

A CONVENÇÃO SOBRE A PROTEÇÃO E A PROMOÇÃO DA DIVERSIDADE CULTURAL E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA*

THE CONVENTION ON THE PROTECTION AND PROMOTION OF THE DIVERSITY OF CULTURAL EXPRESSIONS

*Nina Beatriz Stocco Ranieri***

“A cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Fonte de intercâmbios, de inovação e de criatividade, a diversidade cultural é, para o gênero humana, tão necessária quanto a diversidade biológica para a natureza. Nesse sentido, constitui patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício de gerações presentes e futuras”.

(Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, art. 1.)

Resumo:

O texto cuida da proteção e da promoção da diversidade cultural no Brasil e da aplicação, no território nacional, da Declaração Universal da Diversidade Cultural, que encontra na legislação brasileira um campo favorável à sua implementação. Como regra geral, tal proteção resulta das normas constitucionais relativas aos direitos culturais, do conceito de patrimônio cultural imaterial, da proteção dos interesses difusos e coletivos e dos direitos autorais e liberdade de expressão. Merece destaque, na legislação brasileira, a superação de uma das inconsistências da Declaração, relativa à não-previsão de disposições que tornem efetivo o Direito, em virtude da possibilidade de utilização do direito de ação e da atuação do Ministério Público. A garantia da diversidade apresenta a dupla dimensão de dever do Estado e direito do cidadão; trata-se de direito relativo à cidadania pós-material, que exige prestações positivas do Estado, mas que não dispensa a participação da sociedade. Neste campo, a Constituição brasileira incorpora a idéia da cidadania cosmopolita, com fundamento na prevalência dos Direitos Humanos nas relações internacionais, o que também implica a proteção da diversidade cultural como patrimônio da Humanidade pela legislação brasileira.

Palavras-chave: Direito à Educação. Direitos Humanos. Ensino Superior. Sistemas de Ensino estaduais. Competências. Autonomias. Legislativas Regionais. Constituição Estadual.

* Estudos em homenagem à professora Jacqueline Morand-Deviller.

** Professora Doutora do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Abstract:

This paper examines the Brazilian constitutional rules which protect and promote diversity of cultural expressions and their connection to the recent Unesco Convention of the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. This is an important issue in the Brazilian Constitutional Law, because if this Convention is approved under certain conditions, it would acquire the status of a Constitutional Amendment. Brazil has not ratified the Convention yet; however, the Constitution comprehends the greater part of the Convention, except for the provisions connected to the production of cultural goods and services. The problem is the effectiveness of these rights. Another aspect concerns the Brazilian multiculturalism, as shown recently with the adoption of quotas system to promote equality in the access to public undergraduate system. This is a very sensitive issue at the moment, due to the idea that Brazil is a multicultural and multiracial country that has integrated all different groups that compose this society. The quota policy challenges this idea: is the Brazilian society integrated after all?

Keywords: Diversity. Human Rights. Right to diversity. Convention on the Protection of Diversity or Convention on Right to Diversity. Performance of Public Prosecution. Constitutional protection. International Treaties.

1. Introdução

Aos 2 de novembro de 2001, na 31ª Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura – Unesco, foi aprovada, por unanimidade, a Declaração Universal da Diversidade Cultural.¹

A Declaração define a diversidade cultural como o conjunto das manifestações culturais dos grupos e sociedades humanas verificadas no tempo e no espaço, proclamando a patrimônio comum da humanidade (art. 1º) e fator de desenvolvimento (art. 3º); sua proteção torna-se, pois, imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana (art. 4º). Foi com esses atributos que a diversidade cultural tornou-se um direito reconhecido pela comunidade de Estados.

O surgimento de novos direitos, como se sabe, está condicionado a mudanças históricas, a transformações técnicas e, principalmente, à necessidade de preservação de determinados bens e valores.² É o que se verifica desde a segunda metade do século XX, quando a globalização transportou problemas de direitos fundamentais para o âmbito mundial; no campo da diversidade cultural, provocando situações nas quais, em várias partes do planeta, confrontava-se o universalismo ao relativismo cultural, o equilíbrio

¹ Cf. Doc. CLT.2002/WS/9, disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org>>. Acesso em: 02 nov. 2006.

² Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1993. p. 18 e ss.

entre unidade e diversidade, a preservação da diversidade cultural em face do comércio internacional e da evolução das tecnologias de informação e comunicação.

Para os Estados, equacionar esses conflitos em seus territórios significava garantir o direito das minorias e o direito às diferenças, mas também a coesão social e a igualdade de tratamento; no plano internacional exigia, ainda, o desenvolvimento dos intercâmbios culturais e a própria colaboração entre os Estados na preservação da diversidade cultural. Instituir parâmetros que orientassem a solução destes problemas foi o propósito da Declaração da Diversidade, o que não era propiciado pela proteção à cultura.

Sem uma definição legal, sem o estabelecimento de princípios e sem uma declaração de ordem normativa aceita por todos os Estados, a proteção da diversidade inexistiria como tal, ainda que o direito à cultura seja inerente à própria condição humana e objeto de inúmeros textos normativos, bilaterais e multilaterais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 27)³ e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 15).⁴

Com a adoção da Declaração, ademais, a proteção da diversidade cultural internacionalizou-se, uma vez que sempre estará submetida à jurisdição de algum Estado e ao Direito Internacional, devendo as respectivas leis nacionais estar de acordo com os padrões exigidos pela comunidade de Estados.

Os aspectos mais inovadores e polêmicos da Declaração decorrem de medidas destinadas a enfrentar os desafios da homogeneização cultural, produto da liberação do comércio internacional, da convergência dos meios de comunicação e de novas tecnologias em escala mundial. Dentre estas se destacam: (a) o reconhecimento de que bens e serviços culturais não são mercadorias ou bens de consumo como os demais, dado que são “portadores de identidade, valores e sentido” (art. 8º); (b) o reconhecimento de que ante os desequilíbrios produzidos no fluxo e no intercâmbio de bens culturais em

³ “Art. 27 – 1. Todo homem tem direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios”.

