

CONCEITUANDO O PATRIMÔNIO CULTURAL

Michael Schneider Flach*

Resumo: O presente artigo analisa os conceitos em torno do patrimônio cultural e dos bens culturais, a partir da doutrina pátria e internacional, além de formular um conceito próprio. Também, traz à colocação as disposições e conceituações normativas, em termos de patrimônio cultural, oriundas da legislação local e europeia, de várias cartas constitucionais bem como das provenientes da UNESCO.

Palavras-chave: Patrimônio cultural. Conceito. Normas. Direito social. Direito fundamental.

Sumário: 1. Introdução. 2. A conceituação de patrimônio e de bem cultural. 3. Conceitos previstos em disposições normativas. 4. Considerações finais. Referências.

Conceptualizando El Patrimonio Cultural

Resumen: Este artículo analiza los conceptos en torno al patrimonio cultural y los bienes culturales, con base en la doctrina nacional e internacional, además de formular un concepto propio. También trae a primer plano las disposiciones normativas y conceptualizaciones en materia de patrimonio cultural derivadas de la legislación local y europea, de diversas cartas constitucionales, así como de la UNESCO.

Palabras clave: Patrimonio cultural. Concepto. Normas. Derecho social. Derecho fundamental.

Índice: 1. Introducción. 2. La Conceptualización del Patrimonio y los Bienes Culturales. 3. Conceptos Previstos en las Disposiciones Normativas. 4. Consideraciones finales. Referencias.

* Promotor de Justiça, RS. Especialista em Direito Penal Contemporâneo (UNISINOS). Mestre e Doutor em Ciências Criminais (PUCRS). Pesquisador da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor da Pós-graduação e dos Cursos Preparatórios às Carreiras Jurídicas da Fundação Escola Superior do Ministério Público, RS.

1 Introdução

Pretendemos aqui abordar a consistência do Patrimônio Cultural, verificando os seus conceitos doutrinários e da expressão bem cultural, além da sua inclusão no arcabouço legislativo dos respectivos ordenamentos, os quais possuem a capacidade de defini-lo.

1.1 A conceituação de patrimônio e de bem cultural

O termo patrimônio deriva do latim *patrimonium*, em relação aos bens que uma pessoa herdaria dos seus antepassados.¹ A palavra cultura tem idêntica raiz de *cultus*, aplicando-se às atividades humanas mais variadas.² Em termos amplos refere-se à produção material e imaterial de indivíduos, de uma coletividade ou mesmo da humanidade. E, no aspecto legal, é a produção humana tutelada juridicamente, ligada “às artes, à memória coletiva e ao repasse dos saberes, e vinculada ao ideal de aprimoramento,” visando à dignidade de indivíduos e da espécie como um todo.³

O *patrimônio* é um conceito jurídico, e se “utilizado no sentido mais amplo, como conjunto de direitos e deveres”, pode quedar-se ainda além do que se pretenderia incluir na expressão “patrimônio cultural”. E, por certo, esta sua noção “implica uma desconstrução do conceito privatístico” de patrimônio, como ligado à propriedade e ao valor econômico da coisa, para “atender ao critério político seguido pelo legislador, ligado à sua concepção” cultural. Logo uma noção de patrimônio cultural em termos jurídicos “passa por uma teorização do lugar da cultura na comunidade que procura estabelecer” a sua regulação.⁴

¹ TUGORES TRUYOL, Francesca; FERRER PLANAS, Rosa. *Introducción al patrimonio cultural*. España: Trea, S. L., 2006, p. 17.

² ACEDO PENCO, Ángel; PERALTA CARRASCO, Manuel. *El régimen jurídico del patrimonio cultural*. Madrid: Dykinson, 2016, p. 15, 17 e 69, cita que de acordo com a Real Academia Española cultura significa “conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico”, e que para os autores pode ser sintetizado como o “conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.” Ainda, aponta o patrimônio cultural como o “conjunto de bienes que han sobrevivido y que se pretende proteger”, sejam bens móveis, imóveis ou imateriais, podendo ser de caráter artístico, histórico, arqueológico, documental, bibliográfico, paleontológico, científico ou técnico.

³ CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 49; e CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 22-23. TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Direito quântico – ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1985, explica que cultura é “tudo aquilo que o homem acrescenta às coisas, quando pratica os atos designados ao verbo cultivar”.

⁴ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Contributos para uma perspectiva histórica do direito do património cultural em Portugal. In: *Direito do património cultural, op. cit.*, p. 205-208.

De acordo com França, o “conceito de Patrimônio é um conceito que, por ser histórico, remete para um conceito de História”, e um “processo de estruturas sucessivas, ao longo do tempo”.⁵ Enquanto que os bens culturais possuem existência individual ou conjunta, material e ou imaterial, podendo ser de um pertencimento cultural ou integrarem parte de um acervo municipal, estadual, nacional ou até da humanidade.

Para Jorge Miranda, a cultura é tudo que tem significado espiritual e relevância coletiva, o que se reporta a bens não econômicos e o que tem a ver com a criação humana.⁶ A cultura envolve as relações humanas no espaço e no tempo, o passado e o futuro, a evolução humana e a sua civilização. Tal impacta no patrimônio cultural que “incorpora qualidades emotivas no processo de identificação e apropriação dos signos e símbolos, sempre evoluindo e agregando novos valores aos bens que conformam o patrimônio cultural reconhecido pelo Estado”.⁷

A cultura “abrange todos os objetos ou operações que a natureza não produz”, dentro de um “conjunto de atividades lúdica ou utilitárias, intelectuais e afetivas que caracterizam especificamente um determinado povo”.⁸ Podendo tanto se falar da cultura de um determinado grupo social, como também da universal, enquanto herança pública e social da humanidade como um todo.

