

# A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL E NA ESPANHA: O CASO DA VAQUEJADA E DAS TOURADAS

## ATHE PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE IN BRAZIL AND SPAIN: THE CASE OF VAQUEJADA AND BULLFIGHTING

Artigo recebido em: 23/05/2023

Artigo aceito em: 25/04/2024

### Beatriz Souza Costa

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Belo Horizonte/MG, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2016298022505602>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0636-6081>  
[biaambiental@yahoo.com.br](mailto:biaambiental@yahoo.com.br)

### Elcio Nacur Rezende

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Belo Horizonte/MG, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7242229058954148>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2369-8945>  
[elcionrezende@yahoo.com.br](mailto:elcionrezende@yahoo.com.br)

Os autores declaram não haver conflito de interesse.

### Resumo

O patrimônio cultural no Brasil e na Espanha encontra tutela constitucional. Afirma-se que o meio ambiente, nas suas diferentes acepções, é tratado como direito fundamental em ambos os países e, portanto, afasta-se argumentos de menor robustez jurídica, inclusive normas infraconstitucionais, para eventual desrespeito aos bens ambientais, dentre os quais a vida animal. O objetivo deste artigo é demonstrar, portanto, que a vida animal possui maior valoração jurídica que normas positivadas sob o argumento de patrimônio cultural. O artigo se pautou pela metodologia hipotética dedutiva com técnica de pesquisa legislativa comparada, assim como bibliográfica e referências em revistas nacionais e internacionais. Os resultados apontados demonstram que no Brasil e Espanha a vida animal deve ter maior tutela jurídica que argumentos

### Abstract

*Cultural heritage in Brazil and Spain has constitutional protection. It is stated that the environment, in its different meanings, is treated as a fundamental right in both countries and, therefore, arguments of lesser legal strength, including infra-constitutional norms, for possible disrespect toward environmental goods, including animal life, are ruled out. Thus, the aim of this article is to demonstrate that animal life has greater legal value than norms established under the argument of cultural heritage. The article was based on the hypothetical deductive methodology with a comparative legislative research technique, as well as bibliographical research and references in national and international journals. The results show that in Brazil and Spain animal life should have greater legal protection than arguments based on cultural heritage, concluding that, in*



fundados no patrimônio cultural, concluindo-se que, em homenagem à teoria dos direitos fundamentais e ao constitucionalismo moderno, normas que permitem o sofrimento animal padecem de inconstitucionalidade devendo, pois, serem afastadas do ordenamento no Brasil e na Espanha. **Palavras-chave:** direitos fundamentais; patrimônio cultural imaterial; tourada espanhola; vaquejada brasileira.

*honor of the theory of fundamental rights and modern constitutionalism, rules that allow animal suffering are unconstitutional and should therefore be removed from the legal system in Brazil and Spain.*

**Keywords:** *Brazilian vaquejada; fundamental rights; intangible cultural heritage; Spanish bullfighting.*

## Introdução

As relações intrínsecas entre o meio ambiente e o Patrimônio Cultural no Brasil e Espanha ficaram estabelecidas de forma constitucional nos dois países. No Brasil na Constituição Federal de 1988, e na Espanha em sua Constituição de 1978. O art. 225, de forma geral, dispõe sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado visando a saúde de todos. Para alcançar também a saúde psicológica é prioritário viver em um ambiente que tenha liberdade para criar, fazer e viver, dessa forma protegendo também diretamente o meio ambiente cultural.

Na Espanha a proteção do meio ambiente está estabelecida no capítulo que trata “Dos Princípios Retores da Política Social y Econômica”, no qual encontram-se nos arts. 45.1; 45.2 e 45.3, que também estabelecem o direito a um meio ambiente adequado para o desenvolvimento.

Especificamente sobre o ambiente cultural no Brasil, a constituição brasileira expõe nos arts. 215, 216 e 2016-A. Esses bens são compostos por bens de natureza material e imaterial que sejam portadores de referência à identidade, à ação e à memória da sociedade brasileira. Portanto, podem ser constituídos de objetos, documentos, edificações, patrimônios artísticos, históricos, turísticos, paisagísticos, arqueológicos, espeleológicos e ecológicos.

É importante perceber a complexidade das relações que se estabelecem entre todas as faces do meio ambiente, ou seja, o meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural. O ser humano consegue transformar o meio ambiente natural em meio ambiente artificial. Neste meio ambiente artificial, ou mesmo o meio ambiente natural serão utilizados pelo ser humano como formas de expressão para forjar identidades, as quais podem ser transformadas em identidades coletivas.

Na Espanha, em primeiro plano, a proteção do Patrimônio Cultural foi tratada com maior ênfase na Constituição de 1931, e mais vários artigos com o tema demonstrando a determinação na proteção de sua herança e futuro da memória

do povo espanhol. Este trabalho tem o objetivo de demonstrar se existem divergências de decisões entre as Cortes Brasileira e Espanhola quanto a proteção dos animais. Com esse intuito o artigo se pautou pela metodologia hipotética dedutiva com técnica de pesquisa legislativa comparada, assim como bibliográfica e referências em revistas nacionais e internacionais.

O problema deste estudo consiste em resolver o paradoxo jurídico estabelecido na dicotômica relação entre o patrimônio cultural e a vida animal. Com efeito, se por um lado é inadmissível que se esqueça da história da civilização e da cultura de um povo, por outro, justificar o sofrimento de um ser vivo sob o argumento da cultura, também é inaceitável. Afinal, o que tem maior valoração jurídica: a vida animal ou o patrimônio cultural?

O tema central é uma análise axiológica entre o patrimônio cultural como fundamento jurídico da realização de eventos como vaquejadas e touradas, no Brasil e na Espanha, assim, pretende-se demonstrar que o argumento cultural não pode, sem maior reflexão, se sobrepor a evolução da sociedade, mormente no que se refere à vida animal.

O objetivo é instar o leitor a uma reflexão sobre a importância do patrimônio cultural de um povo, bem como, se tal inexorável bem possui capacidade de justificar eventos de entretenimento, tais como vaquejadas e touradas, nos quais existe sofrimento animal, para que a história da sociedade, repita-se, de inescusável importância, se perpetue.

Justifica-se a importância deste texto, pois tanto o Brasil quanto a Espanha, ainda na segunda década do século XXI, tenta-se, inclusive positivando normas, inclusive com leis locais, permitir que o ser humano se divirta com o sofrimento animal, sob o argumento da preservação do patrimônio cultural. Portanto, renova-se o problema já apresentado, qual seja: o sofrimento animal deve ser admitido em prol da diversão humana e da preservação do patrimônio cultural?

A hipótese é que a resposta à pergunta é negativa. Assim, o que se pesquisa é que no atual estágio de evolução da humanidade o patrimônio cultural não é suficiente para justificar o sofrimento animal.

## **1 Meio ambiente: um direito fundamental**

O direito ao meio ambiente, considerado como de terceira dimensão, não foi contemplado em constituições anteriores à Constituição de 1988. A primeira Constituição a preocupar-se com a proteção do meio ambiente foi a de 1988. Esta ascensão deveu-se a uma ordem global em que vários países constitucionalizaram este Direito. Países como Grécia (1975), Portugal (1976) e Espanha (1978) foram precursores na inovação.

O fato de o tema meio ambiente, no corpo da Constituição, encontrar-se no Título VIII, “Da ordem Social”, e não no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, não retira deste o *status* de um direito fundamental, pois evidencia a ligação intrínseca deste direito ao direito à vida. O direito à vida é um dos direitos primários do ser humano e por esse motivo condiciona todos os demais direitos (Costa, 2021). A Constituição da República brasileira, em seu art. 5º explicita: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]” (Brasil, 1988). No mesmo caminho afirma Manuel Gonçalves Ferreira Filho (1988, p. 276):

Direito ao meio ambiente. Este é um direito de solidariedade – a terceira ‘geração’ dos direitos fundamentais (a primeira, as liberdades; a segunda, os direitos sociais). Na verdade, pode-se retrair, com facilidade, a sua genealogia. Provém do direito à vida (primeira geração), por intermédio do direito à saúde (segunda geração).

Remete o autor ao direito à vida, que é um novo paradigma a ser considerado em relação ao direito a um meio ambiente saudável. Isto faz com que haja uma nova visão do direito, ou seja, o direito à vida deve vir sempre em primeiro lugar, e sem um meio ambiente adequado, equilibrado o direito à vida com dignidade não será preservado.

No Brasil, não há dúvida de que o meio ambiente é considerado um direito fundamental, porque qualquer interpretação contrária não encontrará amparo. A própria Constituição Federal, em seu art. 225, dispõe que “todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (Brasil, 1988). Portanto, fala de ‘todos’ e de cada ‘um’. Sendo assim, o indivíduo tem o direito fundamental e subjetivo a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (Costa, 2009).

É inquestionável que todo direito fundamental individual atribuí ao indivíduo o direito de petição aos órgãos públicos, como faz a Constituição Federal em seu do art. 5º, inciso XXXIV, e reveste a pessoa com quatro instrumentos processuais constitucionais para a fruição desse direito fundamental. Estes instrumentos processuais são: a ação popular ambiental<sup>1</sup>; a ação civil pública ambiental<sup>2</sup>; o

1 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do Direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (Brasil, 1988).

2 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III – 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 (Brasil, 1988).

mandado de segurança coletivo ambiental<sup>3</sup>; e o mandado de injunção ambiental<sup>4</sup>.

Quando se afirma a fundamentalidade do art. 225 na Constituição da República, mister se faz distinguir o meio ambiente a que se refere e também qual a natureza jurídica desse bem considerado, um direito à vida no Brasil.

Para isso é imperioso conhecer o inteiro teor do art. 225, mas não deixando de apontar que este artigo foi maculado com a inclusão, pela Emenda Constitucional 96/2017, do parágrafo sétimo que estabelece práticas desportivas com a utilização de animais, alegando ser uma realização de cunho cultural imaterial. Entretanto, este tema será mais bem discutido em local adequado<sup>5</sup>.

