, alínea *g*].

6. A educação, a ciência e a cultura na Constituição

I – A Constituição dedica numerosas normas à educação, à ciência e à cultura em dois lugares: no dos direitos, liberdades e garantias (artigos 42º e 43º) e no dos direitos económicos, sociais e culturais (artigos 73º e segs.). Fá-lo segundo esta dicotomia, ao invés do que acontece com outras Constituições¹².

Remetendo para anteriores estudos o tratamento das matérias da educação¹³ e não considerando agora especificamente os concernentes à ciência, importa apenas referir aqui dois pontos.

O primeiro é a norma, segundo a qual o Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas (artigo 43º, nº 2). A segunda a que, para assegurar o acesso de todos os cidadãos à fruição e à criação cultural, chama à colaboração os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as colectividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e os outros agentes culturais [artigos 73º, nº 3, e 78º, nº 1, corpo, e alínea b)].

Por força destas normas, Portugal não poderia ser qualificado de Estado de cultura no sentido que tememos que a esta expressão alguns tenderiam a dar.

¹²Como a brasileira que os concentra num único capítulo do título da ordem social (artigos 205º e segs.).

¹³*Manual ...*, IV, 3ª ed., Coimbra, 2000, págs. 429 e segs.

II – Corolário do princípio geral do pluralismo inerente ao Estado de Direito democrático, o artigo 43º, nº 2¹⁴, significa a não identificação com qualquer filosofia, estética, política, ideologia ou religião, sendo vedado elevar qualquer delas a conteúdo da acção do Estado no âmbito educativo e cultural.

Ou, como foi afirmado com clareza na Assembleia Constituinte, está aí “a recusa de filosofia, de estética oficial, de ideologia oficial e de religião oficial” e “a recusa de *controlo* político do conteúdo da cultura e da educação” e “da unicidade em matéria cultural”¹⁵. “A liberdade cultural é um direito individual. A isenção doutrinária do Estado um dever do Estado para com a colectividade”¹⁶.

Mas esta regra – o contrário seria absurdo – não impede o Estado de desenvolver políticas públicas, independentemente daquelas directrizes, ligadas umas à identidade nacional (acabadas de ver), outras à realização do Estado de Direito democrático e outras ainda à democratização da educação e da cultura (artigos 73º e segs.). A não identificação (ou, doutro prisma, a neutralidade) não impede o Estado, nomeadamente, de promover uma educação que contribua para o espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade e para a participação democrática na vida colectiva (artigo 73º, nº 2, e artigo 26º, nº 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem).

¹⁴Tal como o artigo 43º, nº 2, que declara o ensino público não confessional (o que não impede, verificadas certas condições, a abertura ao ensino religioso quando ministrado pelas próprias confissões).

¹⁵Deputado Sottomayor Cardia, in *Diário*, nº 61, de 10 de Outubro de 1975, pág. 1879.

¹⁶Deputado Sottomayor Cardia, *ibidem*, pág. 1888. No debate (págs. 1877 e segs.) intervieram também na mesma linha os Deputados Costa Andrade e José Augusto Seabra e em posições antagónicas ou diferentes os Deputados Sousa Pereira, Vital Moreira, Francisco Miguel e Manuel Gusmão.

Os objectivos e valores a que aqui se apela são coessenciais à ordem constitucional democrática, não fazem mais do que recortar o quadro básico em que o contraditório inerente a uma sociedade livre deve desenvolver-se e o Estado não lhes pode ser indiferente. É neste quadro básico que podem manifestar-se e conviver todas as correntes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas e religiosas.

III – Quanto à norma do artigo 73º, nº 3, o seu alcance consiste em, negando o exclusivismo do Estado, abrir a porta às iniciativas culturais das diversas formações sociais aí mencionadas e, porque não é taxativo, de quaisquer outros grupos ou instituições presentes na sociedade civil, como as famílias [artigos 36º, nº 5, e 67º, nº 2, alínea c)], as confissões religiosas (artigo 41º, nº 5), as organizações de trabalhadores [artigo 58º, nº 2, alínea c)], as organizações juvenis (artigo 70º, nº 3) ou as organizações de cidadãos portadores de deficiência (artigo 71º, nº 3).