⁴ “Art. 15 - 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: participar da vida cultural;

desfrutar o progresso científico e suas aplicações;

c) beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda produção científica, literária ou artística de que seja autor.

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à liberdade criadora.

4. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura”.

escala universal, seria necessário reforçar a cooperação e solidariedade internacionais, destinadas a permitir que todos os países, em particular aqueles em desenvolvimento e em transição, estabeleçam indústrias culturais viáveis e competitivas (art. 10). O problema é a efetividade dessas normas.

Como todos os Direitos Humanos, a proteção da diversidade cultural gravita em torno do Estado. Trata-se de direito relativo à “cidadania pós-material”,⁵ que exige prestações positivas do Executivo. Como a Declaração não as impõe (sendo antes de um acordo de boa-fé com pouca ou nenhuma força coercitiva), para que as medidas adotadas tivessem maior efetividade, foi necessário avançar na definição de princípios, normas e práticas nos planos nacional e internacional, bem como na harmonização dos sistemas jurídicos nacionais.

Com esse desiderato, os Estados membros da Unesco, em 20 de outubro de 2005, por ocasião da sua 32ª Conferência Geral, adotaram a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade Cultural (Convenção da Diversidade).

A Convenção da Diversidade resulta de um longo processo de elaboração, sob a liderança decisiva da França e do Canadá.⁶ Suas previsões reafirmam o conceito de diversidade cultural, a partir do direito de cada cultura às suas próprias expressões e da necessária abertura a outras culturas, asseguram o reconhecimento da natureza social e econômica dos bens e serviços culturais, além de reafirmarem o direito dos Estados para adotarem políticas públicas e ações destinadas à promoção e proteção da diversidade de expressões culturais, nos níveis local, nacional e internacional.

O objetivo imediato era instituir uma nova plataforma de cooperação internacional, fundada no tripé “*diversidade, desenvolvimento e diálogo entre culturas*”, e estabelecer um fórum internacional para análise e debate dos desafios relativos à diversidade cultural; o objetivo mediato, por sua vez, era criar um instrumento jurídico que passasse a ser usado como termo de referência nas negociações internacionais do setor cultural, tanto no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), quanto em negociações bilaterais ou multilaterais.

Dos Estados-membros da Unesco, 148 apoiaram a versão aprovada contra os votos dos Estados Unidos e Israel e a abstenção da Austrália, Honduras, Libéria e Nicarágua. Sua entrada em vigência dar-se-á em 18 de março de 2007, data em que se completam três meses do depósito do trigésimo instrumento de ratificação, aceitação,

⁵ Cf. FARIA, José Eduardo. O futuro dos direitos humanos após a globalização econômica. In: O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 66-7.

⁶ Cf. PAQUETTE, Jacques. From the elaboration of the Unesco Convention to its future implementation: perspectives from the government of the Canada. In: SIMPÓSIO Cultural Diversity, Identities and Globalization. realizado pela Associação Internacional de Ciência Política – AISP, Montreal, 12 e 13 de outubro de 2006. Disponível em: www.aisp.ca.org.

aprovação ou adesão; até fevereiro de 2007, cerca de quarenta e cinco Estados, mais a União Européia, haviam concluído os processos de ratificação.⁷

O Brasil ratificou a Convenção em dezembro de 2006. O ato fez-se sob rito ordinário e não na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal (do que resultaria sua equiparação à emenda constitucional), prevalecendo, pois, no Direito brasileiro, as normas constitucionais às da Convenção, como assente na jurisprudência. As previsões da Constituição brasileira, contudo, não colidem com as da Convenção, propiciando a proteção da diversidade cultural com fundamento no direito à cultura.

Em outra vertente, a Constituição brasileira reconhece a cidadania cosmopolita, com fundamento no princípio da prevalência dos Direitos Humanos nas relações internacionais (art. 4º); e também a cidadania “pós-material”, em face das atribuições do Poder Executivo e do Ministério Público, o que igualmente se reflete na proteção da diversidade cultural pela legislação brasileira.

O propósito deste artigo é realizar uma análise dos dispositivos constitucionais brasileiros relativos à ordenação constitucional da cultura e sua repercussão no campo da proteção da diversidade cultural, da perspectiva da Convenção sobre a Diversidade.

2. A Convenção sobre a Diversidade

A partir da última década de 90, as reflexões acerca da proteção da cultura no nível mundial e de sua articulação com a globalização econômica alcançaram a agenda política internacional.

Nas negociações que deram origem à Organização Mundial do Comércio (OMC) em 1993, bem como na celebração do Acordo de Livre Comércio Norte-Americano (Nafta), em vigência desde 1994, foi reconhecida a natureza específica dos “produtos do espírito”, possibilitando a adoção de políticas públicas nacionais e internacionais no campo do audiovisual, sob o princípio geral da “exceção cultural”.