3 Art. 5º [...], inciso LXXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício e atribuições do Poder Público; LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (Brasil, 1988).

4 Art. 5º [...], inciso LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (Brasil, 1988).

5 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operam com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Importante salientar que a proteção do meio ambiente na Constituição da República de 1988 estabelece os princípios formadores do Direito Ambiental brasileiro, e que sua tutela está diretamente ligada aos princípios fundamentais da Constituição, ou seja, art. 1º e em seus incisos iniciais<sup>6</sup>. Interessante também, se houvesse tempo neste trabalho a discussão se os animais são sujeitos de direitos, ou seja, sujeitos dotados de personalidade. Todavia, deixa-se para outra oportunidade (Fiuza; Gontijo, 2014).

Os critérios estabelecidos no art. 225, também se reportam à dignidade da pessoa humana, como expresso no art. 1º, pois se todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é essencial à sadia qualidade de vida, preserva-se a vida, com dignidade, de todas as pessoas. Percebe-se que o art. 225 deve ser também interpretado, de forma vinculada, com os artigos relacionados à cultura e demonstra, dessa forma, quão amplo é esse novo direito.

Para manter a sadia qualidade de vida os brasileiros necessitam que em seu ambiente cultural, onde se cria, trabalha e vive seja preservado de forma a dar sustentação ao seu desenvolvimento pessoal e coletivo. Parece uma ideia lógica, mas muitas vezes isso não ocorre e transforma essa vida psicológica e material em um verdadeiro caos. Exemplo clássico disso é a construção de hidrelétricas as quais ocasionam a mudança de uma cidade inteira, abandonando toda uma história de vida. Perde-se a Igreja onde pessoas se casaram, o cemitério onde entes queridos foram enterrados, a praça que foi palco de festas e outros valores que não há como resgatá-los.

Essas são decisões difíceis que o Poder Público e a sociedade têm que tomar, ou seja, antes da destruição a população envolvida deve ser ouvida, pois a mudança tem que ser favorável a ela, isso porque apaga-se a identidade que levou anos para ser forjada. Mas o início de outra cidade, para as gerações vindouras, também será construído por seus pais e nem tudo será perdido, pois o patrimônio imaterial segue com as pessoas humanas. Muitas vezes, alguns bens devem ser sacrificados por um bem maior. Esse conjunto de bens, atualmente denominado por patrimônio cultural, deve ser respeitado e compreendido.

---

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos (Brasil, 1988).

6 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...] (Brasil, 1988).

## 2 Conceitos relacionados à ideia de patrimônio cultural

Antes de identificar e conceituar o que seja patrimônio cultural, primordial é o entendimento do que seja cultura. Laraia é um dos pesquisadores que desenvolve sobre o tema e compila alguns autores que definiram, em suas épocas, o conceito de cultura. Descreve o autor que, mesmo antes, Edward Tylor (1832-1917)<sup>7</sup>; John Locke<sup>8</sup>, em seu “Ensaio Acerca do Entendimento Humano”, em 1690, escreve que “a cabeça humana é caixa vazia por ocasião do nascimento com capacidade ilimitada de obter conhecimento” (Laraia, 2009, p. 26).

Informa ainda o Laraia, que Jacques Turgot<sup>9</sup> (1727-1781), em seu “Plano para Dois Discursos sobre a História Universal” defende que o ser humano é “Possuidor de um tesouro de signos que tem a faculdade de o multiplicar infinitamente” (2009, p.27). Turgot assegura, nas palavras de Laraia (2009, p. 27), que “o homem é capaz de assegurar a retenção de suas ideias eruditas, comunicá-las para outros homens e transmiti-las para seus descendentes como uma herança sempre crescente”.

Laraia (2009) se rende ao conceito de Turgot, e explicita que se a palavra “erudito” fosse retirada do conceito ficaria perfeito, até mesmo para os dias de hoje, tendo em vista que tanto as ideias eruditas e as ideias simples têm o seu valor na identidade do ser humano.

Mas foi definido pela primeira vez o conceito de cultura, segundo Laraia, pelo inglês Edward Tylor (1832-1917) no qual explicou que cultura é “todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro da sociedade” (Laraia, 2009, p. 25). Esclarece o autor que após o conceito de Tylor uma infinidade de outros foram criados. A exemplo disso, segundo Laraia, pode-se citar o conceito de Franz Boas<sup>10</sup> (1858-1949): “A herança genética do homem nada tem a ver com suas ações e pensamentos, pois todos os seus atos e pensamentos, dependem inteiramente de um processo de aprendizado” (Laraia, 2009, p. 38). Este conceito veio rebater outras posições que consideravam a cultura como herança genética, todavia estudos mostram que o meio no qual o ser humano se desenvolve é fundamental para sua formação como pessoa.

7 Edward Burnett Tylor, nasceu em 2 de outubro de 1832, em Camberwell, Inglaterra (Edward Burnett Tylor, 2018).

8 John Locke, nasceu em Wrington, Inglaterra em 1632 (Edward Burnett Tylor, 2018).

9 Jacques Turgot, nasceu em Paris, 10 maio de 1727 (Edward Burnett Tylor, 2018).

10 Franz Boas, foi um antropólogo americano, todavia nascido na Alemanha em Mindem na Vestifália em 1858 (Edward Burnett Tylor, 2018).

Laraia (2009, p. 54) afirma que “O homem é o resultado do meio cultural em que foi socializado”. Desta forma ele é um “herdeiro de um longo processo acumulativo, que reflete o conhecimento e a experiência adquiridas pelas numerosas gerações que o antecederam”. O autor, ainda cita o antropólogo francês Claude Lévi-Strauss<sup>11</sup>. A respeito da cultura, Lévi-Strauss afirma que ela surgiu quando o ser humano convencionou a primeira regra, a primeira norma (Laraia, 2009).

Nota-se que os conceitos criados por todos os pesquisadores têm em comum o aprendizado, a vivência em seu ambiente que irremediavelmente será transferido para geração futura de alguma forma. E, logicamente, de alguma forma será modificado. A realidade é que o ser humano é o único ser capaz de criar, vivenciar e transmitir cultura. Sua capacidade de comunicação oral e de criar e fabricar instrumentos para sua utilização são incontáveis. Não existe nenhum outro ser na terra com essa capacidade. Pode-se questionar que outros animais tenham desenvolvido habilidades na utilização de alguns instrumentos para sua sobrevivência, mas definitivamente não possuem a sofisticação desenvolvida pelo ser humano.

Esse item pode ser resumido no pensamento de Clifford Geertz (2017, p. 35), ou seja, “não existe o que chamamos de natureza humana independente da cultura”. E, este pensamento é mais profundo ainda quando o autor mostra que a cultura é muito mais importante do que a genética: “O que nos aconteceu na Era Glacial é que fomos obrigados a abandonar a regularidade e a precisão do controle genético detalhado sobre nossa conduta em favor da flexibilidade e adaptabilidade de um controle genético mais generalizado sobre ela, embora não menos real” (Geertz, 2017, p. 35). Dessa forma, o ser humano teve que ir muito além de sua condição genética para sobreviver como homem cultural.

Nessa esteira, complementa Geertz (2017, p. 35): “Para obter a informação adicional necessária no sentido de agir, fomos forçados a depender cada vez mais de fontes culturais – o fundo acumulado de símbolos significantes”. Por isso, os bens culturais devem ser resguardados por toda a legislação, e que os países possam torná-las eficazes e eficientes, porque protegerá o ser humano, a humanidade. Esta é realmente a riqueza a qual não há maneira de mensurá-la, e não se pode perdê-la.

Para arrematar com Geertz (2017, p. 36), resgata o que ele aduz sobre os símbolos: “Tais símbolos são, portanto, não apenas simples expressões, instrumentalidade ou correlatos de nossa existência biológica, psicológica e social: eles são seus pré-requisitos. Sem os homens certamente não haveria cultura, mas de forma semelhante, sem cultura não haveria homens”. Por tudo isso que a cultura é um patrimônio humano.

---

11 Claude Lévi-Strauss, teórico estruturalista (Edward Burnett Tylor, 2018).

Mas qual o significado do termo patrimônio? De onde provém? Nesta ceara, Françoise Choay (2006, p.11) revela que o termo, em sua origem, estava relacionado às “estruturas familiares, econômicas e jurídicas de uma sociedade estável, enraizada no espaço e no tempo”. E quanto ao patrimônio histórico, explica a autora,

Patrimônio histórico. A expressão designa um bem destinado ao usufruto de uma comunidade que se ampliou a dimensões planetárias, constituído pela acumulação contínua de uma diversidade de objetos que se congregam por seu passado comum: obras e obras-primas das belas-artes e das artes aplicadas, trabalhos e produtos de todos os saberes e *savoir-faire* dos seres humanos (Choay, 2006, p. 11).

Choay vai ao cerne da questão, quando se iniciou a preocupação com o patrimônio histórico europeu. Na atualidade, o patrimônio passou a ser estudado não somente em seu aspecto material, ou seja, com a preocupação com monumentos, objetos de arte, mas a visão de proteção e preservação tornou-se mais ampla. Esta amplitude do patrimônio cultural o subdividiu em patrimônio material e imaterial.

O patrimônio cultural revela um valor imensurável de bens materiais e imateriais. Conceituar esses bens não é trabalho simples, mas assim o fez Paulo Affonso Leme Machado,

[...] O patrimônio cultural representa o trabalho, a criatividade, a espiritualidade e crenças, o cotidiano extraordinário de gerações anteriores, diante do qual as gerações presentes terá que admitir um juízo de valor, dizendo o que querará conservar, modificar e até demolir. Esse patrimônio é recebido sem mérito da geração que o precedeu. Mas não continuará a existir sem seu apoio. O patrimônio cultural deve ser fruído pela geração presente sem prejudicar a possibilidade de fruição da geração futura (Machado, 2022, p. 956).