É norma coerente com outras que, similarmente, apelam à colaboração de grupos de interessados na efectivação de direitos económicos, sociais e culturais: as associações de consumidores (artigo 60º, nº 3), as associações representativas de beneficiários de segurança social (artigo 63º, nº 2), as associações de defesa do ambiente (artigo 66º, nº 2), as associações de famílias [artigo 67º, nº 2, alínea g)], as associações e colectividades desportivas (artigo 79º, nº 2).

7. A cultura *stricto sensu* na Constituição

A cultura *stricto* ou *strictissimo sensu* aparece no texto constitucional:

- no artigo 42º, ao garantir a liberdade de criação cultural e os direitos de autor;
- no artigo 58º, alínea *c*), ao incumbir o Estado de promover a formação cultural dos trabalhadores;
- no artigo 70º, sobre juventude;
- no artigo 72º, nº 2, sobre terceira idade;
- nos artigos 73º, nº 1, e 78º, nº 1 e nº 2, alínea *a*), ao declarar o direito de todos à fruição e criação cultural;
- no artigo 74º, nº 2, alínea *d*), ao incumbir o Estado de garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados da criação artística;
- no artigo 78º, nº 2, alínea *a*), 2ª parte, ao incumbir o Estado de corrigir as assimetrias existentes no país quanto aos meios e instrumentos de acção cultural;
- no artigo 78º, nº 2, alínea *b*), ao incumbir o Estado de apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e colectiva nas suas múltiplas formas e expressões e uma maior circulação das obras e dos bens culturais de qualidade¹⁷;
- no artigo 78º, nº 2, alínea *e*), 2ª parte, ao incumbir o Estado de assegurar a defesa e a promoção da cultura portuguesa no estrangeiro;
- no artigo 90º, ao impor a coordenação dos planos de desenvolvimento económico e social com a política cultural.

¹⁷Nesta incumbência deve inserir-se o poder de exigir programas e espaços culturais de qualidade no serviço público de rádio e televisão (artigos 38º, nº 5 e 73º, nº 3).

8. Quadro dos direitos culturais

A Constituição reserva o termo *direitos culturais* para os consignados no capítulo III do título III da parte I. Não são, de modo algum, os únicos e justifica-se estabelecer um quadro mais amplo, esteado no seu contexto global.

Afastando da análise a liberdade de aprender e ensinar e o direito à educação, encontramos três categorias básicas:

- a) Direitos relativos à identidade cultural;
- b) Liberdades culturais¹⁸;
- c) Direitos de acesso aos bens culturais.

Não parece adequado falar, compactamente, em direito à cultura¹⁹, por causa da diversidade desses direitos e porque a expressão melhor se ajustaria aos direitos do terceiro grupo.

9. Direitos relativos à identidade cultural

I – Direitos relativos à identidade cultural são:

- o direito à identidade cultural como componente ou desenvolvimento do direito à identidade pessoal²⁰ ou, mesmo, do direito ao

¹⁸Cf. PETER HÄBERLLE, *Verdad y Estado constitucional*, trad., México, 2006, págs. 119 e segs.

¹⁹De resto, em rigor, não existe um direito à cultura, como não existe um direito à saúde; o que há é um feixe de direitos de liberdade e de acesso à cultura, tal como há um direito à protecção da saúde.

desenvolvimento da personalidade (artigo 26º, nº 1), pois a pertença a um povo com uma identidade cultural comum [artigo 78º, nº 2, alínea c)] faz parte também da individualidade de cada pessoa;

- o direito de uso da língua, sabendo-se como a língua materna, por seu turno, é o primeiro elemento distintivo da identidade cultural²¹;
- o direito de defender, especialmente em juízo, o património cultural [artigo 52º, nº 3, alínea a)].

