



## Cultura e Direito<sup>1</sup> Mário Ferreira Monte\*

Tentando corresponder ao desafio que me foi lançado, de escrever algumas palavras sobre o entendimento de Cultura, procurei na relação entre a Cultura e o Direito perscrutar o que pudesse evidenciar-se de interesse para o tema. Sem dúvida que o próprio conceito jurídico de cultura poderia ser um excelente tema. Trata-se ainda, na União Europeia, de um conceito “nebuloso”, “vago” e até “redundante”, como nos dá conta Patrícia Jerónimo, referindo-se aos passos que têm sido dados pela Comissão Europeia, em torno da definição de cultura, inclusive em sintonia com a Declaração Universal da UNESCO sobre Diversidade Cultural, de 2002 e, tal como a Autora aborda, o tema, controverso, apresenta a maior atualidade possível. Contudo, lançado um olhar sobre o número anterior desta Revista, verifiquei que sobre o conceito e as diversas dimensões de cultura já muito e bem se disse. Considerei-me, por isso, de certo modo desonerado de entrar nessa questão e preferi, claramente, aprofundar na relação entre as duas categorias.

---

\* Presidente da Escola de Direito da Universidade do Minho e Professor Associado da mesma Escola.

Avançando na análise da relação Direito e Cultura, naturalmente que o próprio *direito à cultura* não deixa de ser, hoje, um tema muito estimulante. Talvez valesse a pena, a este propósito, lembrar o que nos diz a Constituição da República Portuguesa (CRP) e, a partir desta, qual o alcance de outras prescrições legais sobre o assunto. Destarte, interessante seria analisar o artigo 78.º da CRP, cuja epígrafe – “Fruição e criação cultural” – e sistematização na Constituição anunciam o propósito do legislador constituinte de elevar à categoria de direito fundamental, enquanto direito económico, social e cultural, os direitos de fruição e criação cultural. Ora, nos dias que correm, bem se vê que a garantia de efetividade deste direito estará muito longe de se concretizar, mas o que não poderá, ainda assim, concluir-se é que, num tempo de escassez, os bens culturais poderão ser dos que menos garantias de fruição obtenham do ordenamento jurídico. E isto porque, no dizer de Gomes Canotilho e Vital Moreira, este direito “constitui uma concretização do *direito à cultura* (art. 73.º-1, 2.ª parte) e pressupõe a *democratização* desta (art. 73.º-3), ou seja, a generalização a todas as pessoas do *acesso* aos bens culturais e de *participação* na vida cultural de forma a dar concretização ao *princípio da fruibilidade* universal de bens culturais”. Considerar este direito facilmente restringível ou até descartável seria como que colocar entre parênteses uma dimensão valiosa da democracia. Como se vê, estariam lançados os dados para uma reflexão muito atual sobre o valor que o direito à cultura tem ao nível da *Lex Mater* e do sistema jurídico, no fundo, o valor que tem a cultura para o Direito. Seria um tema muito interessante. Mas não creio, apesar da atualidade, que seja o maior desafio que, neste momento, se coloca ao Direito.

A meu ver, o Direito enfrenta atualmente, mercê da globalização e dos fenómenos migratórios, um outro repto para o qual dificilmente se encontra uma resposta consensual: o do tratamento jurídico do multiculturalismo. Continuamos a falar de cultura, talvez de confrontos culturais, da expressão da diversidade cultural, em que o Direito é chamado a intervir e onde, a meu ver, mais se coloca em evidência o modo como juridicamente pode ser tratado o tema da cultura, levado aos seus limites. Desde logo, no plano internacional, importa saber como lidar com os povos que cultivam hábitos ancestrais que claramente põem em causa determinados valores, bens jurídicos, que se dão por assentes, sobretudo na

cultura ocidental. Pode a comunidade internacional tolerar certos rituais, como o fanado (excisão clitoriana), rituais considerados normais num determinado povo de um certo país e contudo incompreensíveis para a cultura “dominante”? E dentro de um mesmo Estado: pode o Direito aceitar que certas minorias étnicas cultivem hábitos que ofendem o direito positivo desse Estado, ainda que estando de acordo com o costume desse povo? E, ainda dentro de limites puramente estaduais, mas numa visão transnacional, pode um Estado proibir que comunidades oriundas de outros países realizem no país de acolhimento práticas culturais que ponham em causa os valores assumidos pelo Direito desse Estado? Note-se que falamos de rituais, de práticas que, às vezes, à luz de princípios internacionais e, muitas vezes, do direito estadual, são consideradas criminosos, desde logo porque colocam em causa bens jurídicos de altíssimo relevo, como a vida, a integridade física ou moral, a liberdade e autodeterminação sexual, etc. Como deve o Direito enfrentar estes desafios: aceitar estas práticas, como expressão cultural de um grupo ou de um povo, e com isso admitindo um Direito com duas vias, promovendo assim, de algum modo, uma certa discriminação em razão da cultura? Ou, antes, deve obrigar tais minorias a subordinarem-se ao direito constituído, positivo, assumindo, deste modo, o desrespeito pelos direitos das minorias étnicas, ao mesmo tempo que impõe um certo etnocentrismo, ou eurocentrismo, cultural?