A exceção cultural consiste na possibilidade de serem excluídos da liberalização de bens e serviços culturais determinados setores, particularmente o de audiovisual e o dos chamados “multimeios” (que compreendem o cinema, a televisão, o rádio e a música e, em algumas situações específicas, a indústria editorial), reconhecendo-se que os Estados têm o direito de adotar políticas culturais próprias e, particularmente, medidas de proteção às respectivas indústrias culturais. Sob este princípio os Estados-membros da União Européia, por exemplo, têm se reservado o direito de subsidiar produtos

⁷ Cf. www.mcc.gouv.cq.ca/diversite-culturelle/esp/

culturais em seus respectivos territórios, para preservação da diversidade cultural, com fundamento no art. 87, do Tratado da União Européia.⁸

Do ângulo do comércio internacional, e em especial da OMC, a medida cria desigualdade competitiva em relação à regra do igual acesso ao mercado, posto que dentro da sistemática dos acordos da OMC prevalece o princípio do tratamento nacional, ou seja, os produtores de bens e serviços, independentemente de sua nacionalidade, devem ser tratados igualmente, pelo menos depois de terem ingressado no mercado. E ainda que a exceção cultural possa proteger a atual produção cultural dos países que a praticam (como a França e o Canadá, v.g.), em muitos casos os mercados nacionais são insuficientes para garantir uma produção contínua e estável, principalmente na área do audiovisual; o que leva, necessariamente, à exigência de subsídios governamentais em menor ou maior grau para que essa produção nacional possa subsistir (como ocorre em relação ao cinema europeu, que devido à diversidade lingüística européia, não conta com um mercado integrado). Diante de tais circunstâncias, é possível defender a idéia de que o protecionismo cultural, apoiado nos argumentos de diversidade, é benéfico; de modo análogo, poder-se-ia falar em protecionismo otimizador, passível de ser avaliado no escopo do cálculo econômico.⁹

Não se pode deixar de considerar, tampouco, o fato de que, subjacente à defesa do próprio mercado, os Estados almejam conquistar parcelas mais significativas de mercados externos para a sua produção cultural, especialmente nos serviços audiovisuais. Mas como e para quem abrir parcelas de mercados protegidos pela marca da diversidade?

Esses são alguns dos aspectos que revelam a dimensão dos debates acerca da conciliação entre as normas internacionais de comércio e o controle estatal em matéria de comunicação escrita e audiovisual.

Tais debates, liderados pela França e pelo Canadá (que já haviam desempenhado papel decisivo na formulação da doutrina da “exceção”), levaram à aprovação da Convenção: a França mobilizou os países de língua francesa, e o Canadá estabeleceu a Rede Internacional pela Política Cultural (RIPC), fórum informal de discussão da proteção da diversidade cultural aberto a ministros da Cultura, associações de natureza pública e sociedade civil. A percepção geral era a de que a hegemonia cultural americana – ainda em expansão e potencializada pela ampla disseminação da língua inglesa no planeta – punha em risco a preservação da cultura mundial e a capacidade dos

⁸ Cf. Resolução do Conselho, de 12/02/2001, acerca de subsídios nacionais à indústria audiovisual; disponível em: <<http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/124221a.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2006.

⁹ Cf. FLORES JR., Renato Galvão. Dois ensaios sobre diversidade cultural e o comércio de serviços. *Estudos Econômicos*, Rio de Janeiro, n. 622, p. 25, 2006.

diferentes povos em produzir cultura, além de lhes oferecer conteúdos estranhos ao seu ambiente social.¹⁰

E assim, embora a OMC não tenha sido expressamente mencionada em qualquer documento preparatório da Convenção da Diversidade, ou da Conferência Geral da Unesco, estava implícito que um dos seus objetivos, como norma do Direito Internacional, era o de ser invocada contra as negociações do Acordo Geral sobre o Comércio dos Serviços (AGCS) e contra decisões que seriam tomadas por seu Órgão de Regulação de Pendências (ORD). Nesta hipótese, a jurisdição da Corte Internacional de Justiça de Haia, único tribunal internacional habilitado a apreciar a compatibilidade das normas internacionais e a solucionar conflitos de Direito Internacional, poderia ser solicitada pelos Estados envolvidos. Em última análise, esperava-se que a Convenção enfraquecesse a prevalência do Direito Internacional do Comércio sobre os direitos sociais, ambientais e culturais, uma vez que praticamente todos os Estados que a apoiaram são membros da OMC.

Em reforço a este objetivo, previu-se, no anteprojeto da Convenção, que a relação jurídica entre esta e outros instrumentos internacionais estaria fundada nos princípios de complementaridade e não-subordinação, no que diz respeito às obrigações já existentes. A medida voltava-se a solucionar duas importantes questões de Direito Internacional: a) determinar o *status* legal da nova convenção em relação a outros instrumentos e as responsabilidades dos Estados-partes em casos de conflito entre a convenção e outros acordos, já em vigência ou futuros; b) determinar as relações entre a convenção e outros acordos já em vigência.¹¹ Em outras palavras, os Estados-membros confirmariam os direitos e obrigações decorrentes de tratados bilaterais ou multilaterais nos quais figurassem como partes, ressalvadas as situações de emergência nas quais tais direitos e obrigações causassem sério risco ou ameaça à preservação da cultura (i.e., possível desaparecimento de línguas), como já ocorrera em relação à proteção da biodiversidade, por meio de previsão expressa no Protocolo de Cartagena sobre a Biodiversidade.¹²

A iniciativa, porém, não prosperou. No texto final aprovado, ainda que se preveja a “não-subordinação” como regra geral no art. 20, item 1, a regra é excepcionada, no item 2 do mesmo artigo, em favor dos tratados já concluídos. A previsão estatui que nenhuma das disposições da Convenção poderá ser interpretada como uma modificação

¹⁰ Nesse sentido, são enfáticas as manifestações da União Européia sobre a influência que os bens culturais e da mídia audiovisual desempenham no funcionamento das modernas democracias e no desenvolvimento e transmissão de valores sociais, não se podendo desconsiderar os condicionamentos que impõem no que os cidadãos conhecem, acreditam ou sentem. Cf. Comunicação da Comissão da União Européia ao Conselho, “The Future of European Regulatory Audiovisual Policy”, de 15/12/03; COM (2003) 784 final, 3.

¹¹ Cf. a propósito, Bernier, Ivan – “On the Relation of a Future International Convention on Cultural Diversity to other International Agreements”.