Afirmar estes direitos – e os correlativos deveres – torna-se particularmente necessário no contexto de uma integração europeia, em que importa salvaguardar o estatuto da língua portuguesa como língua de vocação universal; e em face de uma globalização, em que o domínio dos meios audiovisuais e cibernéticos acompanha a hegemonia política e financeira.

II – Os não portugueses que se encontrem ou residam em Portugal (artigo 15º) também têm direito à sua identidade cultural. No entanto, no seu exercício têm de compaginar com a própria inserção na vida colectiva, o que pressupõe o conhecimento e o uso da língua portuguesa [artigos 9º, alínea f), e 11º, nº 3] e o respeito pelos princípios da Constituição e da ordem pública portuguesa.

²⁰ Assim, RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS, anotação em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra, 2005, pág. 285.

²¹ Cf., entre tantos, JONATHAN POUL, *The Official Language Problem*, in *American Political Science Review*, Junho de 1991, págs. 495 e segs.; *Langues et Droits – Langues du Droit, Droit des Langues*, obra colectiva, Bélgica, 1999; VALERIA PIERGIGLI, *Langue minoritarie e identità culturale*, Milão, 2001; *Langues et Constitutions*, obra colectiva, Paris-Aix, 2004; CHRISTIAN LEHMANN, *On the value of a language*, in *European Review*, vol. 14, nº 2, Maio de 2006, págs. 151 e segs. V. também ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS (a quem prestamos saudosa homenagem), *Algumas considerações sobre o Direito e a língua ou a ignorância dos juristas não aproveita a ninguém*, in *Scientia Juridica*, 2001, págs. 19 e segs.

Um correcto multiculturalismo requer diálogo, reconhecimento de diferenças, tolerância e comunicação entre culturas para enriquecimento recíproco; não criação de espaços e de grupos fechados, auto-ensimesmamento, recusa de participação e de interesses comuns²².

10. As liberdades culturais

I – Liberdades culturais são:

- a liberdade de criação cultural (artigos 42º, 70º, nº 2, e 78º, nº 1);
- a liberdade de divulgação de obras culturais (artigo 42º, nº 2);
- a liberdade de fruição cultural, liberdade de acesso aos bens de cultura, sejam os meios e instrumentos de acção cultural (literatura, música, teatro, cinema, etc.), sejam os bens do património cultural [artigo 78º, nº 1 e nº 2, alínea *a*)];
- a liberdade de iniciativa cultural, liberdade de promover eventos culturais (edição de livros, concertos, exposições, etc. [artigos 73º, nº 3, e 78º, nº 2, corpo e alínea *b*]).

²²Com “sublinha JÜRGEN HABERMAS, *Die Einbestekung des anderen. Studien zur politischen Theorie*, 1996, trad. francesa *L’intégration républicaine*, Paris, 1998, pág. 93: “O direito democrático à autodeterminação inclui o direito de preservar a sua própria cultura política, mas não inclui o direito de afirmar uma forma de vida *cultural* privilegiada. No contexto de uma Constituição de Estado de Direito democrático, diversas formas de vida podem coexistir, beneficiando de direitos iguais. Importa, porém, que se revejam numa cultura política comum aberta a impulsos vindos de formas de vida novas”. Cf. ainda os outros autores citados em *Manual ...*, III, 5ª ed., Coimbra, 2004, pág. 75 e LUÍSA LEAL DE FARIA, *A questão do multiculturalismo nos Estados Unidos e na Europa: semelhanças e diferenças*, in *Europa – Globalização e multiculturalismo*, obra colectiva, Vila Nova de Famalicão, 2006, págs. 199 e segs.

Complementarmente:

- a liberdade de associação e fundação cultural (artigos 46º e 73º, nº 3);
- a liberdade de iniciativa económica cultural [artigos 61º, 73º, nº 3, e 78º, nº 2, corpo e alínea b)], abrangendo a liberdade de mecenato.

Como garantia:

- a proibição da censura (artigo 37º, nº 2).

E como garantia institucional conexa:

- a protecção legal dos direitos de autor (artigo 42º, nº 2, 2ª parte).