Da junção de *patrimônio* com *cultural* temos um conjunto de objetos (móveis ou imóveis) e de manifestações decorrentes tanto da produção humana, como da sua interação com a natureza, e da própria paisagem, revestidos de importante testemunho do progresso da civilização e da herança histórica de uma sociedade, enquanto referencial e elemento significativo desta e da identidade do seu povo.⁹

⁵ FRANÇA, *op. cit.*, p. 23-25, argumenta que tal se deve ao filósofo inglês Francis Bacon, e ao seu *Novum Organum*, “nele, em 1620, se torna a natureza ‘historiável’ – a natureza e a nossa experiência de homens”, dando um “sentido historiável à nossa experiência”. Após, em torno de 1750, surgem os movimentos Neogótico e Neoclássico e que “vão desembocar no Romantismo”, então “nos finais do séc. XVIII e princípios do séc. XIX que temos de nos deter para ver que respeito e que consideração passou a haver pelo Patrimônio”. De acordo com BAUMER, *op. cit.*, p. 66-67, para Bacon, a filosofia natural deve considerar-se “a grande mãe das ciências”, como o suporte da árvore do conhecimento, a partir do qual os outros ramos ganham consistência e crescem. Nela está o “reino humano do conhecimento”, o qual o homem adquire por meio do sentido e por vezes da ciência em geral, tendo ele direito e poder sobre esta natureza.

⁶ MIRANDA, Jorge. O patrimônio cultural na constituição portuguesa. In: RAMOS, José Luís Bonifácio; CLARO, João Martins. *Novos Estudos de Direito do Patrimônio Cultural*. Tomo II, Vila Franca de Xira: Petrony, 2019, p. 7.

⁷ GALVÃO JUNIOR, José Leme. A preservação do patrimônio cultural como direito à memória. In: *Patrimônio Cultural Brasileiro*. Poder Judiciário, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2022, p. 15 e 18.

⁸ SARAIVA, Antônio José. *O que é cultura*. Lisboa: Difusão Cultura, 1993, p. 11.

⁹ PEREIRA JÚNIOR, Magnos Vasconcelos. Patrimônio cultural e institucionalização da memória coletiva. *Biblio 3 W, Revista Bibliográfica de Geografia y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, v. XXIII, n. 1.239, jun. 2018, p. 3, concluindo que o patrimônio cultural reforça o sentido

Estabelecendo cultura como resultado da produção humana, temos enquanto patrimônio cultural uma abrangência mais restrita, consistente em produções que “por suas peculiaridades (especiais atributos de antiguidade, raridade, beleza, exemplaridade, autoria, vínculo com fatos históricos, memoráveis, significância social, etc.) representam marcos identitários”, para determinado cultural, povo e sociedade.¹⁰

Embora o patrimônio cultural inclua em sua definição a cultura, nem toda a cultura é patrimônio cultural, mas apenas a parte assim reconhecida a partir de valores próprios, “num processo de seleção crítica no qual alguns objetos ou práticas são convertidos em bens culturais” – apesar de, desde sempre, conterem em seu âmago o conceito de cultura.¹¹

O patrimônio cultural é um conceito que abarca todo um conjunto de objetos, materiais ou imateriais, isolados ou reunidos e que são de interesse e dignos de proteção por determinada sociedade, pela importância e valor a ele atribuídos enquanto bens culturais, sem relação direta com o seu valor pecuniário e independente da sua titularidade.

É possível também pontuar uma noção temporal com o patrimônio cultural, e a própria evolução e mudança em torno dos seus valores.¹² Mas, de modo

de comunidade, ele “se herda, se transmite, se modifica e se aprimora” nas gerações; CUSTÓDIO, Helita Barreiro. Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da constituição federal e das normas ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, RT, v. 6., abr./jun. 1997, p. 18, pontua que pelos valores e elemento básico da civilização, hoje o patrimônio cultural “constitui complexo de bens jurídicos protegidos em todos os níveis de governo”, mundialmente; e QUINTERO, Alberto Blanco-Urbe. El derecho humano al paisaje y la calidad de vida. In: BREWER-CARIAS, Allan R.; CORAO, Carlos Ayala. *Libro homenaje al Dr. Pedro Nikken*. Caracas: Jurídica Venezolana, 2021, p. 1.449, ao pontuar que: “el paisaje, bien o valor común jurídicamente tutelado, comprensivo de lo ambiental o natural (patrimonio natural), y de lo cultural (patrimonio cultural), desde lo universal y excepcional hasta lo local y cotidiano o tradicional, requiere de la implementación de políticas públicas de definición, valoración y ordenación territorial, con indispensable consulta pública y participación ciudadana, mediando la sensibilización y la educación para la ciudadanía y en derechos humanos, especialmente en lo ambiental y patrimonial, y de la efectiva disposición de acciones judiciales en manos de las personas real o potencialmente afectadas en su calidad de vida”.

¹⁰ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Introdução ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Editora 3i Ltda., 2021, p. 21-22, complementado que “É o patrimônio cultural que nos faz ser o que somos, representando o signo diferencial e a identidade sintetizadora dos valores básicos das formas de ser, fazer e existir do nosso povo, diferenciando-nos dos demais”.