¹² Cf. <http://www.biodiv.org/doc/legal/cartagena-protocol-en.pdf>.

dos direitos e obrigações das Partes que emanem de outros tratados internacionais dos quais já façam parte.¹³ Por via de consequência, a Convenção somente será aplicável para o futuro, a partir de sua entrada em vigência, não alcançando as obrigações já constituídas. Resultam, pois, preservados os direitos e obrigações dos Estados-partes, sob as regras da OMC.¹⁴ Mais ainda, a Convenção permite que os Estados-partes tenham distintas obrigações em relação à proteção da diversidade, dependendo do teor dos compromissos internacionais que já tenham assumido à data do depósito dos respectivos instrumentos de adesão (cf. art. 20).

A essas inconsistências somam-se outras. Na opinião de especialistas, a Convenção apresenta definições de caráter tautológico, é muito frágil em termos de efetividade, sendo que o próprio âmbito do conceito de diversidade dificultará a sua implementação. A propósito, um dos maiores desafios à implementação da Convenção é a sua articulação com outras convenções específicas (tais como a Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Lingüísticas; a Convenção de Berna para a proteção de Obras Literárias e Artísticas, a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial etc), como de resto ocorre em relação à maioria das convenções internacionais, haja vista à proliferação desses documentos nas últimas décadas.¹⁵

Além disso, é pouco provável que as suas disposições dissipem, ou ao menos diminuam, as tensões entre comércio e cultura. A previsão de criação do Fundo Internacional para a Diversidade Cultural (art. 18), mediante contribuições voluntárias das partes, também é pouco provável que aconteça.

Outra dificuldade é a ausência de disposições sobre soluções judiciais ou arbitrais de controvérsias, embora se preveja a possibilidade de ser utilizado procedimento de conciliação (pouco explicitado), por meio de negociação, mediação, ou pela atuação de uma Comissão de Conciliação, não-permanente, como previsto no art. 25. O órgão, contudo, mesmo que criado, terá pouca efetividade, como o demonstram as disposições relativas à sua atuação (cf. Anexo à Convenção). A Comissão apenas será criada a pedido

¹³ Art. 20 – Relações com outros instrumentos: potencialização mútua, complementaridade e não-submissão:

1. As Partes reconhecem que devem cumprir com boa fé as obrigações que lhes cabem em virtude da presente Convenção e dos demais tratados de que são Parte. Conseqüentemente, sem submeter esta Convenção aos demais tratados: a) fomentarão a potencialização mútua entre a presente Convenção e os demais tratados de que são Parte; b) ao interpretarem e aplicarem os demais tratados em que são Parte, ou ao contraírem outras obrigações internacionais, levarão em consideração as disposições pertinentes da presente Convenção.

2. *Nenhuma disposição da presente Convenção poderá ser interpretada como uma modificação dos direitos e obrigações das Partes que emanem de outros tratados internacionais dos quais façam parte.* (gn).

¹⁴ Cf. HAHN, Michael. A Clash of Cultures? The Unesco Diversity Convention and International Trade Law. *Journal of International Economic Law*, v. 9, n. 3, p. 515, sep. 2006.

¹⁵ Cf. “Diversité Culturelle, Identités et Mondialisation”, simpósio promovido entre 12 e 13 de outubro de 2006, pela Associação Internacional de ciência Política, em Québec, Canadá (www.culturaldiversity.ipca.ca).

de uma das partes interessadas na disputa, não estando as mesmas adstritas ao atendimento de suas determinações, bastando que “levem em consideração” as suas propostas. Como observa Hahn (op. cit., p. 537), o procedimento de conciliação constitui um claro exemplo de mecanismo de solução de controvérsias que protege mais a soberania estatal que a integridade das disposições da Convenção.

Por outro lado, a Convenção propiciou a discussão acerca da preservação da diversidade cultural fora da OMC, além de permitir uma ligação mais estreita entre esta e a Unesco, não sendo tampouco de menor importância o caráter político da sua adoção por um grande número de países. Em verdade, a Convenção sobre a Diversidade Cultural é mais uma etapa no longo processo de sensibilização da sociedade mundial, sendo as reflexões e discussões que vem propiciando tão importantes quanto os seus futuros resultados, como vem ocorrendo em relação à liberação de bens e serviços audiovisuais.

A propósito, merecem especial atenção os arts. 2º, 4º, 6º, 18 e 25 da Convenção.

O art. 2º designa os princípios diretores da proteção e promoção da diversidade cultural, a saber: o princípio do respeito aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais, o princípio da soberania, o princípio da igual dignidade e respeito em todas as culturas, o princípio da solidariedade e cooperação internacionais, o princípio da complementaridade dos aspectos econômicos e culturais do desenvolvimento, o princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio da igualdade de acesso e o princípio da abertura e equilíbrio.

O art. 4º, por sua vez, apresenta as diversas definições para efeitos da aplicação da Convenção, destacando-se as de “diversidade cultural” (a multiplicidade de meios pelos quais expressam-se as culturas dos grupos e sociedades, manifestados tanto pelas formas em que se expressam quanto pelos distintos modos de criação, produção, difusão, distribuição e desfrute artísticos, quaisquer que sejam os meios e tecnologias utilizadas), e a de “atividades, bens e serviços culturais” (aqueles que a partir de sua qualidade, utilização ou finalidade específicas, encarnam ou transmitem expressões culturais, independentemente do valor comercial que possam ter).