II – A liberdade de criação cultural ou de criação artística, intelectual e científica é, antes de mais, uma manifestação do próprio desenvolvimento da personalidade (cf. artigo 26.º, n.º 1)²³.

Pressupõe autonomia da pessoa na determinação do objecto, da forma, do tempo e do modo de qualquer obra artística, literária e científica, sem interferência de qualquer poder público ou privado.

Mas para que seja possível *produzir* cultura torna-se necessário *receber* cultura, o que implica educação. Não há liberdade de criação cultural sem liberdade de aprender, e também de ensinar (artigo 43.º, n.º 1); assim como não se torna uma liberdade acessível a todos sem direito à educação (artigos 73.º e segs.).

²³Seguimos aqui as nossas anotações em JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra, 2005, págs. 452 e segs.

III – Esta liberdade é indissociável da liberdade de expressão e da liberdade de fruição cultural.

Não há liberdade de criação sem liberdade de expressão, sem a liberdade de comunicar aos outros e de divulgar, dentro e fora da comunidade nacional, o resultado da criação (n.º 2, 1.ª parte). E trata-se mesmo de uma liberdade de expressão qualificada, até porque a expressão tanto pode ser de pensamento como de sentimentos e emoções.

Sem criação, não pode verificar-se fruição cultural. Tal como, reciprocamente, só poderá criar cultura quem fruir cultura. Daí a interdependência de liberdade de criação e de liberdade de fruição cultural, que deve, portanto, sem prejuízo do que dispõe o artigo 78.º, ter-se por implícita no artigo 42.º.

IV – Na maior parte dos casos, justamente pela necessidade de comunicação, a criação cultural implica a disponibilidade de meios de variadíssima natureza – edição de livros ou de discos, produção de cinema, de teatro ou de outros espectáculos, exposições, etc.; e, quanto à ciência, equipamentos adequados de investigação.

A liberdade dos criadores, a liberdade de arte, literatura e ciência implica então a liberdade dos habitualmente chamados operadores culturais. Sem a liberdade de iniciativa e de organização destes – correlacionada com liberdade de iniciativa empresarial – impedem-se ou diminuem-se drasticamente quer a fruição quer a criação cultural.

V – A liberdade de criação cultural não sofre condicionamentos ou restrições. E também não a liberdade de divulgação ou expressão cultural, não

sujeita não apenas a censura como a direito de resposta, de rectificação e de indemnização (artigo 37º, nº 4).

Mas a liberdade de divulgação está sujeita aos limites constantes do artigo 29º, nº 2, da Declaração Universal, quando se sirva dos meios de comunicação social²⁴: tem de respeitar os direitos dos outros e as exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.

VII – A garantia institucional dos direitos de autor surge como elemento ou como corolário do direito de invenção, produção e divulgação da obra cultural²⁵. Caracterizam-na:

- a) A sua amplitude – ficam garantidos tanto os direitos *morais* como os direitos *materiais* de autor, sendo aqueles os que se ligam à paternidade, genuinidade e integridade da obra e estes os respeitantes à sua disposição, fruição e utilização (artigo 9º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos);
- b) Ao contrário, portanto, do que se verifica com a propriedade sobre coisas corpóreas (artigo 62.º), a ligação directa e imediata desses direitos materiais à liberdade – mas, do mesmo passo, e agora em

²⁴Ou quando se sirva de padrões comunicativos próprios de outras linguagens (EDUARDO ANDRÉ FOLQUE FERREIRA, *Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2001, pág. 283).

²⁵Cf. JORGE MIRANDA, *A Constituição e os direitos de autor*, in *Direito e Justiça*, 1994, I, págs. 47 e segs.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos de autor e direitos fundamentais*, in *Perspectivas Constitucionais*, obra colectiva, II, Coimbra, 1997, págs. 181 e segs.; GOMES CANOTILHO, *Liberdade e exclusivo*, in *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, 2004, págs. 217 e segs.

consonância com o favor prestado pela Constituição a algumas formas de propriedade, a sua ligação ao trabalho (a propriedade intelectual é sempre fruto do trabalho).