O tema tem sido discutido, desde aqueles que se filiam em teses mais liberais até aos mais comunitaristas, desde uma certa universalização do Direito e, conseqüentemente, de rejeição de soluções diferenciadas, até a uma ponderação de interesses e, por isso, admitindo algum relativismo cultural, tudo tem sido considerado num exercício que desafia o Direito a encontrar soluções diversas e que, por isso, serão tudo menos consensuais. Em todo o caso, do que se trata neste problema é de assumir que estamos, no dizer de Patrícia Jerónimo, perante a necessidade de uma densificação «culturalista» dos direitos fundamentais. Exactamente. Este é o desafio. Importa densificar culturalmente os direitos fundamentais, ainda que se saiba que isso pode não significar a busca de um consenso em torno da questão de fundo. Mas essa densificação, esse aprofundamento dessa dimensão cultural dos direitos fundamentais, não só se revela necessária como demonstra que o tema da cultura, ao nível dos direitos fundamentais, é um tema que ainda carece de aprofundamento.

Importa, contudo, sublinhar que não basta esta densificação doutrinal ou até normativa. O direito realiza-se na prática. Como ensina Castanheira Neves, “a «essência» não comprova a «existência», o direito não é (não é direito) sem se manifestar na prática e como uma prática”. Ora, não basta, por isso, prever certas soluções normativas se elas não forem aplicadas na prática, na *prática humano-social*, e se revelarem adequadas à resolução dos problemas que o pulsar da vida requer. Vem isto a propósito de uma questão, já por mim afluada em outra sede, que tem que ver com o tema que aqui resumidamente trato: o da aplicação da Lei n.º 105/2001 de 31 de Agosto. Esta Lei institui a figura do mediador sociocultural que, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, “promove o diálogo intercultural, estimulando o respeito e o melhor conhecimento da diversidade cultural e a inclusão social”. E no n.º 2 prevê-se, entre as suas competências, a de “colaborar na prevenção e resolução de conflitos socioculturais e na definição de estratégias de intervenção social”. Naturalmente que esta figura, se levada à prática com a importância que ela poderia ter na resolução de conflitos culturais, mitigaria muitos dos problemas que o multiculturalismo coloca e a que o Direito não pode ficar alheio. Diríamos mais: uma tal solução poderia, em grande parte, evitar a aplicação do direito positivo, tradicional, muitas vezes, como vimos anteriormente, incompreendido pelos seus destinatários, quer no sentido de relevar e tolerar tais condutas, quer no sentido de as julgar de acordo com o Direito existente. Simplesmente, é bom de ver que falamos de algo que é desconhecido da maior parte de nós, muito devido à sua raríssima expressão prática. Na verdade, muito pouco alcance têm tido os mediadores socioculturais na resolução de problemas relativos ao multiculturalismo.

Que significa isto? Que por se tratar de um problema cultural não tem a importância que desejaríamos que tivesse? Nesse caso, faz todo o sentido aquela densificação culturalista dos direitos fundamentais. Que continuam a ser aplicadas soluções tradicionais do Direito, sem contar com soluções inovadoras como esta? Então, significa, eventualmente, que a própria sociedade, na sua forma organizada, tem de se adaptar aos novos desafios e olhar para o Direito, não necessariamente como um instrumento que molda a sociedade, mas como um instrumento que acompanha e regula a vida em sociedade.

A verdade é que, pese embora a discussão que tem sido feita em torno da questão do multiculturalismo, muito pouco se tem feito para se ajustar o Direito

às necessidades que algumas situações impõem. E, quando, na verdade, algo se faz, parece que não passa de espuma, porque na essência tudo parece ficar na mesma.

As poucas palavras que aqui ficam, *brevitais causa*, servem só para chamar a atenção para o tema do multiculturalismo. Uma dimensão da relação entre Cultura e Direito que não pode deixar de ser tida em conta na consolidação do Estado de Direito democrático. Como já referi em outro lugar, o olhar do Direito aqui não pode deixar de ser inclusivo, integrador, ainda que sem renunciar ao lastro cultural, axiológico, dominante, com implicações claras na abordagem dos problemas. Um olhar, por isso, intercultural, que porventura terá de escapar aos cânones do direito tradicional e apelar a outras soluções, como seria, a meu ver, o caso das propostas restaurativas. Mas, sobre isto, porque mais não é possível, fica apenas o mote para uma maior reflexão.

## Nota

<sup>1</sup> O texto que segue não vincula a instituição que o autor representa, porquanto as ideias nele vertidas são exclusivamente pessoais.

## Referências

- Canotilho, Gomes/Moreira, Vital: Constituição da República Portuguesa Anotada. Artigos 1.º a 107.º, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007;
- Dias, Silva: “Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoriana”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 16, n.º 2, Abril-Junho 2006;

Jerónimo, Patrícia: “Direito público e ciências sociais – o contributo da antropologia para uma densificação «culturalista» dos direitos fundamentais”, in *Revista Scientia Iuridica*, Tomo LX, n.º 326, 2011;

Monte, Mário: “Multiculturalismo Y derecho penal em el espacio lusófono. Prueba de una solución de restauración para el problema de los delitos motivados culturales”, in Luigi Cornacchia/Pablo Sánchez-Ostiz, *Multiculturalismo Y Derecho Penal*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

Neves, Castanheira: *Apontamentos de Metodologia Jurídica*, Coimbra, 1988-1989;

Jerónimo, Patrícia: “O princípio da diversidade e o Direito da União. Breves notas sobre o artigo 22.º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano IX, 2012.