Ora, ao estabelecer que os bens culturais transcendem o seu valor econômico, a Convenção garantiu aos Estados-partes o direito de adotar políticas e medidas necessárias à sua proteção e promoção (art. 2º, n. 2), observados os princípios gerais acima indicados. A medida é reafirmada no art. 3º e também no art. 6º que, basicamente, assegura às partes o direito de estabelecer medidas regulatórias e protetoras de bens culturais em seus respectivos territórios. Nestas incluem-se subsídios públicos, tanto para produtos nacionais quanto para alguns produtos estrangeiros, especialmente os oriundos de países em desenvolvimento (art. 16), sem prejuízo da adoção de medidas especiais em situações excepcionais de risco ou extinção de expressões culturais, como previsto no art. 8º. Como visto, o problema em relação à determinação do âmbito e limites da proteção de bens e

serviços culturais pelos Estados é real, uma vez que a adoção de medidas protecionistas ou discriminatórias pelos Estados, no uso de sua soberania, poderá afetar o fluxo internacional da liberdade de expressão e de manifestação e, assim, restringir a diversidade cultural.

Esses são, portanto, alguns dos temas que deverão merecer especial atenção dos Estados-partes, da OMC e da Unesco na aplicação da Convenção.

3. A diversidade cultural na Constituição brasileira

3.1. O direito à cultura. Aspectos gerais.

A Constituição brasileira cuida da cultura e de sua proteção em diversos dispositivos, sob diferentes perspectivas.

O art. 5º, relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos, garante a criação da cultura como corolário da liberdade de expressão (inciso IX) e, bem assim, o direito autoral (incisos XXVII e XXVIII).¹⁶ A proteção é reafirmada no art. 220, diante da vedação de qualquer restrição ou censura à manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação.

O art. 215 garante a todos o exercício do direito à cultura, o acesso às fontes da cultura nacional, comprometendo-se a apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais. É o que se reflete no art. 221, diante da exigência de que as emissoras de rádio e televisão promovam a cultura nacional e regional, além da regionalização da produção cultural, garantindo os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações que contrariem aquele dispositivo (art. 220, §3º). Já o art. 227 impõe à família, ao lado da sociedade e do Estado, o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à cultura.

Compete ainda ao Estado brasileiro proteger o patrimônio cultural brasileiro, material e imaterial (art. 215), tal como discriminado, de forma não-exaustiva, no art. 216. Incluem-se neste rol as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagismo, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.¹⁷

Para tornar efetivo o dever do Estado nessa área, a Constituição Federal incumbiu a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de proporcionar os meios

¹⁶ Os direitos autorais têm suas especificações, conteúdo e objeto previstos na Lei n. 9.610, de 19/02/98. O aspecto mais importante desta lei em matéria de proteção da diversidade cultural reside no fato de haver ampliado o seu alcance para englobar as obras culturais de todo o gênero.

¹⁷ O Brasil é parte da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada pela Unesco em 17 de outubro de 2003.

de acesso à cultura (art. 23, V), além de atribuir-lhes competência concorrente para legislar sobre cultura e proteção ao patrimônio cultural (art. 24, IX e VII; e Art. 30, IX), tudo sob a coordenação da União, a quem cabe estabelecer o Plano Nacional de Cultura, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do Poder Público (art. 215, § 3º). Faculta, ainda, aos Estados e ao Distrito Federal, a possibilidade de vincular a fundo estadual de fomento à cultura, até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais.¹⁸

O Plano Nacional de Cultura, porém, ainda esta para ser definido, e não há prazo consignado para tanto; verifica-se ainda que os recursos destinados à cultura são escassos, o que somado à dispersão de iniciativas dos diversos níveis de Poderes Públicos, resulta em processos não-sustentáveis de proteção e promoção da cultura. Não parece haver, tampouco, consciência acerca da importância da cultura como fator de desenvolvimento nacional.

4.2. A proteção e a promoção da diversidade cultural

Do ponto de vista do direito material, pode-se afirmar, como regra geral, que a proteção e a promoção da diversidade cultural no Brasil resultam indiretamente da aplicação das normas constitucionais acima indicadas. Há alguns dispositivos, porém, que asseguram proteção mais específica.

4.2.1. É o caso do art. 215, §1º, que identifica três diferentes grupos culturais sujeitos à ação do Estado – o popular, o indígena e o afrobrasileiro – além de “outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Embora não estabeleça nenhuma

¹⁸ A propósito do financiamento público à cultura, estudo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE realizado no ano de 2003 demonstra que: “Os gastos públicos no setor cultural representam aproximadamente 0,2% do total das despesas consolidadas da Administração pública em suas três esferas de governo. A análise da participação do governo na oferta de serviços culturais frente às demais funções precisa levar em conta, também, o fato de não existir nenhum percentual de gastos obrigatórios vinculados à receita governamental em cultura, tal como existe hoje em relação à Saúde e à Educação. Entre as esferas de governo, é nos municípios que a função cultura tem maior representatividade, com aproximadamente 1% do total de gastos. Nos Estados, este percentual é de 0,4%, enquanto que no Governo Federal a cultura representa apenas 0,03% da despesa orçamentária, no ano de 2003. Isso se deve ao papel essencial dos municípios na vida cultural, pois se situam em posição de proximidade com a demanda cultural e sofrem pressões diretas de produtores e consumidores de bens culturais e lazer para o financiamento público.” O estudo mostra, também, a desigualdade na aplicação de recursos no setor cultural entre as Unidades da Federação. Na esfera estadual, os gastos realizados na Região Sudeste representam cerca de 41% do total, enquanto que na Região Nordeste representam 25%, e na Região Norte apenas 13%. Na esfera municipal, a discrepância é ainda mais acentuada, já que a Região Sudeste participa com aproximadamente 64% do total de gastos municipais em cultura, e só os municípios de São Paulo e Rio de Janeiro respondem por cerca de 55% deste total. Cf. Sistema de Indicadores e Informações Culturais 2003, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Rio de Janeiro, 2003, Estudos e Pesquisa no. 18, p. 98-9. <http://ibge.gov.br>, consultado em 08/02/07.