Caracterizar o patrimônio cultural em bem material ou imaterial é necessário procurar o cerne deste direito, e como classificá-lo em material ou imaterial. A bem da verdade, o Decreto-Lei 25/37, no Brasil, como se verá adiante, introduziu o conceito de bens móveis e imóveis enquanto patrimônio cultural, mas não alcançou os bens imateriais.

Esse discernimento veio a partir da Constituição de 1988, todavia é necessário estabelecer como este desenvolvimento ocorreu no constitucionalismo brasileiro, o que será desenvolvido no item a seguir. Mas neste momento é importante compreender que as denominações patrimônio cultural e bens culturais são equivalentes.

Esse conceito aparece na Convenção de Haia em 1954<sup>12</sup>, quando trata da proteção dos bens culturais em caso de conflito armado e depois nas demais Convenções da Unesco referentes à proteção cultural. Segundo Nabais (2010, p. 20), as expressões devem ser consideradas sinônimas, porque “a expressão bens cultural, não é, efectivamente, mais do que uma outra maneira de perspectivar o património cultural”. Portanto, a partir de duas perspectivas podem ser compreendidas “de dois modos de encarar a mesma realidade: a primeira, na sua globalidade; a segunda, nos seus elementos ou componentes constitutivos” (Nabais, 2010, p. 20).

Tendo, portanto, definido, neste trabalho, que o patrimônio cultural e bens culturais têm o mesmo significado, compreender-se-á, no giro constitucional brasileiro quais os valores humanos que foram tutelados.

### 3 A proteção do patrimônio cultural no constitucionalismo brasileiro

Uma visão geral do constitucionalismo brasileiro, na matéria sobre a proteção do patrimônio cultural, é importante para entender a evolução e transformação desses valores na sociedade brasileira. Por exemplo, a Constituição outorgada de 1824 não dispôs nenhum artigo quanto à proteção do patrimônio cultural. Da mesma forma a Constituição de 1891, de um governo democrático, não se preocupou com a matéria. Foi somente em 1923, que o Deputado pernambucano, Luiz Cedro, em projeto de lei, sugeriu a criação de uma Inspeção de Monumentos Históricos, mas na época não obteve êxito. No entanto, em 1928 foi editada a Lei estadual n. 1.998 que criou a Inspeção de Monumentos, assim como em 1927, foi criada a Inspeção Estadual de Monumentos Nacionais na Bahia.

Após o surgimento desses órgãos, houve certa preocupação com o patrimônio cultural brasileiro e, em 1930, o município de Ouro Preto, a primeira capital de Minas Gerais, foi considerada como Monumento Nacional.

A Constituição de 1934, por sua vez, tratou especificamente do tema em seu art. 10, inciso III: “[...] Art. 10. Compete concorrentemente à União e aos Estados: [...] III – proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte” (Campanhole; Campanhole, 2000, p. 665).

A Constituição de 1937 teve uma preocupação maior na elaboração do tema e estabeleceu em seu art. 134: “Os monumentos históricos artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam

12 Convenção e Protocolo para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado (Unesco, 1954).

da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional” (Campanhole; Campanhole, 2000, p. 601).

Nesse mesmo ano, foi editado o Decreto-Lei 25 que regulamentou o patrimônio cultural. Este Decreto-Lei estabelece questões, principalmente, referentes ao tombamento, mas sem nenhuma forma de participação democrática, o que era uma carência devido ao regime militar de governo da época. Deve-se salientar que esse Decreto ainda vige no Brasil, mesmo sendo considerado pouco democrático por vários doutrinadores, todavia não entrar-se-á nessa seara.

A Constituição de 1946, por sua vez, explicitou em seu arcabouço, totalmente sem efetividade, os arts. 174 e 175, que estabeleciam: “174. O amparo à cultura é dever do Estado” e o 175: “As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza, ficam sob a proteção do Poder Público”. Porém, artigo o 175 inclui a proteção dos documentos de valor histórico que não fazia parte da proteção nas constituições anteriores, sendo considerado um avanço para a época (Campanhole; Campanhole, 2000, p. 496).

Também a Constituição de 1967 repetiu a norma da Constituição de 1937, que se manteve sem aplicabilidade em seu art. 172, no qual estabelecia: “O amparo à cultura é dever do Estado. Parágrafo único: Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens notáveis, bem como as jazidas arqueológicas” (Campanhole; Campanhole, 2000, p. 417).

Nota-se que é a primeira vez que a Lei Fundamental aborda o tema sobre a proteção arqueológica, mas continua especificando os monumentos e as paisagens que sejam notáveis, esta foi a contribuição do regime militar. Todavia, não existe uma explicação do que seja ‘notável’ e esta classificação desmerecia outras paisagens que não fossem classificadas desta maneira, mas que poderiam ser importantes para a sociedade. Esta caracterização de “notável” foi por muito tempo incluída em todo o constitucionalismo brasileiro, até que se valorasse também a “simplicidade” com valor de identidade.

A Emenda Constitucional 01/69 que modificou a Constituição de 1967 manteve a mesma redação. Constata-se, portanto que o constitucionalismo brasileiro desenvolveu lentamente a preocupação com a proteção do patrimônio cultural, e manteve durante muito tempo o conceito de patrimônio que dispunha o art. 1º do Decreto-Lei 25 de 1937, ou seja:

Art. 1º. Constitui patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no País e cuja conservação seja de interesse público, quer por vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu “excepcional” valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico (Brasil, 1937).

Verifica-se que no artigo supracitado é utilizado a denominação estabelecida pelas constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967, ou seja, “patrimônio histórico e artístico nacional”. No entanto, a Constituição Federal de 1988 substituiu essa nomenclatura por “patrimônio cultural brasileiro”, que tem um sentido muito mais abrangente, em termos de proteção à cultura brasileira. Consequentemente, a expressão “excepcional” também perdeu a validade pois expressões e formas de vida que devem ser protegidas sem serem consideradas “extraordinárias”.

Nessa perspectiva, a “simplicidade” é o que deve ser protegido e resgatado quando portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade. Por isso, é imprescindível destacar o que foi estabelecido na Constituição da República de 1988.

### 3.1 O Patrimônio Cultural na Constituição de 1988

Localizar a raiz da proteção do patrimônio cultural no Brasil não é difícil. O meio ambiente pode ser dividido, didaticamente, em ambiente natural, artificial e cultural. Isto quer dizer que o patrimônio é tutelado, mediatamente pelo art. 225, da Constituição de 1988 e imediatamente pelos arts. 215 e 216<sup>13</sup> também

13 Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. § 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I defesa e valorização do patrimônio cultural Brasileiro; II produção, promoção e difusão de bens culturais; III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV democratização do acesso aos bens de cultura; V valorização da diversidade étnica e regional.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. § 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhe-

constantes da Constituição da República.

A Constituição, pela primeira vez conceitua patrimônio cultural, de forma mais ampla, ou seja, ao falar de ‘valor histórico’, que pode ser individual ou em conjunto, desde que portadores de referência ou identidade. Demonstra a Constituição do País a real valorização do que é mais significativo para todos seus cidadãos, a identidade cultural. Esta identidade é aquele valor que nos faz sentir como únicos no mundo, o sentimento de pertencimento.

Para compreender o art. 216, e, portanto, o que é patrimônio cultural, deve-se entender primeiramente a relação jurídica existente entre a necessidade da pessoa humana e o que seja ‘bem’. Este bem se divide em duas formas: Bem, uma condição material e bem: uma condição imaterial.

Esses bens estão fundados em três bases: Em sua natureza jurídica que é bem de uso comum do povo, ou seja, bem difuso, art. 225, *caput*, C.F. Em segundo lugar, fundado na ordem econômica do capitalismo, art. 170, *caput*, C.F., que inevitavelmente está atrelado ao desenvolvimento sustentável e, por fim, o patrimônio cultural que envolve a participação do Estado Democrático de Direito, art. 1º, inciso III, da C.F. ou seja, a dignidade da pessoa humana.

Nesse tripé fundamental, do qual se conceitua o patrimônio cultural, não há como compreendê-lo tutelado pelo Decreto-Lei 25/37, pois o art. 216 da C.F., define juridicamente o que é esse patrimônio, os direitos, deveres e responsabilidades concernentes a ele. Portanto, neste momento é importante compreender, e diferenciar o que se entende por patrimônio cultural material e imaterial.

### 3.2 Patrimônio cultural material

A categoria de patrimônio cultural material pode ser entendida como aqueles bens palpáveis, tangíveis. O meio ambiente artificial, construído pelo ser humano é exemplo. É a interpretação mais substancial para este bem. Portanto, são aqueles bens imaginados, projetados pelo ser humano como os equipamentos públicos, documentos, monumentos e também aqueles conjugados do ser humano com a natureza.

A Convenção da Unesco, para a proteção do Patrimônio Mundial, Cultural

---

cimento de bens e valores culturais. § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. § 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos. § 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: I – despesas com pessoal e encargos sociais; II – serviço da dívida; III – qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

e Natural, já em 1972, teve o discernimento em definir o que seja esse patrimônio cultural material e assim o fez:

#### I. Definição de Patrimônio Cultural e Natural

##### Artigo 1

Para os fins da presente Convenção, são considerados “patrimônio cultural”:

1 – os monumentos: obras arquitetônicas, esculturas ou pinturas monumentais, objetos ou estruturas arqueológicas, inscrições, grutas e conjuntos de valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência, – os conjuntos: grupos de construções isoladas ou reunidas, que, por sua arquitetura, unidade ou integração à paisagem, têm valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência,

2 – os sítios: obras do homem ou obras conjugadas do homem e da natureza, bem como áreas, que incluem os sítios arqueológicos, de valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico (Unesco, 1972).