¹¹ GONZÁLES-VARAS, *op. cit.*, p. 23. Invoca Edward Burnett Tylor no ensaio Primitive Culture de 1871, segundo o qual a cultura é “todo ese complejo que comprende conocimientos, creencias, arte, moral, derecho, costumbre y otras capacidades y hábitos adquiridos por el hombre en tanto que miembro de una sociedad.” A partir de tal definição são encontrados três elementos, de que a cultura: pertence ao gênero humano, é um fenômeno social e universal.

¹² PASTOR PÉREZ, Ana; DÍAZ-ANDREU, Margarita, 2022. Evolución de los valores del patrimonio Cultural. *Revista de Estudios Sociales*, 80: 3-20, p. 7. Disponível em: <<https://doi.org/10.7440/res80.2022.01>>. Acesso em: 5 maio 2022. Explica que: “los valores históricos y estéticos, que fueron los primeros en ser apreciados en Europa a inicios del siglo XX (Riegl 1903), y que se centraban en un reconocimiento del objeto o monumento por haber sobrevivido al paso del tiempo o por

geral, podemos estabelecer ele como uma forma de herança, com a transmissão do objeto e do seu valor, aliado à transmissão das próprias gerações que o tenham recebido e legado, formando um ciclo no qual o patrimônio cultural é ao mesmo tempo emissor e receptor de valores. Trata-se de um fio condutor levado ao longo de gerações, frente ao qual devem ser empregadas as devidas cautelas, para evitar que se desgaste e seja danificado, o que levaria ao fim da sua riqueza e do seu legado.¹³

A redação constitucional do art. 216¹⁴ representa grande evolução em relação aos preceitos do antigo Decreto-Lei nº 25/1937,¹⁵ de modo que avançamos para além da característica de *monumentalidade*. Ainda assim, a lei de tombamento segue este com valor intrínseco e externo de grande valia, com raízes no *latim monumentum*, de “monere” ou “lembrar”, está ele ligado à ideia de um passado eloquente de uma memória importante, sendo erigido justamente por conta da grandiosidade de eventos, personagens, locais, princípios ou outro valor, sejam positivos ou negativos.¹⁶

Com efeito, quando a Constituição Federal emite um conceito próprio e sólido de patrimônio cultural, bem como determina que a sua promoção e proteção pública e social pode ser realizada por “outras formas de acautelamento e

representar una serie de cualidades técnicas que reflejan la evolución de las habilidades humanas de fabricación o artesanía. Antiguamente, en Europa, la conservación de monumentos recaía principalmente en miembros de la monarquía, la aristocracia y las clases dirigentes, que, junto con la Iglesia, aportaban, entre otras cosas, la financiación para ello, como lo demuestran los varios edictos de los siglos XVII y XVIII realizados en Italia (Baldwin Brown [1905] 2011, 130). La apreciación de las cualidades históricas y estéticas de los monumentos seguía siendo un factor clave a principios del siglo XX [...]”. Ver también: JARAMILLO URIBE, Germán. Nuevos desafíos entre el discurso oficial y local del patrimonio cultural inmueble. *Revista Territorios 44*, Bogotá, 2021, p. 1-21. Disponível em: <<https://eds.p.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=9&sid=8bc2a033-8779-4298-96-db3d4b4837fb39%40redis>>. Acesso em: 8 maio 2022.

¹³ FONTAL MERILLAS, Olaia. El patrimonio cultural para el futuro: in paso por la postmodernidad. In: GARCÍA OTERO, Juan María. (Org.). *I Congreso Iberoamericano del Patrimonio Cultural*. Madrid: Asociación Española de Gestores de Patrimonio Cultural, 2011, p. 323.

¹⁴ Constituição Federal. 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 [...].

¹⁵ Decreto-Lei nº 25/1937. Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

¹⁶ CHOAY, *op. cit.*, p. 11-19, defende que para os que edificam e os seus destinatários, esta lembrança veicula, sendo o monumento uma “defesa contra o traumatismo da existência, um dispositivo de segurança”, o qual “assegura, acalma, tranquiliza, conjurando o ser do tempo” e tentando combater a angústia do aniquilamento. E GOFF Jaques Le. *História e memória*. Trad. de Bernardo Leitão *et al.*, Campinas: Unicamp, 1990, p. 535, explica que o “verbo monere significa ‘fazer recordar’, de onde ‘avisar’, ‘iluminar’, ‘instruir’. O monumentum é um sinal do passado. Atendendo às suas origens filológicas, o monumento é tudo aquilo que pode evocar o passado, perpetuar a recordação, por exemplo, os atos escritos”.

preservação”, temos uma fórmula de tutela que se alastra para muito mais do que meros aspectos normativos, congregando-se em campos diferentes e, até mesmo, cumulativos do direito (civil, penal e administrativo), conforme o caso.