regra específica em relação ao grupo “popular” (que estarão, portanto, submetidos às regras gerais de proteção da cultura), garante aos indígenas, a preservação da sua organização social, costumes línguas, crenças e tradições (art. 231), e ao grupo afrobrasileiro o tombamento dos documentos e dos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216, §5º)

Essas previsões favorecem a concepção da sociedade brasileira como uma sociedade multicultural, com diferentes identidades culturais, o que se confirma diante do art. 78, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394, de 20/12/96), que assegura educação bilíngüe a cada comunidade indígena e, também, de seu art. 26, que torna obrigatório o ensino sobre História e Cultura Afro-brasileira, “incluindo o estudo da História da África e dos Africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, resgatando a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil”. (cf. § 1º). Todas essas medidas apontam o esforço nacional para “incorporar a cultura como elemento estratégico no desenvolvimento de políticas nacionais e internacionais”, como previsto no item 6 do Preâmbulo da Convenção da Diversidade.

4.2.2. Já no que diz respeito à produção de bens e serviços audiovisuais, houve por bem o legislador constituinte estabelecer condições de proteção ao mercado brasileiro, além da proteção do autor na forma do art. 5º

Assim, determinou ser a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País (art. 222). Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação (§ 1º), sendo disciplinada em lei a participação de capital estrangeiro nestas empresas (§ 4º). Também a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social (§ 2º).

Ademais, os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios de proteção cultural enunciados no art. 221, supracitado, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais (art. 222, § 3º).

Não há na Constituição qualquer norma que impeça a liberação comercial de serviços e bens audiovisuais, ainda que o mercado interno seja considerado patrimônio nacional, devendo ser incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico (art. 219). Com efeito, em 2001, o Brasil submeteu propostas à OMC visando promover a liberação de serviços audiovisuais, assegurando ao País autonomia para preservar e promover a identidade e a diversidade culturais. Solicitou igualmente o aumento da participação de países em desenvolvimento no comércio de bens audiovisuais tais como os produzidos para televisão.¹⁹

O tema “comércio e cultura”, tanto nas propostas brasileiras quanto nas normas constitucionais, mostra a discrepância entre as regras comerciais e o desejo do Brasil preservar o controle sobre o que é oferecido à população brasileira, no rádio, cinema e televisão, o que pode resultar tanto em proteção da identidade cultural quanto em reserva de mercado, tópicos enfrentados pela Convenção da Diversidade. A mesma dualidade é observada em diversos acordos multilaterais e bilaterais relativos à produção de serviços e bens audiovisuais, recentemente firmados pelo Brasil no campo da cooperação cultural internacional, devidamente homologados pelo Congresso Nacional.^{20/21}

A produção áudio-visual, contudo, não é expressiva na economia brasileira. Estudo promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE em 2003, acerca da economia da cultura no Brasil demonstra que:

A análise do setor cultural pelo lado da oferta mostrou uma representatividade da ordem de 6,2% em termos de número de empresas e 5,7% do pessoal ocupado, porém participa com quase o dobro em termos de valor adicionado (10,1%), incluindo as atividades de telecomunicações. Ao excluir as

¹⁹ Cf. WTO S/SS/W/99 (09/07/01).

²⁰ Cf. Ministério das Relações Exteriores; www.mre.gov.br, e <http://www2.mre.gov.br/dai/coopcult.htm>, consulta em 10/02/07.

²¹ Decreto n. 2.761, de 27 de agosto de 1998, que promulga o Acordo Latino-Americano de Co-Produção Cinematográfica, assinado em Caracas em 11 de novembro de 1989; que prevê como obrigação dos Estados-partes, dentre outras medidas: “(...) que as obras cinematográficas co-produzidas em conformidade com o artigo I do presente Acordo sejam realizadas com profissionais nacionais ou residentes dos países-membros; que os diretores das referidas obras sejam nacionais ou residentes de países-membros, ou de países da América Latina e Caribe, ou de outros países de expressão hispânica ou portuguesa co-produtores da obra; (...) que as co-produções realizadas nos termos do presente Acordo respeitem a identidade cultural de cada país co-produtor e sejam faladas em uma das línguas da região”.

Cf. ainda: Decreto n. 2.768, de 3 de setembro de 1998, que promulga o Acordo para a Criação do Mercado Comum Cinematográfico Latino-Americano, assinado em Caracas, em 11 de novembro de 1989. Decreto n. 2.777, de 10 de setembro de 1998, que promulga o Convênio de Integração Cinematográfica Ibero-Americana, assinado em Caracas em 11 de novembro de 1998, cujo propósito é o de contribuir para o desenvolvimento da cinematografia dentro do espaço audiovisual dos países ibero-americanos, e para a integração dos referidos países, mediante uma participação equitativa na atividade cinematográfica regional. Decreto n. 86.582, de 17 de novembro de 1981, que promulga o Convênio de Co-Produção Cinematográfica entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Argentina; etc.

telecomunicações, a participação do valor adicionado da cultura no total cai para cerca de 6%. Deve ser ressaltado que esta é a participação das atividades de cultura no total das pesquisas econômicas, que representam o conjunto das empresas formalmente constituídas nos segmentos de indústria, comércio e serviços.