Percebe-se que nessa época ainda não existia a proteção do patrimônio cultural imaterial e só recentemente foi contemplado, na safra da Unesco uma convenção que privilegiasse este bem tão significativo. E será neste âmbito que se comparar-se-á a legislação espanhola com a brasileira, na qual aquela somente trouxe a luz a preocupação com este bem, de forma geral, em 2015, juntamente com muitas críticas por seu conteúdo resumido.

### 3.3 Patrimônio cultural imaterial na legislação brasileira – PCIB

Ao contrário do entendimento do patrimônio material, o patrimônio cultural imaterial é aquele referente à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, como dispõe o art. 216, C.F. Esses bens podem ser exemplificados com as músicas regionais, as formas diversificadas de religião do país, as comidas regionais entre tantos modos de criar, fazer e viver de uma Nação. São aqueles bens, vivos, intangíveis e que forjam a vida humana e seguem sendo atualizados pelas gerações futuras. Portanto, é algo vivo, dinâmico e sujeito à evolução constante. Esta modificação pode chegar ao ponto de extirpá-la do convívio da sociedade. Um exemplo extremado, foram as lutas de gladiadores na antiguidade.

Esse era um contexto totalmente diferente da atualidade, mas até hoje tem seus remanescentes. Veja que a prefeitura de Roma, foi obrigada, em 2016, a vetar qualquer atividade que preveja a disponibilidade de ser retratado, como gladiador, em vestimentas históricas em fotografias ou vídeos em troca de dinheiro (Prefeitura de Roma..., 2016). O objetivo do ato foi de preservar a segurança e o decoro do

patrimônio artístico, histórico e monumental da cidade reconhecido pela Unesco. Obviamente que as modificações em hábitos e festas de uma sociedade deve ser consensual para aqueles que as vivem. Entretanto, a mudança é muito bem-vinda quando a violência está ínsita na prática desportiva ou em festas.

Com essa vertente a Unesco elaborou a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, em 2003, na qual define:

Artigo 2: Definições

Para os fins da presente Convenção,

1. Entende-se por “patrimônio cultural imaterial” as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados – que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito ao desenvolvimento sustentável (Unesco, 2003).

A Unesco, ao reconhecer que a globalização tem uma inserção muito grande nos parâmetros sociais e provoca, muitas vezes, transformações nas maneiras de criar, fazer e viver da comunidade, estabelece meios para que não haja a deterioração, desaparecimento e destruição desses valores, e muito menos que não sejam transformados. Essa transformação ocorre de maneira natural tendo em vista que são valores vivos como as manifestações populares e outras formas de expressão.

Com a mesma vertente, no Brasil, em 2000, foi editado o Decreto n. 3.551 que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial. Mas, esse decreto prestou-se, basicamente em estabelecer as formas de registro dos bens considerados imateriais no Brasil. Até mesmo um conceito, mesmo que geral desses bens não foi desenvolvido.

Portanto, o Decreto estabelece os seguintes livros de registros para a proteção designada: 1 – Livro de Registro dos Saberes; 2 – Livro de Registro das Celebrações; 3 – Livro de Registro das Formas de Expressão e o 4 – Livro de Registro dos Lugares. Logicamente que deverá ser levado em consideração, para inscrição em qualquer desses livros, a continuidade histórica, que tenha relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade. A proposta para registro, assim como a instrução dos processos de registro ficarão sob responsabilidade do

Instituto do Patrimônio Histórico Cultural e Artístico Nacional – Iphan.

Há também que se levar em consideração a dificuldade de uma separação radical do que seja bem material e bem imaterial ou intangível. Isto ocorre porque não há forma de separá-los totalmente. Assim explica Miranda (2006, p. 57) porque, esses bens, apesar de ser uma divisão tradicional, pelo menos didaticamente eles “em sua formação normalmente os aspectos tangíveis e intangíveis sempre se conjugam, ou seja, tais elementos não são coisas absolutamente estanques”.

Tratando-se objetivamente do patrimônio cultural imaterial é vale explicitar, neste momento, a modificação ocorrida no art. 225 da Constituição Federal de 1988. A Constituição foi modificada por meio da Emenda Constitucional n. 96 de 2017, a qual incluiu no art. 225 o parágrafo 7º<sup>14</sup>.

Esse parágrafo estabelece que não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizam animais, e ainda classifica essa prática como um bem cultural imaterial, como previsto nos artigos 215 e 216 da C.F. Todavia, o imbróglio sobre este parágrafo deve ser explicado, e será feito de uma maneira bem resumida.

Ocorreu que o governo do Estado do Ceará editou a Lei 15.299 em 2013 na qual considerava a vaquejada uma atividade desportiva e cultural. Não haveria nenhum problema essa caracterização, se não existisse na Constituição Federal de 1988, o art. 225, inciso VII, que estabelece: “[...] proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção da espécie ou submetam os animais a crueldade” (Brasil, 1988).

Havendo, portanto, a previsão constitucional de proteção contra crueldade aos animais, a Lei 15.299/13 foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal<sup>15</sup> em 2016. Entretanto, para tornar a vaquejada uma prática legal,

14 [...] § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos (Brasil, 1988).

15 O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4983, proposta pelo procurador-geral da República contra a Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada, como prática desportiva e cultural estadual. A maioria dos ministros acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio, que considerou que houve “crueldade intrínseca” aplicada aos animais na vaquejada. O julgamento da matéria teve início em agosto de 2015, quando o relator, ao votar pela procedência da ação, afirmou que o dever de proteger o meio ambiente (artigo 225 da Constituição Federal) se sobrepõe aos valores culturais da atividade desportiva. O julgamento da matéria teve início em agosto de 2015, quando o relator, ao votar pela procedência da ação, afirmou que o dever de proteção ao meio ambiente (artigo 225 da Constituição Federal) se sobrepõe aos valores culturais da atividade desportiva. Em seu voto, o ministro Marco Aurélio afirmou que os laudos técnicos contidos nos autos demonstram consequências danosas à saúde dos animais:

fraturas das pernas e da cauda, rutura de ligamentos e de vasos sanguíneos, eventual arrancamento da

por meio de um lobby político da bancada ruralista, que é formada por grande parte dos deputados do Congresso Nacional, foi aprovada a Emenda Constitucional 96/2017 incluindo o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Acontece que no Brasil existem outras leis que corroboram com a proteção dos animais como a Lei 9.605/98<sup>16</sup>. Entretanto, o lobby foi muito bem aplicado e a Lei que foi considerada inconstitucional, por não corresponder a vontade do povo brasileiro, agora está perfeitamente legal.

Contudo, a EC/96 de 2017 evidencia uma norma de eficácia limitada, e explicitamente interdita sua imediata aplicação até que lei específica viabilize sua eficácia plena. Logo, a lei que regulamentará o parágrafo 7º deverá resguardar a segurança e o bem-estar animal, e isto será uma dificuldade, pois os laudos técnicos já demonstraram para todos os Ministros do STF que a prática desportiva é ínsita à violência contra a saúde animal.

Esse é o problema-chave que será ainda discutido quando se desenvolver também o patrimônio cultural imaterial na Espanha, que, de forma inversa,

---

cauda e envolvimento da medula óssea. Também os cavalos, de acordo com os prêmios, sofrem lesões. Para o relator, o significado da expressão “crueldade”, constante do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, abrange a tortura e os maus-tratos aos bois durante a prática da vaquejada. Assim, para ele, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada revela-se “intolerável”. Na mesma ocasião, o ministro Edson Fachin divergiu do relator e votou pela inadmissibilidade da ação. Para ele, a vaquejada é uma manifestação cultural, o que foi reconhecido pela própria Procuradoria-Geral da República na petição inicial. Esse entendimento foi seguido, também naquela sessão, pelo ministro Gilmar Mendes. Na sessão de 2 de junho deste ano, os Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello acompanharam o relator. Os Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux acompanharam a divergência, no sentido da validade da lei estadual.

O julgamento foi retomado na sessão desta quinta-feira com a apresentação do voto-vista do ministro Dias Toffoli, favorável à constitucionalidade da lei cearense. Ele entendeu que a norma não viola nenhum dispositivo da Constituição Federal. “Vejo claramente que se trata de uma atividade desportiva e festiva, que pertence à cultura do povo, por isso deve ser preservada”, afirmou. De acordo com o ministro, na vaquejada há uma técnica, regra e treinamento diferenciados, o que torna a performance exclusiva dos vaqueiros profissionais. Na sessão de hoje, também votaram os ministros Ricardo Lewandowski, e a presidente da Corte, ministra Cármen Lúcia, ambos pela procedência da ação. O relator foi seguido pelos ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e pela presidente da Corte, ministra Cármen Lúcia. Ficaram vencidos os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Luiz Fux, Dias Toffoli e Gilmar Mendes (Brasil, 2016).

Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorrer a morte do animal (Brasil, 2016).

16 Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre a morte do animal (Brasil, 1988).

protege a corrida de touros como bem imaterial. Por ora, importante também compreender o que seja o Patrimônio Cultural Natural.

### 3.4 Patrimônio cultural natural

Vale destacar a constitucionalização do patrimônio cultural natural e também conceituá-lo, considerando-se que tanto a cultura como a natureza são patrimônios que devem ser preservados. E, neste ponto, estabeleceram as Constituições de 1946 e de 1967 respectivamente: “ficam sob a proteção do Estado os locais dotados de particular beleza”; de 1967: “Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, [...] os monumentos e as paisagens notáveis” e a Emenda Constitucional de 1969 repetiu o estabelecido na Constituição de 1967.

Por sua vez, a Constituição de 1988, observando o constitucionalismo brasileiro atualiza o art. 216:

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...] V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (Brasil, 1988).