Nesta linha, Souza Filho entende que o patrimônio cultural avança além do seu reconhecimento legal, pois o seu reconhecimento advém da expressão reveladora de uma determinada cultura, a qual é parte de um contexto maior (nacional ou até internacional). Desta forma, independente de instrumento legal, “com ou sem reconhecimento jurídico, o conjunto de bens materiais e imateriais que garantem ou revelam uma cultura são patrimônio cultural daquela cultura”.¹⁷

Os bens culturais são específicos elementos eleitos da cultura elevados à condição de representativos dos valores culturais de uma determinada sociedade, independente do seu prévio reconhecimento por lei, ato administrativo ou decisão judicial, já que a Constituição não exige esta formalidade anterior.¹⁸ Porém, é fundamental que ele seja portador de identidade cultural, o que também faz com que o mais relevante não seja o bem material ou imaterial em si, mas o significado a ele atribuído, o qual exatamente se traduz no seu valor cultural.¹⁹

César Mantilla formula um conceito aberto e não fechado, considerando as alterações e movimentos nos processos e fenômenos culturais. Para ele o patrimônio cultural é o “conjunto de bens tangíveis e intangíveis que refletem uma herança cultural de um povo, etnia e/ou grupo social”, os quais acabam por “determinar um sentido de pertencimento as suas distintas produções e imaginários simbólicos que se conservam e recriam de acordo com as dinâmicas e fatores externos que se impõe em sua essência e conteúdo”.²⁰

Para Gonzáles-Varas o patrimônio cultural é formado a partir de uma seleção crítica de elementos de cultura, dentro daquilo que reconhecemos, valoramos e desejamos conservar. É o testemunho significativo, material e imaterial, legado pelas “comunidades humanas ao longo de sua existência e que permitem o conhecimento tanto das diversas culturas sucedidas no tempo, como das atuais”, seja da cultura própria ou alheia e estrangeira.²¹

¹⁷ SOUZA FILHO, *op. cit.*, p. 39, concluindo que “se o direito é capaz de criar normas protetoras, impondo ao Estado a sua proteção, é outra coisa. Cumpre ao povo detentor ou reconhecedor da cultura, a sua proteção, o que inclui exigir do Estado atos concretos nessa direção”.

¹⁸ Contudo, tal formalismo é essencial para a caracterização do crime de dano contra o patrimônio cultural e elemento constitutivo do tipo do artigo 62, I, da Lei nº 9.60/1998.

¹⁹ PAIVA, Carlos Magno de Souza. *Direito do patrimônio cultural. Autonomia e efetividade*. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2022, p. 83, 93-95.

²⁰ MANTILLA, César Uzcátegui. El patrimonio cultural bajo la luz de la globalización y el multiculturalismo. In: GARCÍA OTERO, Juan María. (Coord.). *I Congreso Iberoamericano del Patrimonio Cultural*. Madrid, 2001, p. 703, tradução livre do autor.

²¹ GONZÁLES-VARAS, *op. cit.*, p. 25, tradução livre do autor.

O patrimônio cultural constitui-se num suporte da identidade, diversidade e riqueza cultural, com a responsabilidade do poder público e da sociedade na sua conservação e transmissão. De modo que ele se converte em elemento fundamental para a identidade cultural, seja local, regional, nacional, internacional ou mesmo das minorias e sua diversidade cultural.²²

Apesar de sua aparente estabilidade como herança recebida, o patrimônio cultural não é um legado imutável, mas uma seleção e definição que depende das valorações sociais, ideológicas e intelectuais realizadas em cada momento, bem como das relações mantidas com a memória e a história na dimensão do passado. E, em que pese da estabilidade das normas legais e dos seus princípios, ele possui um conceito aberto e pode estar sujeito a constante reelaboração e redefinição, de acordo com componentes científicos, econômicos, identitários, religiosos, políticos, ideológicos e emocionais.²³

O determinante é que esse conjunto de bens recebidos em herança nos obriga para com a sua acolhida, reconhecimento, conservação, promoção e não dilapidação. Trata-se de uma riqueza coletiva, tanto na sua formação, como na sua transmissão e no reconhecimento dos seus valores e significados históricos, identitários, simbólicos ou outros relevantes, a partir do universo da cultura.²⁴

Uma das suas características é o direito de fruição coletiva, a ser assegurada pelo Estado, pois embora o bem não seja público quanto à sua propriedade, possui tal condição quanto ao direito do seu gozo, inclusive podendo implicar restrições aos direitos do seu proprietário, para que seja efetivada esta fruição aos cidadãos. O alvo da tutela não repousa no objeto em si, fisicamente considerado, mas no valor que ele representa, sendo a sua forma material o sustantivo que então também é protegido.

Em termos amplos, Ana Marchesan conceitua o patrimônio cultural como o “conjunto de bens, práticas sociais, criações, materiais ou imateriais” de uma nação e que diante das suas específicas condições fornece um diálogo temporal e espacial relacionados àquela cultura, constituindo-se tanto num teste-

²² GONZÁLES-VARAS, *op. cit.*, p. 25.

²³ GONZÁLES-VARAS, *op. cit.*, p. 22, 25-26. Explica que: “la noción de patrimonio cultural es compleja, pues es siempre crítica, dialéctica, problemática y cambiante, en cuanto no es una esencia inmutable sino más bien una noción elaborada por el pensamiento moderno y revisada por las ramificaciones de la posmodernidad; es una construcción histórica, social y cultural de carácter conceptual – como idea primero formada en la conciencia social y después reconocida en los bienes culturales. [...] ‘el patrimonio es una selección subjetiva y simbólica de elementos culturales del pasado que son revitalizados, adaptados e reinventados desde y para nuestro presente’; no debemos olvidar, pues, que el concepto de patrimonio cultural se nutre del pasado pero se enuncia siempre desde el presente”.