Enquanto espaço de autonomia pessoal perante o poder público, a propriedade privada (sobre coisas corpóreas) tem uma natureza que se reconduz à dos direitos, liberdades e garantias. Contudo, os direitos de autor não só traduzem em si mesmo essa autonomia como derivam essencialmente do seu exercício, do exercício da liberdade pessoal de criação. E é, por isso, que eles recebem, à luz da ideia de Direito da Constituição de 1976, uma protecção mais alargada ou reforçada.

VIII – Nas liberdades culturais, como em quaisquer liberdades, prevalecem a dimensão negativa e a *facultas agendi*.

Não obstante, não são secundárias a dimensão positiva e a *facultas exigendi* aos poderes públicos – de organização do sistema de ensino, de preservação do património cultural, de protecção dos direitos de autor.

11. O direito de acesso aos bens de cultura

O direito de acesso aos bens de cultura compreende:

- direito à formação cultural em geral, que se reconduz ao direito à educação e ao ensino (artigos 73º, nºs 1 e 2, 74º, e 76º, nº 1);

- direito à fruição cultural compreendendo o direito de acesso ao património cultural [artigo 78º, nº 1 e nº 2, alínea a), 2ª parte, e alínea b), 2ª parte, e, em especial, artigo 72º, nº 1].

Já no atinente à criação cultural domina o elemento objectivo das incumbências do Estado [artigos 74º, nº 2, alíneas d) e h), 78º, nº 2, alínea b), 1ª parte, e, em especial, artigos 58º, nº 2, alínea c), e 72º, nº 1, alínea a), e nº 2].

Todos estes direitos e incumbências reconduzem-se à ideia de *democracia cultural* (artigos 2º, *in fine*, e ainda 73º), incindível, porém, da *liberdade cultural*²⁶ – porque assim o exigem a unidade e a coerência do Estado de Direito democrático.

Tão universais como os direitos, liberdades e garantias, os direitos culturais podem assumir, porém, projecções diversificadas em razão das condições concretas das pessoas porque, em última análise, visam a que todos usufruam da cultura como expressão de liberdade e de qualidade de vida [ainda artigo 9º, alínea d)]²⁷.

12. O Direito da Cultura

A Constituição não esgota o tratamento jurídico da cultura. Longe disso, abundam, em Portugal como nos demais países, normas de legislação ordinária e

²⁶Cf., por todos, JOSÉ AUGUSTO SEABRA, *Os direitos culturais na Constituição*, in *Estudos sobre a Constituição*, obra colectiva, III, Lisboa, 1979.

²⁷Cf. *Manual ...*, IV, págs. 104 e 105.

regulamentares que dela se ocupam, a ponto de fazer todo o sentido recortar um Direito da Cultura – justamente unificado a partir das normas constitucionais.

À semelhança do Direito da Educação, do Direito do Ambiente e de outros conjuntos normativos alvo de elaboração doutrinal e jurisprudencial nas últimas décadas, esse Direito da Cultura não é um ramo autónomo; é, sim, transversal a diversos ramos, como o Direito Administrativo, o Direito Civil e o Direito Penal e Contra-Ordenacional.

Há um Direito administrativo da cultura que se decompõe em Direito da Língua, Direito do Património Cultural e Direito dos Espectáculo e que tem laços fortes com o Direito do Ambiente e com o Direito do Ordenamento do Território²⁸. Assim como há um Direito Privado da Cultura, que se confunde com o Direito de Autor. m Direito Fiscal da Cultura, em que entra o mecenato. E um Direito Penal e Contra-Ordenacional da Cultura, voltado sobretudo para a protecção do património cultural e dos direitos de autor.

²⁸Cf. CARLA GOMES, *Direito do Património Cultural, Direito do Urbanismo, Direito do Ambiente: o que os une e o que os separa*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2001, págs. 353 e segs., assinalando como traços comuns referirem-se a grandezas que se fruem, mas que não se possuem, com relevância comunitária e com sentido do presente e futuro e de solidariedade intergovernamental (págs. 353 e segs.).