A Constituição de 1988 explicita uma visão ampla e atual do que seja o patrimônio natural e retirou os adjetivos “notáveis” ou “particular beleza” por trazer uma interpretação abstrata quanto à qualificação do que seja notável e particular. De forma que o patrimônio deve ter um “valor ecológico” que seja portador de referência à identidade, à ação, à memória para os diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Não se pode esquecer de que o art. 216, C.F., também se refere aos valores paisagístico, arqueológico e paleontológico os quais têm proteção jurídica particularizada, ou seja, o Patrimônio arqueológico: Lei 3.924/61, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos; corroborando, também a Lei 7.542/86, que estabelece sobre a pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terreno de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar, e dá outras providências. Quanto ao patrimônio paleontológico dispõe o Decreto-Lei n. 4.146/42, sobre a proteção dos depósitos fossilíferos.

A Unesco também, em 1972, na Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural conceituou o que entende por patrimônio cultural natural:

Para os fins da presente Convenção, são considerados “patrimônio natural”:

- os monumentos naturais constituídos por formações físicas e biológicas ou por conjuntos de formações de valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico;
- as formações geológicas e fisiográficas, e as zonas estritamente delimitadas que constituam *habitat* de espécies animais e vegetais ameaçadas de valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico,
- os sítios naturais ou as áreas naturais estritamente delimitadas detentoras de valor universal excepcional do ponto de vista da ciência, da conservação ou da beleza natural (Unesco, 1972).

Essa convenção foi realizada em Paris e teve como objetivo a necessidade de proteger os bens culturais materiais e naturais, pois já havia uma intensa degradação ambiental gerada pelas transformações sociais e econômicas.

A conexão entre meio ambiente e patrimônio cultural torna-se mais óbvia quando se percebe que o ser humano transforma o ambiente de acordo com sua visão de vida, ou seja, a forma de desenvolvimento de cada comunidade.

Nessa vertente, pode-se afirmar que não existe uma separação inquestionável dos bens materiais, tangíveis e dos bens imateriais ou intangíveis. Souza Filho (2011, p. 48) explica que “os bens culturais só o são porque guardam uma evocação, representação, lembrança, quer dizer, por mais materiais que sejam, existe neles uma grandeza imaterial que é justamente o que os faz culturais [...]”. Um exemplo muito claro do que o autor expõe são as Ocas construídas pelos índios na Amazônia. Estas Ocas são erguidas e elaboradas com um conhecimento tradicional que é passado dos ancestrais para a futura geração. Desta forma tem-se aquela construção, material, que foi arquitetada por um conhecimento humano imaterial.

Ainda assinala Souza Filho (2011, p. 49) que “Há bens culturais, porém, que não revestem desta materialidade, porque não têm importância a sua matéria-prima ou suporte, mas apenas a evocação ou representação que sugerem [...]”. Como alguns exemplos desta evocação pode-se citar formas de saberes tradicionais, hábitos humanos, danças e formas de se fazer e processar comidas. Em Minas Gerais, na cidade de São João Del Rey os sons dos sinos foram protegidos como patrimônio cultural imaterial.

Nessa mesma perspectiva, a Constituição da Espanha, de 1978, estabelece artigos que contém a proteção do meio ambiente e do patrimônio cultural, sendo mais detalhista quando se refere à proteção cultural.

#### 4 A proteção do patrimônio cultural na Espanha

Segundo López Ramón (2017), o regime espanhol de proteção cultural teve como parâmetro o modelo italiano. Em uma síntese histórica, o autor descreve que no Reinado de Carlos III, a temática de proteção cultural foi introduzida e levada à frente por Carlos IV de 1802 e 1803 no qual regulamentou os arquipélagos e foram proibidos de serem destruídos.

O autor informa que em 1837 foi proibido a exportação de livros, pinturas e manuscritos antigos, e em 1844 houve a criação da Comissão Central e as Comissões Provinciais de Monumentos. Notícia ainda que em 1844 houve a substituição da Comissão Central pela Real Academia de Bellas Artes de San Fernando (López Ramón, 2017).

López Ramón (2017) descreve que em 1911 havia a lei sobre Escavações e Antiguidades que foi substituída pela Lei de Patrimônio Histórico da Espanha de 1985 –LPHE, que ainda será objeto de comentários. Também em 1915, foi criada a Lei de Monumentos que iniciou os procedimentos de declaração de monumentos arquitetônicos e artísticos estabelecendo a proibição de exportação e exigindo a autorização administrativa para a demolição deles.

Em sequência, continua o autor, que na primeira ditadura espanhola foi elaborado o Real Decreto Lei de 1926 sobre a proteção e conservação da riqueza artística e foi assim criado o primeiro corpo normativo o qual regulamentou a matéria sistematicamente (López Ramón, 2017).

Na segunda República, a Constituição Espanhola de 1931, aprovada em 9 de dezembro, esteve em vigor até o final da Guerra Civil em 1939. Nela constava em seu artigo 45, proveniente do Capítulo II que tratava da “Familia, e economía y cultura”, o seguinte: “Toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado, que podrá prohibir su exportación y decretar las expropiaciones legales [...]” (España, 1931). Portanto, o governo espanhol já observava o cuidado com o patrimônio cultural material espanhol como se pode ver também em outros artigos como o 48, 50<sup>17</sup> no qual este estipulava a liberdade às regiões autônomas de estabelecerem o ensino de suas próprias línguas, mas também obrigatoriamente

17 [...] Artículo 48. El servicio de la cultura es atribución esencial del Estado, y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas po el sistema de la escuela unificada [...].

Artículo 50. Las regiones autónomas podrán organizar la enseñanza en sus lenguas respectivas, de acuerdo con las facultades que se concedan en los Estatutos. Es obligatorio el estudio de la lengua castellana, y ésta se usará también como instrumento de enseñanza en todos los Centros de instrucción primaria y secundaria de las regiones autónomas [...] (España, 1931).

deveriam ensinar o castelhano. Nota-se que não estabelece aqui a língua, ainda, como um patrimônio imaterial, mas como uma forma de comunicação entre todas as regiões autônomas.

Logo, fica claro que a Constituição Espanhola de 1931 não conceitua o que seja o patrimônio cultural do país, mas já deixa algumas observações que serão amadurecidas pela denominada Constituição cultural de 1978 (Guerrero Manso, 2017).

#### 4.1 A Constituição Cultural Espanhola de 1978

A denominação da Constituição espanhola de cultural foi cunhada por alguns autores como Ruiz Robledo (1998) e Castro López como assinala Guerrero Manso (2017). A designação é verdadeira tendo em vista que a Constituição da Espanha expressa desde seu preâmbulo a matéria, de forma que:

##### Preâmbulo

La Nación española, deseado establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económica y social justo. Consolidar en Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida [...] (Espanha, 1978).

A garantia do exercício de suas culturas tradições, línguas e instituições são também a garantia do patrimônio imaterial, mesmo que não esteja estabelecido expressamente como um bem imaterial, mas não há como negar que já está exposta a vontade do legislador. E como explanado anteriormente, não há como fazer uma divisão exata do que seja patrimônio cultural material ou imaterial. Logo, mesmo que não esteja estabelecido na Constituição de 1978, revisada em 2011, o que seja o patrimônio cultural imaterial, este já está sendo resguardado.

Mas é clara a proteção da língua espanhola em vários momentos na Constituição da Espanha, sobretudo em seu preâmbulo. Ela está particularizada no título preliminar, no artigo 3.3: “La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respecto y protección” (Espanha, 1978). Assim, o desejo de proteção das várias formas de comunicação da Espanha já é caracterizada como uma riqueza, e, portanto, imensurável.

O artigo 9.2, ainda no título preliminar, da Constituição espanhola, por sua vez trata da proteção cultural quando determina que os Poderes Públicos devem

promover todas as condições para a liberdade e igualdade de todos, sejam efetivas e reais: “[...] remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitude y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural e social” (Espanha, 1978). Logo, o governo espanhol deve criar políticas públicas para que os indivíduos e os grupos tenham acesso à cultura de todas as formas possíveis.

A Constituição espanhola no capítulo III “De Los Principios Rectores de la Política Social Y económica” em seu art. 44.1 estabelece: “Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho” (Espanha, 1978), aqui o legislador repete e reforça o que já havia disposto no art. 9.2, mas inova quando prevê garantias para esse direito, demonstrando a seriedade da cultura para esse povo. De importância fundamental, como na Constituição brasileira de 1988, a Constituição da Espanha expõe em seus artigos 45.1, 45.2 e 45.3<sup>18</sup> o direito ao meio ambiente adequado. Acredita-se que não foi coincidência que esses artigos estão entre dois outros artigos sobre a proteção cultural espanhola, ou seja, o artigo 44.1 e depois o artigo 46 no qual expressa:

Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio (Espanha, 1978).

A Lei fundamental, sem utilizar a denominação de patrimônio material e imaterial, deixa claro a proteção deles quando menciona sobre o patrimônio histórico, cultural e o artístico. Guerrero Manso (2017) também expressa a mesma opinião ao compreender que o artigo supracitado amplia o conceito de patrimônio histórico espanhol, e inclui uma grande variedade de conhecimentos e atividades que ainda não gozavam de proteção.

Não se pode esquecer de que o art. 45.1 estabelece que o desenvolvimento da pessoa deve ser em um meio ambiente adequado. E essa adequação se refere também ao meio ambiente cultural em que a Constituição espanhola tanto prima pela segurança, conservação, participação e tutela.

De outro giro, a Constituição da Espanha estabelece uma forma complexa

---

18 Art.45.1 Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como ele deber de conservarlo. 45.2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y devenir y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 45.3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anteriores, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado (Espanha, 1978).

de competência para suas Comunidades Autônomas relativos ao PCI, mas não renuncia a sua competência exclusiva sobre a defesa do patrimônio cultural, artístico e monumental contra exportação e espoliação (art. 149.1.28)<sup>19</sup>, e a proteção geral desses bens.