²⁴ GONZÁLES-VARAS, *op. cit.*, p. 22-23.

munho, como numa referência às gerações atuais e posteriores, enquanto “valor de pertença pública, merecedor de proteção jurídica e fática por parte do Estado”.²⁵

Por sua vez, Helita Custódio considera patrimônio cultural o conjunto de “bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, decorrentes tanto da ação da natureza como da harmônica ação conjugada da natureza e da pessoa humana”, estando conectada a “reconhecidos valores vinculados aos diversos e progressivos estágios dos processos civilizatórios e culturais de grupos e povos”.²⁶

Esta autora também possui duas formas interessantes de delimitar o chamado estatuto do patrimônio. Na primeira delas inclui “o passado, o público e a prescindível materialidade”. Em termos mais atuais, considera que o passado “conecta-se a ideia de testemunho”, o público “concerne à natureza jurídica do patrimônio” e a citada “prescindível materialidade não consegue ser uma categoria capaz de distinguir um bem cultural qualquer de outro que granjeie o ‘status’ de bem integrante do nosso patrimônio cultural”. Assim, conclui como “possível identificar, na ideia metajurídica de patrimônio cultural, pelos menos três categorias-chave: 1^a) a nação; 2^a) o testemunho; 3^a) a referência”.²⁷

Conforme Giancarlo Rolla o patrimônio cultural tem por formação os *bens culturais*, como um conjunto de objetos materiais e imateriais, e cujo elemento indissolúvel e notável é que a compreensão em torno do valor do bem, como forma de expressar a memória sob um determinado ponto, é exatamente o que o diferencia dos demais bens. De tal forma que o objeto de tutela destes bens reside muito mais na sua expressão enquanto referência, do que valia material. Assim, tal categoria de objetos passa a cumprir uma função específica, de caráter cultural e social, cujo valor do bem se eleva na medida em que a sociedade o reconhece como digno e necessitado de tutela, cabendo ao Estado reconhecê-la, num juízo declarativo, e desempenhar os instrumentos para a sua proteção.²⁸

²⁵ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A Tutela do Patrimônio Cultural sob o Enfoque do Direito Ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 49-55 e 70-71, pontuando que “preservar um patrimônio nas suas características genuínas (o que não significa dizer afastá-lo de usos) é atitude de resistência de conteúdo inegavelmente emancipatório, ainda que tal atividade traga como reflexos o fortalecimento da ideia de Estado-Nação [...] Se lembrarmos de objetos, construções, tradições do passado que resistem à ação do tempo e do homem, carregam eles consigo uma propriedade anamnésica, um valor de memória que vale mais do que qualquer reconstrução [...]”

²⁶ CUSTÓDIO, Helita Barreira. Normas de proteção ao patrimônio cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 18-19, abr./jun. 1997.

²⁷ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A Importância da Preservação do Patrimônio Cultural na Pós-Modernidade. In: FREITAS, Vladimir Passos de. (Org.). *Direito Ambiental em Evolução 4*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 55-61; e MARCHESAN, op. cit., 2007, p. 44, expondo as suas razões.

²⁸ ROLLA, Giancarlo. Bienes culturales y constitución. Trad. de Emilio Calderón Martín. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, ene.-abr. 1989, n. 2, p. 168-172.

De sua parte, Casalta Nabais pontua que, em regra, a expressão *patrimônio cultural* equivale à de *bens culturais*, sendo que esta surgiu em 1952 e destacou-se na Convenção de Haia de 1944 sobre proteção dos bens culturais no caso de conflito armado, e após nas Convenções da UNESCO de 1970 e 1974, respectivamente, no tocante às medidas a adotar para obstar a importação, exportação e tráfico ilícito de bens culturais, e sobre a proteção do patrimônio mundial cultural e natural.²⁹

Para este autor, patrimônio e bens culturais são duas formas de exprimir a mesma realidade, “a primeira na sua globalidade; a segunda, nos seus elementos ou componentes constitutivos”. Tanto é, que a expressão bens culturais ingressou no ordenamento português em 1985, com a Lei do Patrimônio Cultural e a ratificação da citada Convenção da UNESCO de 1970. Diante do que, conceitua o patrimônio cultural “como um conjunto de bens imateriais (criações jurídicas) que, nuns casos, estão ancorados em suportes materiais (infungíveis ou fungíveis), e, noutros casos, não tem qualquer suporte material”.³⁰

Já para Carlos Paiva, bem cultural, parte integrante do patrimônio cultural, traduz-se no “significado contido em uma expressão cultural, material ou imaterial, legitimamente considerado como um valor cultural representativo e expressivo”, cujo teor é dirigido para a edificação da identidade cultural da pessoa ou de uma determinada comunidade, seja local ou até mundial, e com tutela assegurada na e orientada pela Constituição.³¹

Por sua vez Melo Alexandrino reflete que os bens culturais são “puramente ideais, virtuais, ou espirituais, criados pelo mundo do Direito sobre realidades do mundo da vida”, fazendo com que tais bens, o bem jurídico-penal e os direitos fundamentais, constituem-se “verdadeiramente um atravessamento entre o mundo do Direito, o mundo da vida e o mundo da cultura”. As implicações advindas da sua conceituação seriam: garantir no plano interno “a unidade de

²⁹ NABAIS, *op. cit.*, p. 20. Ver também NABAIS, José Casalta. Noção e âmbito do direito do patrimônio cultural, *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, ano III, n. 2, 2000, p. 11-38. Disponível em: <<https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/5721/3/revcedoua6%20art.1%20CASNAB.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2022; e NABAIS, José Casalta. Considerações sobre o quadro jurídico do patrimônio cultural em Portugal. *Revista de Direito da Cidade*, v. 2, n. 1, p. 1-19. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/11285>>. Acesso em: 2 maio 2022.