A economia da cultura, pelo lado da oferta, tem o seu maior peso nas atividades de serviços, que participam com 60,6% das empresas, 55,3% do pessoal ocupado, e 68,5% do valor adicionado do conjunto dos setores econômicos definidos como culturais. As atividades industriais culturais, embora participem com apenas 6,1% das empresas, têm maior representatividade no que se refere ao pessoal ocupado (25,6%) e ao valor adicionado (27,9%). Já as atividades culturais de comércio compõem o setor econômico cultural com 33,3% das empresas e 19,0% do pessoal ocupado, porém têm menor participação no valor adicionado (3,5%).²²

4.2.3. De uma perspectiva mais ampliada, a proteção da diversidade cultural poderá igualmente ser feita (a) ao abrigo do conceito de patrimônio cultural imaterial; (b) ao abrigo da proteção dos interesses difusos e coletivos; (c) em face do art. 225, da Constituição Federal, que garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; (d) e da proteção de direitos autorais e liberdade de expressão. Esta proteção é bastante ampla para assegurar o cumprimento dos compromissos assumidos pelo Brasil quando da assinatura e ratificação da Convenção da Diversidade, como se passa a expor

A proteção da diversidade cultural como patrimônio cultural imaterial será feita por meio de atos do Poder Público, dentro das respectivas esferas de competência, sem prejuízo do emprego dos meios ou instrumentos repressivos de natureza administrativa, civil e penal.

A Constituição do Estado de São Paulo, por exemplo, prevê que “o Poder Público pesquisará, identificará, protegerá e valorizará o patrimônio cultural paulista, através do Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo, Condephaat, na forma que a lei estabelecer” (art. 261).

Há também que se destacar a iniciativa do Poder Público federal na proteção e promoção da diversidade cultural, tal como previsto na Convenção, quando da criação do Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro (Decreto n. 3.551, de 04/08/2000). Neste caso, consideram-se patrimônio

²² Cf. Sistema de Indicadores e Informações Culturais 2003, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Rio de Janeiro, 2003, Estudos e Pesquisa no. 18, p. 97. <http://ibge.gov.br>, consultado em 08/02/07.

imaterial, para fim de registro os conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades; rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social; manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

A proteção de tradições culturais, todavia, não é absoluta ou incondicional. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal se manifestou quanto à não-razoabilidade na defesa constitucional de manifestações culturais populares nas quais haja crueldade contra animais, como é o caso da “farra do boi” e da “briga de galo”, esta ainda que autorizada por lei estadual.²³

Outras iniciativas para a proteção e promoção da diversidade cultural poderão ser promovidas *ex-officio* pelo Ministério Público, à vista de suas funções institucionais, dentre estas a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (CF, art. 129, III).²⁴

No que tange à proteção da cultura como direito difuso ou coletivo,²⁵ o Ministério Público do Estado de São Paulo, por exemplo, por intermédio do seu Núcleo de Defesa de Direitos Difusos e Coletivos, tem reiteradamente promovido inquéritos civis na área de proteção ao patrimônio histórico, na forma do art. 129, III, da Constituição Federal e dos arts. 260 e 262, da Constituição do Estado, em face de eventuais danos e descaracterização de imóvel de valor histórico.²⁶ E da mesma forma em relação à proteção da diversidade cultural como expressão do meio ambiente equilibrado (CF, art. 225).

²³ Cf. STF, 2ª Turma, Recurso Extraordinário n. 153.531/SC – Rel. Min. Francisco Rezek, decisão em 1997; Cf. também STF- Pleno, Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 1.856-6/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 22/09/00, p. 69; etc.

²⁴ A Lei Federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, refere-se expressamente a “bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

²⁵ Conforme a diferenciação apresentada por Ada Pellegrini Grinover: “Embora considerados ambos metaindividuais, não são referíveis a um determinado titular, a doutrina designa como ‘coletivos’ aqueles interesses comuns a uma coletividade de pessoas e a elas somente, quando exista um vínculo jurídico entre os componentes do grupo (...) nascidos em função de uma relação base que une os membros das respectivas comunidades e que, não se confundindo com os interesses estritamente individuais de cada sujeito, permite sua identificação. Por interesses propriamente difusos entende-se aqueles que, não se fundando em um vínculo jurídico, baseiam-se sobre dados de fato, genéricos e contingentes, acidentais e mutáveis: como habitar na mesma região, consumir iguais produtos, viver em determinadas circunstâncias sócio-econômicas, etc...” (“in” *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 149).

²⁶ “Art. 260: “Constituem patrimônio cultural estadual os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referências à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; III - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; IV - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

É o que decorre da ampliação do conceito de meio ambiente pela doutrina, a partir da edição da Lei n. 6.938, de 31/08/81, e da Constituição Federal, de 1988, para alcançar não-só o meio ambiente natural, como também o chamado “meio ambiente artificial e o cultural”.

Com efeito, o art. de 31 da referida lei, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, define o *meio ambiente* como “o conjunto de condições, leis, influências e integrações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. O conceito, diz Hugo Nigro Mazzilli:

É tão amplo que permite considerar praticamente ilimitada a possibilidade de defesa da flora, da fauna, das águas, do solo, do ar, com base na conjugação do art. 225 da Constituição com as Leis ns. 6.938/81 e 7.347/85. Também se incluem na noção abrangente de meio ambiente diversos valores integrantes do chamado patrimônio cultural (bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico). Pode-se, assim, fazer a contraposição entre o meio ambiente natural (o solo, a água, a vida etc.) e o artificial (a interação do homem com o meio ambiente, como o chamado patrimônio cultural – urbanismo, zoneamento, paisagismo, monumentos históricos, meio ambiente do trabalho etc.).²⁷

No mesmo sentido, a lição de José Afonso da Silva na qual indica ser o

o conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico”, sendo o meio ambiente cultural “(...) integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como obra do homem, [apresenta] (...) sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregna.”²⁸

Art. 262 - O Poder Público incentivará a livre manifestação cultural mediante: I - criação, manutenção e abertura de espaços públicos devidamente equipados e capazes de garantir a produção, divulgação e apresentação das manifestações culturais e artísticas; II - desenvolvimento de intercâmbio cultural e artístico com os Municípios, integração de programas culturais e apoio à instalação de casas de cultura e de bibliotecas públicas; III - acesso aos acervos das bibliotecas, museus, arquivos e congêneres; IV - promoção do aperfeiçoamento e valorização dos profissionais da cultura; V - planejamento e gestão do conjunto das ações, garantida a participação de representantes da comunidade; VI - compromisso do Estado de resguardar e defender a integridade, pluralidade, independência e autenticidade das culturas brasileiras, em seu território; VII - cumprimento, por parte do Estado, de uma política cultural não-intervencionista, visando à participação de todos na vida cultural; VIII - preservação dos documentos, obras e demais registros de valor histórico ou científico.

²⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 132.

²⁸ Cf. SILVA, Jose Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 2-3.

A Lei dos Crimes Ambientais, no mesmo diapasão, incluiu entre os tipos penais previstos aqueles referidos aos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural.²⁹

O grande avanço na proteção da cultura em sentido amplo propiciado pela ampliação do conceito de meio ambiente, reside na aplicação dos princípios fundamentais do direito ambiental, em especial dos princípios da intervenção estatal obrigatória, da supremacia do interesse público, da precaução, da responsabilidade e da indisponibilidade. É o que se tem observado na atuação do Ministério Público nessa área, como o demonstram os registros da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Assim, por exemplo, as promotorias do Meio Ambiente, em diversas comarcas do Estado, têm promovido representações e acordos para preservação de bens de valor cultural, assim como interposto ações civis públicas em matéria de responsabilidade por danos causados ao patrimônio artístico histórico e cultural, de demolição de imóvel tombado sem autorização do Departamento de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico, Arqueológico e Turístico do Estado de São Paulo – Condephaat (Decreto n. 13.426, de 16/03/1979); de preservação de arquivos; etc.³⁰

Também é possível a utilização de ações judiciais, com destaque para a possibilidade de propositura de ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio cultural (art. 5º, LXXIII).

Finalmente, com referência à proteção dos direitos autorais, como expressão da diversidade cultural, a Constituição assegura ao autor o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução da obra (art. 5º, XXVII), a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas. Assegura também aos criadores, intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas, o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem (art. 5º, XXVIII).³¹

4. Conclusão

Em conclusão, no Brasil a proteção da diversidade cultural poderá ser feita de forma ampla e diversificada, nos termos da Constituição e da legislação ordinária, ainda que não haja previsão expressa a respeito.

²⁹ “Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar: I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial; II - arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa. Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa”.

³⁰ Cf. ainda, na doutrina, TINOCO, Livia Nascimento (Org.). *O Ministério Público e a proteção do patrimônio cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura, 2004.

³¹ Cf. ainda a Lei n. 9.610, de 19/02/1998, que disciplina os direitos autorais.

Do ponto de vista do direito material, pode-se afirmar, como regra geral, que a proteção e a promoção da diversidade cultural no Brasil resultam das normas constitucionais relativas aos direitos culturais. De uma perspectiva mais restrita, a proteção da diversidade cultural poderá igualmente ser feita ao abrigo do conceito de patrimônio cultural imaterial; ao abrigo da proteção dos interesses difusos e coletivos; e da proteção de direitos autorais e liberdade de expressão.

Sob este aspecto, a Convenção encontra na legislação brasileira um campo favorável à sua implementação. Mais ainda, no que diz respeito à proteção da diversidade no território nacional, a legislação brasileira supera uma das inconsistências da Convenção, mais precisamente a da ausência de disposições que tornem efetivo o Direito, à vista dos instrumentos legais à disposição desta proteção e da atuação do Ministério Público. Nesse sentido, merece destaque a proteção da cultura propiciada pela ampliação do conceito de meio ambiente.

No que diz respeito aos bens e serviços culturais, entretanto, a Constituição esta aquém da visão da Convenção, adotando medidas protecionistas que tendem mais a criar uma “reserva de mercado” em favor dos cidadãos brasileiros do que à proteção da diversidade. Os debates internacionais acerca da liberalização desses serviços têm realçado esta característica do mercado brasileiro, embora esta não tenha sido obstáculo para a celebração de acordos internacionais e a apresentação de propostas na OMC.

Da perspectiva dos direitos culturais, a garantia da diversidade apresenta a dupla dimensão de dever do Estado e direito do cidadão, como de resto todos os direitos sociais. Como já referido, trata-se de direito relativo à cidadania pós-material, que exige prestações positivas do Estado, mas que não dispensa a participação da sociedade. De outra parte, a Constituição brasileira incorpora a idéia da cidadania cosmopolita, com fundamento na prevalência dos Direitos Humanos nas relações internacionais, o que também implica a proteção da diversidade cultural como patrimônio da Humanidade pela legislação brasileira.

A entrada em vigência da Convenção, a partir de março de 2007, não produzirá alterações substantivas no sistema legal de proteção à diversidade cultural no Brasil; na qualidade de norma do Direito Internacional, entretanto, será mais um instrumento no fortalecimento desta proteção.

São Paulo, novembro de 2008.

Referências

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1993.

FARIA, José Eduardo. O futuro dos direitos humanos após a globalização econômica. In: *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. São Paulo: EDUSP, 1999.

FLORES JR., Renato Galvão. Dois ensaios sobre diversidade cultural e o comércio de serviços. *Estudos Econômicos*, Rio de Janeiro, n. 622, p. 25, 2006.

HAHN, Michael. A Clash of Cultures? The Unesco Diversity Convention and International Trade Law. *Journal of International Economic Law*, v. 9, n. 3, p. 515, sep. 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

PAQUETTE, Jacques. From the elaboration of the Unesco Convention to its future implementation: perspectives from the government of the Canada. In: SIMPÓSIO Cultural Diversity, Identities and Globalization. AISP, Montreal, 12 e 13 de outubro de 2006. Disponível em: www.aisp.ca.org.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TINOCO, Livia Nascimento (Org.). *O Ministério Público e a proteção do patrimônio cultural*. Goiânia: Instituto Centro-Brasileiro de Cultura, 2004.