Neste trabalho não haverá tempo para explanar sobre a divisão dessas competências de forma geral, e das competências das Comunidades Autônomas. Todavia, as Comunidades têm competência para estabelecer o fomento da cultura, como consta do art. 148.1.17<sup>20</sup>.

Nota-se que a denominação de Constituição Cultural se deve a uma proteção crescente de valores que devem ser cuidados, porque não há cidadania sem o reconhecimento de um patrimônio cultural comum. Tendo em vista que é por meio deste patrimônio que os cidadãos têm acesso às suas raízes e sua história.

História que os enlaça em uma cadeia de atos, de formas de criar, fazer e viver que criam a memória a identidade e o pertencimento. E por isso, entende-se que foi demorada a edição de uma lei para complementar o desejo de proteger a memória, as tradições e o patrimônio material e imaterial espanhol.

#### 4.2 A Lei do Patrimônio Histórico Espanhol – LPHE 16/1985

A Lei do Patrimônio Histórico Espanhol, 16/1985, foi editada sete anos após a promulgação da Constituição de 1978. Os objetivos dela encontravam-se todos no preâmbulo<sup>21</sup> da Constituição e em vários de seus artigos, como explicitados anteriormente, ou seja, arts 3.3; 9.2; 44.1; 46; 149.1.28 dentre outros. A Constituição, somente não especificou visivelmente, como o fez a Constituição brasileira

19 Art. 149.1.28 El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias [...] 28ª Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas.

20 Art. 148.1 Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencia en las siguientes materias: [...] 17ª El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma (España, 1978).

21 Preâmbulo. La Nación española, deseado establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. Establecer una sociedad democrática avanzada, y Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra. En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente: [...] (España, 1978, grifo nosso).

de 1988, em seu art. 216, o reconhecimento do patrimônio etnográfico, mas deixa o caminho seguro para a LPHE.

A LPHE, em seu preâmbulo, apresenta seus argumentos de proteção e demonstra que emana da Constituição de 1978 e também dos Estatutos de Autonomia do país. Portanto, a LPHE amplia e define o que se entende por Patrimônio Histórico Espanhol. Nessa toada, expressa quais os bens que serão consignados, ou seja, os bens imóveis e móveis e se constituem, assim pelo Patrimônio Arqueológico, os etnográficos, os museus, arquivos e bibliotecas de titularidade estatal e também o Patrimônio Documental e bibliográfico. Enfim, tem por objetivo assegurar a proteção e fomentar a cultura no país.

A LPHE é uma lei extensa e foi atualizada em vários momentos da história espanhola. A última atualização, até aqui, foi em fevereiro de 2018<sup>22</sup> para inclusão em seu ordenamento a Diretiva da União Europeia. É uma lei importante que tem sido alvo de modificações com uma certa frequência.

Apesar da LPHE ser composta por 79 artigos, sem contar com as disposições Adicional, Transitórias e Final, ela sofre críticas quanto à inclusão em seu texto da proteção imaterial ou intangível, que é considerada muito tímida. Autores como Guerrero Manso e Martínez demonstram suas insatisfações em argumentos plausíveis.

Alega Martínez (2011, p. 125) que a LPHE institui a proteção do bem imaterial no artigo 1.2<sup>23</sup> quando cita o bem etnográfico e o valor antropológico “pero que restringe su aplicación a los de orden tangible, muebles, en coherencia con la tradición jurídica española y los motivos expuestos en el Preámbulo”. Dessa forma, a instituição do bem imaterial ficou prejudicada porque atrelou aos bens tangíveis e móveis. O autor argumenta que o patrimônio etnográfico do art. 46<sup>24</sup> da LPHE prefigurou com antecipação na categoria de patrimônio imaterial,

22 Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-5059>. Acesso em: 2 set. 2023.

23 2. Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico (España, 1985).

24 Art. 46. Forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales (España, 1985).

todavia as formas explicitadas nos artigos 47.1<sup>25</sup>; 47.2<sup>26</sup> e 47.3<sup>27</sup> expõem uma noção “folclorista, arcaica, ahistórica e essencialista” (Martínez, 2011, p.125).

Martínez (2011) ainda arremata que a noção de patrimônio etnográfico que a LPHE estabelece está muito distante daquela proposta pela Convenção da Unesco de 2003. Mas autor não retira o mérito da lei, pois o legislador espanhol, antes mesmo da Unesco, avançou no tempo quando estabeleceu a LPHE em 1985 para proteção do patrimônio histórico, os conhecimentos e as atividades que são expressão relevante da cultura tradicional espanhola. Mas no que diz respeito ao regime específico e as medidas de tutela direta que a lei dispõe, em favor dos conhecimentos e atividades imateriais do patrimônio etnográfico não são eficazes.

Ao seu tempo, Guerrero Manso (2017) também critica a LPHE por estabelecer a proteção imaterial somente em três artigos, todavia crê que corrige o vácuo que existia, mas necessita de regulação específica. A autora chama atenção para a proteção jurídica do art. 47.3 e explica:

El régimen de cada una de estas modalidades del patrimonio etnográfico es distinto. En los bienes inmuebles y en los bienes muebles el artículo 47 remite a los Títulos II, III y IV, que regulan respectivamente ambos tipos de bienes con carácter general y su régimen de protección. Sin embargo, en el caso del patrimonio inmaterial no existe ningún Título que determine las normas aplicables para conseguir su salvaguardia, sino que se establece exclusivamente que «gozarán de protección administrativa» y que, como ha quedado dicho, en el caso de que los conocimientos o actividades estén en peligro de desaparecer, se procederá a su estudio y documentación científica. Tal previsión puede resultar coherente con la determinación vista en el artículo 46, según la cual pueden formar parte del patrimonio etnográfico y, por lo tanto, del patrimonio histórico español, actividades y conocimientos independientemente de que en la actualidad sean parte integrante de la cultura española: basta con que lo hayan sido en el pasado. Así, si lo que se pretende es mantener esa tradición como vestigio o manifestación cultural ya extinta pero dotada de relevancia, su

25 Art. 47.1. Son bienes inmuebles de carácter etnográfico, y se regirán por lo dispuesto en los títulos II y IV de la presente Ley, aquellas edificaciones e instalaciones cuyo modelo constitutivo sea expresión de conocimientos adquiridos, arraigados y transmitidos consuetudinariamente y cuya factura se acomode, en su conjunto o parcialmente, a una clase, tipo o forma arquitectónicos utilizados tradicionalmente por las comunidades o grupos humanos (España, 1985).

26 Art.47. 2. Son bienes muebles de carácter etnográfico, y se regirán por lo dispuesto en los títulos III y IV de la presente Ley, todos aquellos objetos que constituyen la manifestación o el producto de actividades laborales, estéticas y lúdicas propias de cualquier grupo humano, arraigadas y transmitidas consuetudinariamente.

27 Art.47.3. Se considera que tienen valor etnográfico y gozarán de protección administrativa aquellos conocimientos o actividades que procedan de modelos o técnicas tradicionales utilizados por una determinada comunidad. Cuando se trate de conocimientos o actividades que se hallen en previsible peligro de desaparecer, la Administración competente adoptará las medidas oportunas conducentes al estudio y documentación científicos de estos bienes (España, 1985).

documentación y registro será una medida adecuada y suficiente. Sin embargo, si el objetivo es que las actividades o manifestaciones culturales no caigan en desuso, sino que permanezcan vivas, será necesario realizar una política de foment y difusión de las mismas, resultando claramente ineficaz para este propósito dejar simple constancia documental de su existencia y del modo en el que se llevaba a cabo<sup>28</sup> (Guerrero Manso, 2017, p. 62).

Guerrero Manso interpreta que o art. 47.3 da LPHE não é suficiente para garantir a existência de bens culturais imateriais, que têm existência viva. Pois, de acordo com o artigo acima, a Administração somente tomará providências contundentes quando houver o perigo desse bem desaparecer.

A preocupação de Guerrero Manso e Martínez tem sentido, porque a Espanha, segundo a Unesco, é o quarto país do mundo com mais elementos imateriais reconhecidos como Patrimônio da Humanidade (Guerrero Manso, 2017). Assim, foi com grande entusiasmo que foi recebida a notícia da edição da Lei que regula especialmente esses bens, ou seja, a Lei do Patrimônio Cultural Imaterial da Espanha – LPCI.

#### 4.3 A Lei do Patrimônio Cultural Imaterial da Espanha LPCI – 10/2015

Tem-se reconhecimento geral que a aprovação da LPCI foi um avanço na regulação, proteção dos bens imateriais tendo em vista que a LPHE era insuficiente para proteção de bens considerados vivos. A vocação desta lei era destinada a regular e proteger bens físicos móveis e imóveis.

A Lei de Proteção Cultural Imaterial da Espanha é uma norma com 14 artigos, mas com um preâmbulo longo, como a LPHE. Segundo Guerrero Manso, “El preâmbulo, como hemos dicho, es extenso [...] Se articula en torno a cinco

---

28 O regime de cada uma dessas modalidades de patrimônio etnográfico é diferente. Nos bens imóveis e móveis Art. 47 remete aos Títulos II, III e IV, que regulam, respectivamente, ambos os tipos de bens com caráter geral e seu regime de proteção. No entanto, no caso do patrimônio imaterial não existe nenhum título que determine as normas aplicáveis para a sua preservação, mas é estabelecida apenas que “gozam de proteção administrativa” e que, como já foi dito, se esses conhecimentos ou atividades estão em perigo de desaparecer, se procederá seu estudo e documentação científica. Tal previsão pode resultar coerente com a determinação no artigo 46, segundo a qual podem formar parte do patrimônio etnográfico e, por conseguinte, do patrimônio histórico espanhol, atividades e conhecimento independentemente de quem na atualidade seja parte integrante da cultura espanhola: basta que eles tenham estado no passado. Assim, se o que se pretende é manter essa tradição como vestígio ou manifestação cultural já extinta, mas dotada de relevância, sua documentação e registro será uma medida adequada e suficiente. No entanto, se o objetivo é que as atividades ou manifestações culturais não caiam em desuso, mas permaneçam vivas, será necessário realizar uma política de fomento e disseminação das mesmas, sendo claramente ineficaz para este fim deixar evidências documentais simples de sua existência e da maneira em que foi realizado (tradução livre).

apartados dedicados a la delimitación del concepto de los bienes culturales inmateriales, la evolución de la normativa nacional y los compromisos internacionales [...]” (Guerrero Manso, 2017, p. 72).