³⁰ NABAIS, *op. cit.*, 2010, p. 21 e 50, o qual classifica o “direito do patrimônio cultural como um conjunto de normas de direito público” (de direito constitucional, administrativo, comunitário e internacional), e que estabelecem “um regime de direito público, relativamente a um objeto específico constituído pelos bens culturais. Bens estes que, sendo testemunhos com valor civilizacional (na expressão da Comissão Franceschini), são sempre, em si mesmos, bens imateriais ou espirituais”.

³¹ PAIVA, Direito do patrimônio cultural, *op. cit.*, p. 95. Ver também PAIVA, Carlos Magno de Souza. A intensidade normativa e o núcleo essencial do direito ao patrimônio cultural: considerações em tempo de isolamento social. *Revista do Ministério Público do RS*, n. 91, jan./jun. 2022, p. 145-158.

sentido do sistema de tutela”; propiciar uma “estruturação racional dos regimes jurídicos de proteção e valorização”; e também “servir de elemento basilar da construção dogmática do Direito do patrimônio cultural”.³²

Na Espanha, a Lei nº 16/1985, sobre o Patrimônio Histórico e os Bens de Interesse Cultural, explica em seu preâmbulo a obrigação de proteção do poder público e que o seu patrimônio é um testemunho da contribuição dos espanhóis para a civilização e de sua capacidade criativa contemporânea, além de ser uma riqueza coletiva e um elemento de identidade cultural. Classifica o objeto cultural como os bens móveis e imóveis, os arqueológicos e etnográficos, os museus, bibliotecas e arquivos, os quais devem ser protegidos, defendidos, conservados, fomentados e valorizados, enquanto objetivo do Estado Democrático de Direito.³³

Instituída na Itália em 1964 para investigar a “tutela e valorização das coisas de interesse histórico, arqueológico, artístico e de paisagem” e concluída em 1966 com a publicação “Per la salvatezza dei beni culturali in Italia”, a Comissão Franceschini apurou a situação dramática do estado de patrimônio cultural italiano, propondo reformas e rejeitando que estes bens estariam restritos a “coisas de interesse artístico e histórico”. Na primeira das suas 84 declarações a Comissão concluiu que: “Pertencem ao patrimônio cultural da Nação todos os bens que tenham referência à história da civilização.” Devendo estar submetidos a leis de proteção “os bens de interesse arqueológico, histórico, ambiental e paisagístico, arquivístico e bibliográfico, bem como qualquer outro bem que constitua testemunho material com valor de civilização”.³⁴

³² ALEXANDRINO, José de Melo. O conceito de bem cultural. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio. (Org.). *Lisboa Direito da cultura e do patrimônio cultural*. AAFDL, 2011, p. 239-240 e 244.

³³ Preâmbulo, Lei 16/1985, Espanha: “Esta Ley consagra una nueva definición de Patrimonio Histórico y amplía notablemente su extensión. En ella quedan comprendidos los bienes muebles e inmuebles que los constituyen, el patrimonio arqueológico y el etnográfico, los museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal, así como el patrimonio documental y bibliográfico. Busca, en suma, asegurar la protección y fomentar la cultura material de vida a la acción del hombre en sentido amplio, y concibe aquella como un conjunto de bienes que en sí mismos han de ser apreciados, sin establecer limitaciones derivadas de su propiedad, uso, antigüedad o valor económico. [...] El Patrimonio Histórico Español es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal. Su valor lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos. Porque los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido revalorizando. [...] Porque en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos.” Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12534-consolidado.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

³⁴ ALEXANDRINO, José de Melo. *O conceito de bem cultural*. Instituto de Ciências Jurídico Políticas, Centro de Investigação de Direito Público, Universidade de Lisboa. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/565-466.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2020.

Com efeito, Massimo Giannini aponta o contraste entre o crescente interesse pelos bens culturais, frente à ação destrutiva do patrimônio cultural, fazendo com que o homem, apesar da sua força de criação, tenha se destacado no momento mais pela destruição.³⁵ Para ele os bens culturais são um testemunho material de grande valor para a civilização, com características de historicidade e abrangência muito maior do que as *coisas da arte*.³⁶

Para além do valor, ou da sua qualidade intrínseca, o que destaca os bens culturais são o seu interesse, enquanto referência para a civilização. O seu valor imaterial é indisponível, adjetiva-o, torna-o indivisível e vai além da valia material do objeto. Embora tenha por suporte um bem em si, o *bem cultural* não se confunde com este *bem material*. Ele é uma *entidade material*, inerente a uma ou mais entidades materiais, mas que é juridicamente distinta destas, na medida em que este meio material é o seu suporte físico, sem que se confunda propriamente com o bem jurídico.³⁷

De qualquer forma Giannini considera o conceito jurídico ainda em aberto, liminar, relativo e funcional. Aberto, pois pode ser alterado pelas mutáveis realidades históricas. Liminar, pois as normas jurídicas não atribuiriam uma definição juridicamente pronta e fechada, mas sim que reenvia para outras disciplinas não jurídicas. Relativo, pois cada diploma pode trazer um conceito próprio e adaptado a sua realidade (como veremos no item seguinte) e porque pode variar de acordo com a categoria do bem cultural. E funcional, pois o con-

³⁵ GIANNINI, Massimo Severo. *Difesa Dell'ambiente e del Patrimonio Naturale e Culturale*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 249; e GIANNINI, Massimo Severo. *Uomini, leggi e beni culturali*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 285.

³⁶ CASINI, Lorenzo. “Todo es peregrino e raro...”: Massimo Severo Giannini i Beni Culturali. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, anno LXV, n. 3, 2015, p. 992-994, invocando as lições de Giannini. Ver também, CEZZI, Gabriella de Giorgi. Lo statuto dei beni culturali. *Rivista di Arti e Diritto on line*, Aedon, n. 3, dic. 2001, disponível em <<http://www.aedon.mulino.it/archivio/2001/3/degiorgi.htm>>. Acesso em: 8 ago. 2020; e MARTINI, Goastone. *Disciplina urbanística e tutela del patrimonio storico artistico e paesistico*. Milano: Giuffrè, 1970; SCIULLO, Girolamo. I beni. In: BARBATI, Carla; CAMMELLI, Marco; SCIULLO, Girolamo. *Il diritto dei beni culturali*. Bologna: Il Mulino, 2003, p. 43 anota que “la disciplina giuridica che concerne le cose fungenti da supporto ai beni culturali, in quanto oggetto [...] di qualificazione come beni patrimoniali”.

³⁷ GIANNINI, Massimo Severo. I beni culturali. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1976, p. 6-36, num conceito aos bens culturais materiais. Complementa ALEXANDRINO, *op. cit.*, 2020, com base em Giannini, que “face à variedade de bens culturais, umas vezes há uma separação clara entre o suporte material e o bem cultural (no caso dos bens arqueológicos ou paleontológicos, por exemplo), dado que o suporte pode ser totalmente despido de valor comercial (ruínas); outras vezes, porém, o bem imaterial é dificilmente separável do bem patrimonial (caso dos bens culturais de interesse artístico) mas, ainda aí, não se pode afirmar uma correspondência unívoca entre o valor cultural e o valor comercial, na medida em que este é antes de mais determinado pelo mercado, ao passo que o valor cultural é apurado por especialistas de arte, mantendo-se portanto mesmo a esse nível a autonomia do bem imaterial.”

ceito de bem cultural serve fundamentalmente à necessidade de sujeição de certas realidades, em especial da correspondente tutela jurídica e das consequências daí advindas.³⁸

Enquanto um bem patrimonial pode ser público ou privado, no seu aspecto *cultural* este bem não pertenceria a ninguém, sendo algo de interesse público, comum e de fruição universal, sem que tal altere sua propriedade. E, independente da sua vinculação, o bem estaria sujeito ao regime da função social da propriedade, diante da prevalência do interesse público e social sobre esta; pois, ainda que garantida a disponibilidade e fruição, deve o proprietário utilizá-la de forma a zelar pela sua conservação e manutenção enquanto bem cultural.³⁹

Com efeito, os bens culturais se distinguem por sua especial referência ao ser humano, a seus testemunhos significativos, ao seu entorno, à sua arte, história e cultura, independente de meras premissas materiais e estéticas, formando um elo entre gerações, de tal forma que as presentes são necessárias depositárias e responsáveis pela sua conservação e preservação em favor das gerações futuras.⁴⁰ Ele também se alicerça em outras questões, como tradição e diversidade cultural,⁴¹ o que inclusive é garantido⁴² normativamente.

Para atingir tal condição, os objetos culturais devem possuir algum tipo de característica especial que os torna “bens”, e que, individualizados, formam

³⁸ GIANNINI, Massimo Severo. *I beni culturali*, op. cit., p. 7-9.

³⁹ ALIBRANDI, Tommaso; FERRI, Piergiorgio. *I beni culturali e ambientali*. Milão: Giuffrè, 1985, p. 25-29, aduzem: “la condizione giuridica delle cose di interesse artistico e storico viene a dispensarsi in termini che non appaiono riconducibili al principio della ‘funzione sociale’ della proprietà [...] la gestione ed utilizzazione della cosa per ciò che attiene al suo valore culturale resta al di fuori della sfera di disponibilità e di controllo del soggetto cui la cosa stessa appartiene in quanto ‘bene patrimoniale’. [...] Il regime giuridico del bene culturale si qualifica, dunque, intorno allá dúplice esigenza della conservazione e della pubblica fruizione.”

⁴⁰ MONTEROSO MONTERO, Juan M. *Protección y Conservación del Patrimonio. Principios teóricos*. Santiago de Compostela: Tórculo, 2001, p. 37-39. VAQUER, Marcos. *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos em la constitución española*. Madrid: Centro Editorial Ramón Areces, 1998, p. 234, também explica que o bem cultural corresponde à criação cultural que o forma, e não ao objeto físico nele incorporado.

⁴¹ CUNHA, Paulo Ferreira da. Patrimônio cultural e direito: alguns desafios contemporâneos. In: GONÇALVES, Luís Couto et al. (Org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 1.371-1.384.

⁴² De acordo com a Convenção sobre Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, artigo 2, item: “Princípio do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. A diversidade cultural somente poderá ser protegida e promovida se estiverem garantidos os direitos humanos e as liberdades fundamentais, tais como a liberdade de expressão, informação e comunicação, bem como a possibilidade dos indivíduos de escolherem expressões culturais. Ninguém poderá invocar as disposições da presente Convenção para tentar contra os direitos do homem e as liberdades fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e garantidos pelo direito internacional, ou para limitar o âmbito de sua aplicação” (Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000150224>>. Acesso em: 5 jun. 2022). Tal Convenção foi incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto nº 6.177/2007.