A estrutura da LPCI conta com 14 artigos estruturados em quatro títulos, uma disposição transitória e 18 disposições Finais. Pode-se fazer aqui uma comparação com o Decreto brasileiro que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial. O documento conta somente com 9 artigos, e se presta, basicamente, em regular a forma como os bens serão registrados. Todavía, o Decreto foi editado 18 anos antes da lei espanhola.

A LPCI em seu Título I estabelece disposições gerais e estipula, em seu art. 2, o conceito de patrimônio cultural imaterial: “Tendrán la consideración de bienes del patrimonio cultural inmaterial los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos, reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural, [...]”<sup>29</sup> (España, 2015). A lei tem o cuidado de não limitar este conceito somente em seu *caput*.

No Título II a lei estabelece o regime geral do Patrimônio Cultural Imaterial, assim como os princípios gerais de salvaguardo desses bens. Talvez a parte mais complexa da LPCI encontra-se no seu Título III onde se fixam as competências na matéria<sup>30</sup>. Guerrero Manso explica que a possibilidade da Administração Geral

#### 29 Artículo 2

Tendrán la consideración de bienes del patrimonio cultural inmaterial los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos, reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural, y en particular: a) Tradiciones y expresiones orales, incluidas las modalidades y particularidades lingüísticas como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; así como la toponimia tradicional como instrumento para la concreción de la denominación geográfica de los territorios; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales; f) gastronomía, elaboraciones culinarias y alimentación; g) aprovechamientos específicos de los paisajes naturales; h) formas de socialización colectiva y organizaciones; i) manifestaciones sonoras, música y danza tradicional.

#### 30 Artículo 11. *Competencias*.

1. Corresponde a la Administración General del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 44, 46, 149.1, reglas 1.a y 28.a, y 149.2 de la Constitución Española, garantizar la conservación del patrimonio inmaterial español, así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a sus diferentes manifestaciones. A tal fin, se adoptarán las medidas necesarias para facilitar su colaboración con los restantes poderes públicos y la de éstos entre sí, así como para recabar y proporcionar cuanta informació fuera precisa a los fines de esta ley.

2. Corresponden a la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en colaboración con las Comunidades Autónomas, las siguientes funciones:

- a) La propuesta, elaboración, seguimiento y revisión del Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.
- b) La gestión del Inventario General de Patrimonio Cultural Inmaterial.
- c) La salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial mediante la Declaración de Manifestación

chamar para si essa competência, e gerar conflitos com as Comunidades autonómicas é muito grande e a bem da verdade este problema já está ocorrendo como se verá adiante.

Por fim, a LPCI é composta de um Título IV que demonstra os Instrumentos de Cooperação, no qual estabelece o Plano Nacional de Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial. A LPCI, portanto, é uma lei muito recente para tratar de bens antigos e novos, pois alguns bens imateriais se renovam no tempo com a transferência para as gerações futuras. Entende-se que, em comparação com a legislação brasileira a LPCI é muito mais detalhista na proteção de um bem que tem uma afetação importante na construção do humano.

#### *4.3.1 A Lei do Patrimônio Cultural Imaterial-LPCI na Espanha e a proibição de proibir do Tribunal Constitucional Espanhol*

Necessário neste momento, resgatar o caso brasileiro sobre a modificação da Constituição Federal de 1988, art. 225 no qual foi incluído o parágrafo 7º para tornar constitucional a prática desportiva das festas denominadas vaquejadas. Nessas festas são utilizados animais, como em rodeios com algumas particularidades brasileiras.

É interessante perceber que países distantes como Brasil e Espanha possam ter problemas tão semelhantes, mas com decisões inversas. Deve-se reconhecer que governo espanhol tem feito um esforço muito grande para proteger os bens mais importantes para a identidade de seu povo, e mesmo assim muitas vezes não são suficientes.

O caso, que se reveste contrário ao do Brasil, diz respeito à proteção do Patrimônio Cultural Imaterial, com a aprovação da Lei 18 de 2013 que regula a Tauromaquia, dentre outras ocorrências que serão apontadas.

A lei de Tauromaquia é composta de 12 artigos e um preâmbulo que vale mais do que os artigos pela eloquência de defesa desta prática. O preâmbulo da lei enfatiza que a festa dos touros é algo vivo e dinâmico e sujeito à evolução<sup>31</sup>,

---

Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial, en los términos previstos en esta ley (Espanña, 2015).

31 [...] La fiesta de los toros y los espectáculos taurinos populares son algo vivo y dinámico, sujetos a constante evolución, sin que se puedan hacer conjeturas sobre de qué manera se adaptarán a las sensibilidades cambiantes de nuestros tiempos u otros venideros. Esto dependerá de que se mantenga la afición popular y de que la misma sea capaz de renovarse en las nuevas generaciones de aficionados que son los que, en su caso, deberán mantener, actualizar y conservar la fiesta de los toros. Pero en todo caso, será desde la libertad de la sociedad a optar y desde la propia libertad que significa la cultura, no cercenando el acceso a ésta (Espanña, 2013).

ou seja, tem todas às características para ser considerado um Patrimônio Cultural Imaterial. Logo, garante esta qualidade literalmente quando expõe: “Ahora bien, lo que sí podemos afirmar es que la Tauromaquia conforma un incuestionable patrimonio cultural inmaterial español, que no ostentamos en exclusiva, sino que compartimos con otros lugares como Portugal, Iberoamérica y el sur de Francia” (España, 2013).

Mas a polêmica do caso espanhol é tão controversa quanto a polêmica do caso brasileiro, porque é uma soma de ocorrências de fatos. Um desses fatos foi que a Comunidade da Catalunha, tendo em vista a crescente proteção dos animais incluiu em sua legislação (Decreto Legislativo 2/2008) o artigo n. 6 que estabelecia a proibição do uso de animais e inclusive a corrida de touros. O artigo foi objeto de interposição de recurso de inconstitucionalidade por um grupo de cinquenta Senadores do Grupo Parlamentar Popular (España, 2016).

A resposta da Corte, na sentença 177/2016, foi de considerar inconstitucional o artigo, incluído, no Decreto 2/2008 da Catalunha, porque o Estatuto de Autonomia dela não permitia legislar em matéria de competência exclusiva de âmbito nacional<sup>32</sup>. Não há tempo, neste trabalho, de discutir sobre as competências das Comunidades Autônomas para aprofundar neste tema instigante sobre os direitos dos animais, e o que pode ser considerado Patrimônio Cultural Imaterial como a Tauromaquia.

Logo, o Supremo Tribunal Federal do Brasil decidiu diferentemente do Tribunal Constitucional espanhol, quando considerou inconstitucional uma lei estadual que legalizava a prática desportiva com utilização de animais, denominada vaquejada. E de outro lado, o Tribunal Constitucional espanhol que considerou uma lei da Comunidade Autônoma da Catalunha inconstitucional pela defesa dos touros em festas do gênero. A qual decisão considera-se, neste trabalho, acertada.

Diante desse dilema, deve-se logicamente estudar com profundidade os argumentos dos tribunais dos dois países e sobre o que realmente é importante e formador de uma identidade coletiva, tendo em vista que esses bens culturais são vivos e podem ser modificados. Outro fator que deve ser identificado, é se outros interesses têm maior peso nessas decisões. Isso porque a própria lei de Tauromaquia observa: “Pero, además del aspecto cultural, la Tauromaquia tiene una

32 [...] El mencionado Real Decreto de transferencias estableció que la fiesta de los toros “se regirá por sus reglamentos específicos de ámbito nacional, sin perjuicio de las facultades de la Generalidad de Cataluña de acuerdo con el presente traspaso”. En definitiva, subraya la Letrada, lo que se transfiere a la Generalitat de Cataluña es única y exclusivamente lo que se conoce policía de espectáculos, correspondiendo al Estado las competencias normativas sobre la fiesta de los toros.

indudable trascendencia como actividad económica y empresarial, de dación de bienes y servicios al mercado, produce un flujo económico que se traduce en miles de puestos de trabajo (Espanña, 2013).

Todavía, não há como refutar a decisão do Tribunal Constitucional espanhol porque a decisão, naquele momento, era se a Catalunha tinha ou não competência para incluir, em sua legislação, a proibição da festa da corrida dos touros em sua Comunidade. Certamente, depois de estudado toda a legislação nacional espanhola, vê-se que a decisão, do Tribunal Constitucional, neste âmbito foi acertada, quanto à competência. Assim, como a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro também o foi, no caso da vaquejada, tendo em vista a proteção estabelecida no corpo da Constituição de 1988, pela inconstitucionalidade da lei cearense.

Observa-se que desde o início da pesquisa citou-se vários documentos da Unesco que foram adotados pelos dois países sobre Patrimônio Cultural. Curiosamente não se vê mencionado em nenhuma das decisões a Declaração Universal dos Direitos dos Animais para definirem como eles podem ser utilizados, e essa utilização retratada como um bem cultural imaterial.

Não é necessário ler todo o documento da Unesco de 1978 para compreender que algo está dissonante sobre o que seja o Patrimônio Cultural Imaterial, nas questões tratadas no Brasil e na Espanha,

[...] Art. 2º 1. Todo o animal tem o direito a ser respeitado. 2. O homem, como espécie animal, não pode exterminar os outros animais ou explorá-los violando esse direito; o homem tem o dever de pôr os seus conhecimentos ao serviço dos animais. 3. Todo o animal tem o direito à atenção, aos cuidados e à proteção do homem. [...] Art. 3º. 1. Nenhum animal será submetido nem a maus tratos nem a atos cruéis. 2. Se for necessário matar um animal, ele deve ser morto instantaneamente, sem dor e de modo a não provocar-lhe angústia [...] (Unesco, 1978).

Em todo esse quadro de defesa do que seja Patrimônio Cultural Imaterial no Brasil e Espanha, vê-se que existem vozes dissonantes e controvérsias de interpretação do arcabouço jurídico existentes. Desta forma, no Brasil aguarda-se a edição de uma lei que regulamentará a utilização de animais em festas com práticas esportivas, como estabelece a Constituição de 1988 em seu art. 225, § 7º.

### Considerações finais

Não há dúvidas de que o constituinte brasileiro vinculou os valores do meio ambiente sadio ecologicamente equilibrado com a preservação do patrimônio cultural material e imaterial. Ainda que não estejam inseridos no rol do art. 5º, tais

valores estão classificados na forma de direitos fundamentais. Veja art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, o qual reconhece a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional, bem como em tratados internacionais, além do possível reconhecimento de direitos fundamentais não-escritos e daqueles decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.

Mas qual a importância da constitucionalização do direito à cultura? Choay chama a atenção para as ameaças que pairam sobre o patrimônio, e apesar de todos os problemas para o patrimônio cultural sobreviver não impedem um amplo consenso em favor de sua conservação de proteção, que são oficialmente defendidas em nome dos valores científicos, estéticos, memoriais, sociais e urbanos, representados por este patrimônio nas sociedades industriais avançadas. De modo que este direito deve ser protegido na Carta mais cultural que existe em qualquer país, ou seja, suas constituições. Assim, preservam-se os modos de criar, fazer e viver de um povo.

Para compreender a importância da cultura para a humanidade vários antropólogos como Edward Tylor, Francis Boas, Jacques Turgot, Clifford Geertz e Claude Lévi-Strauss, em pesquisas empíricas, comprovaram que sem a cultura o ser humano não existiria. O ser humano seria mais um animal no mundo lutando para sobreviver, mas em virtude da cultura em que se aprende, transforma e transfere modos de criar, fazer e viver este Ser, com sua complexidade e simplicidade, transformou tudo a sua volta.

Retomando a Constituição brasileira, e os artigos constitucionais que estabeleceram a proteção do patrimônio cultural nacional, de 1988, vê-se que foi pautado por constituições anteriores as quais permitiram o aperfeiçoamento desta, assim como também as convenções da Unesco sobre a matéria. De outra face, não se pode negar que houve um retrocesso na proteção do Patrimônio Cultural Imaterial por meio de aprovação no Congresso Nacional da Emenda Constitucional n. 96 em 2017. Esta emenda aconteceu porque a Lei cearense 15.299/13 que legalizava a festa da vaquejada foi considerada inconstitucional pelo STF em 2017. Os argumentos da Corte foram ancorados em relatórios técnicos que informavam o sofrimento impellido tanto aos touros, quanto aos cavalos no desenvolvimento da prática desportiva.

Não há dúvidas que essa festa tem um impacto econômico considerável e criação de postos de trabalhos, como também foi argumentado pelos espanhóis. Mas, por outro lado, a Corte levou também em consideração, para a sua decisão, a própria Constituição do país e leis infraconstitucionais que protegem os animais.

Contrariamente à decisão brasileira, a Corte espanhola pautada nas

competências legislativa nacional e da Comunidade Autônoma catalã, considera inconstitucional o Decreto de 2008 que incluiu um artigo proibindo a festa de corridas de touros. Por diferentes razões a decisão espanhola está plena de constitucionalidade, ou seja, existe a LPCE que não estipula a proibição da festa, a LPCI também não explicita essa proibição, mas é criticada por ser tímida e arcaica por doutrinadores espanhóis. Outro fator, importante, é a edição da Lei de Tauromaquia pelo Estado estabelecendo claramente que a festa é um Patrimônio Cultural Imaterial importante para os espanhóis, mas é questionável porque já existe pensamentos dissidentes no País. E para finalizar, a Corte em sua sentença cita os artigos constitucionais que especificam a competência do estado em matéria de patrimônio cultural, que certamente serão questionados em futuro próximo.

Em um primeiro momento pode-se pensar, que dentro de cada país não há antagonismo de decisões, pois cada uma delas levou em consideração a legislação existente, sejam elas constitucionais e infraconstitucionais. Todavia, é interessante perceber os valores de cada país, e o que se considera valor cultural arraigado na sociedade. Mas também não se pode esquecer de que esses valores etnográficos são vivos e podem ser transformados pelas gerações futuras, e com esta visão infere-se que nada está definido e acabado quando se trata da Proteção do Patrimônio Cultural Imaterial. Haja vista que ainda será editada a lei que regulamentará a utilização de animais em práticas desportivas, no Brasil, e porque também foi interposta a Ação de Direta de Inconstitucionalidade no STF, contra a inclusão do § 7º no art. 225. Dessa forma, o tema ainda será motivo de discussão de grande relevância para o Brasil.

Entretanto, de acordo com o problema apresentado, ou seja, o paradoxo jurídico estabelecido entre as legislações entre os dois países sobre patrimônio cultural, no qual o Supremo Tribunal Federal no Brasil decide pela inconstitucionalidade de lei infraconstitucional por elaborar lei contrária à constituição, e por outro lado, na Espanha quando uma cidade autônoma elabora uma lei “infraconstitucional” em defesa dos touros, e é considerada inconstitucional por não ter competência para fazê-lo, depara-se com decisões conflitantes entre os países pesquisados, de uma forma ampla, mas que já marca a mudança de valores da sociedade.

A esperança é que os dois países sejam guiados pela legislação internacional da Unesco, 1978, a qual afirma claramente sobre o dever do ser humano em proteger os animais, não os submeter a maus tratos, explorar e exterminá-los em jogos de entretenimento. Pois neste sentido, volta-se ao estágio de barbárie, que foi criticado pela prefeitura de Roma.



ESPAÑA. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 dic. 1978. Disponível em: [http://www.lamondcloa.gob.es/documents/constitucion\\_es1.pdf](http://www.lamondcloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf). Acesso em: 1 jul. 2023.

ESPAÑA. *Constitución de la República Española, de 9 de diciembre de 1931*. Disponível em: [http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931\\_cd.pdf](http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf). Acesso em: 3 jul. 2023.

ESPANHA. *Constituição de 1978*. Trad. Attilio Faggi. Rio Grande do Sul, 1999.

FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIUZA, C. A. C.; GONTIJO, B. R. A. Proteção ambiental e personificação dos animais. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 55-76, jul./dez. 2014.

GEERTZ, C. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

GUERRERO MANSO, C. La escasa y problemática regulación del patrimonio inmaterial en España. In: LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.). *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2017. p. 53-86.

LARAIA, R. B. *Cultura: um conceito antropológico*. 23. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

LÓPEZ RAMÓN, F. Fuentes y conceptos del patrimonio cultural en el ordenamiento español. In: LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.). *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2017. p. 17-30.

MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 28. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

MARTÍNEZ, L. P. La tutela legal del patrimonio cultural inmaterial en España. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, v. 1, n. 7, p. 123-150, jun. 2011. Disponível em: <https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2011/11/07-tm-10.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2023.

MIRANDA, P. S. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

NABAIS, J. C. *Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

PREFEITURA DE ROMA proíbe “gladiadores” em Coliseu. *Metrópole*, 2 dez. 2016. Disponível em: <https://www.metropoles.com/vida-e-estilo/turismo/prefeitura-de-roma-proibe-gladiadores-em-coliseu>. Acesso em: 3 jun. 2023.

REISEWITZ, L. *Direito Ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

RIBEIRO, W. C.; ZANIRATO, S. H. O patrimônio natural sob proteção: a construção de um ordenamento jurídico. In: FUNARI, P. P. et al. (org.). *Patrimônio cultural e ambiental: questões legais e conceituais*. São Paulo: Annablume, 2009. p. 219-242.

SOUZA FILHO, C. F. M. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. ampl. e atualiz. Curitiba: Juruá, 2011.

UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*. Paris: Unesco, 2003. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540por.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2023.

UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*. Paris: Unesco, 1978. Disponível em: <http://portal.cfmv.gov.br/uploads/direitos.pdf>. Acesso em: 20. jul. 2023.

UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Convenção para o Patrimônio Mundial, Cultural e Natural*. Paris: Unesco, 1972. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/world-heritage/intangible-cultural-heritage-list-brazil/#topPage>. Acesso em: 20 jul. 2023.

UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Convenção para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado*. Haia, 1954. Disponível em: [http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil\\_decreto\\_44851\\_11\\_11\\_1958\\_por\\_orof.pdf](http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_decreto_44851_11_11_1958_por_orof.pdf). Acesso em: 28 jul. 2023.

## SOBRE OS AUTORES

### **Beatriz Souza Costa**

Pós-doutora pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), Madri/Toledo, Espanha. Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte/MG, Brasil. Professora na Pós-graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Belo Horizonte/MG, Brasil.

### **Elcio Nacur Rezende**

Pós-Doutor pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), Madri/Toledo, Espanha, e pela Università degli Studi di Messina (UNIME), Messina, Itália. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS), Belo Horizonte/MG, Brasil. Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Belo Horizonte/MG, Brasil. Procurador da Fazenda Nacional.

### **Participação dos autores**

Ambos os autores participaram de todas as etapas de elaboração deste artigo.

### **Como citar este artigo (ABNT):**

COSTA, B. S.; REZENDE, E. N. A proteção do patrimônio cultural no Brasil e na Espanha: o caso da vaquejada e das touradas. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 21, e212641, 2024. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/2641>. Acesso em: dia mês. ano.