um conjunto que é justamente o *patrimônio cultural*, seja ele com referência municipal, estadual, nacional ou até para a humanidade. Este *patrimônio* não precisar ter necessariamente valor econômico, podendo ser público ou privado, um bem de pessoa física ou jurídica, móvel ou imóvel (e este pode ser principal ou acessório) e mesmo imaterial (intangível). De tal modo, que os bens culturais são, em verdade, “bens imateriais que não se identificam com as coisas que lhes servem de suporte”, nas palavras de Canotilho e Vital Moreira.⁴³

Encontramo-nos frente a realidades tanto materiais como imateriais, critérios jurídicos e extrajurídicos, relativos a valores inerentes à própria cultura, seja de uma comunidade ou até da humanidade, e que deve ser interpretada de forma aberta, flexível e ampla, graduando-se a valoração e as consequências daí inerentes de acordo com a própria relevância de determinado bem cultural.⁴⁴

Conforme Díez Picazo e Gullón os bens e, em decorrência, o patrimônio cultural que eles integram, possuem como características classificatórias:

- a) *legalidade*, por serem uma criação do direito;
- b) *instrumentalidade*, por nascerem para um fim;
- c) *autonomia*, já que os distintos patrimônios devem estar livres de interferência entre eles;
- d) *unidade*, pois possuem uma identidade substancial;
- e) *intransmissibilidade*, na medida em que o bem não seria passível de alienação.⁴⁵

Um dos fatores mais primordiais, é que, a partir do seu reconhecimento, o bem jurídico passa a gozar do status de cultural e do devido âmbito de proteção, “por ser representativo, evocativo ou identificador de uma expressão cultural relevante, qualidades jurídicas que lhe se são próprias, sem altear o seu domínio e a sua forma”.⁴⁶ Entretanto, entendemos que o conteúdo de *bem cultural* não é apenas uma definição jurídica, mas é uma realidade pré-constituída,

⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. v. I. 4. ed., Coimbra, 2007, p. 925. Ver também, CORREIA, Fernando Alves. *Direito do património cultural*. Oeiras: AAVV, 1996, p. 395; GOMES, Carla Amado. O património cultural na constituição. In: *Textos dispersos de Direito do Património Cultural e do Urbanismo*. Lisboa: AAFDL, 2008, p. 18-9; e SOUZA FILHO, op. cit., p. 30, 31 e 39.

⁴⁴ OROSCO PARDO, Guillermo; PÉREZ ALONSO, Esteban J. *La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural o artístico*. Madrid: Mac Graw Hill, 1996, p. 46 e 56, “Son bienes de interés cultural aquellos muebles o inmuebles que poseen un valor o relevancia que por sus connotaciones históricas, artísticas, etnográficas, etc. les hace merecedores de tal calificación y por tanto dignos de ser tutelados por la normativa que los regula. Esta nota se acentúa en aquellos que han sido declarados con tales mediante el procedimiento adecuado por la autoridad competente, jurídicamente regulado [...]”

⁴⁵ DÍEZ PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Tomo II. Madrid: Tecnos, 2015, p. 55 e 397.

⁴⁶ SOUZA FILHO, op. cit., p. 29-30.

e não constitutiva, a ser aclarada e declarada num estudo e abordagem interdisciplinar,⁴⁷ mas em especial integrada às ciências sociais e humanas.

Nesta etapa, a partir de um “complexo momento de reconhecimento de valores de comunhão comunitária, é ungida a boa e desejada existência de determinadas realidades sociais, reunindo esforços em prol da sua continuidade” e preservação,⁴⁸ ao cunhar determinado objeto como *patrimônio cultural* e, daí, *bem jurídico* merecedor de tutela, inclusive incriminando os ataques contra ele.

As implicações dogmáticas decorrentes desta definição e interação entre os *bens* e o *patrimônio cultural* são várias. O mundo do Direito vem reconhecer a valia dos bens culturais, a partir de realidades do mundo da vida preexistentes, num autêntico atravessamento entre as esferas do Direito, da vida e da cultura. Apesar da “implicação entre a tutela da coisa e a tutela do bem imaterial, a lei está essencialmente preocupada com a protecção a dar à realidade imaterial”.⁴⁹

No tocante à “referência” do bem cultural, temos que o elemento passado deve fornecer um testemunho, o qual venha a interagir com os demais tempos, carreando elementos para a sua construção como patrimônio. Também, dentro da premissa de que a produção cultural opera de forma cumulativa e realiza a transmissão entre gerações, “o patrimônio cultural serve como uma espécie de alicerce sobre o qual a civilização como um todo se edifica e evolui”. Assim, assumem a dignidade transmissiva temporal “os bens valorados em seu papel de referência”, como ensinamento e material construtivo do futuro. E é exatamente esta interação e irrigação entre o pretérito, o presente e o futuro, que então “propicia o fluir civilizatório que terá condições de ser melhor planejado se puder contar com um acervo significativo dos tempos que foram”.⁵⁰

⁴⁷ NABAIS, *op. cit.*, 2010, p. 49, explica que a inscrição do bem cultural, como num inventário, não possui natureza constitutiva, mas declarativa do seu valor prévio.

⁴⁸ D’ÁVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 80, set./out. 2009, p. 7-34, concluindo que: “Os bens jurídicos-penais não são – ou, ao menos, não devem ser – criados pelo direito. A difícil tarefa do direito penal não está, definitivamente, na sua produção, mas no seu adequado ‘reconhecimento’. No reconhecimento de realidades que transcendem a ordem jurídico-penal e condicionam, o seu âmbito legítimo de tutela”.

⁴⁹ ALEXANDRINO, *op. cit.* Em relação à propriedade, posiciona-se que: “O bem cultural não tem proprietário, pois não pertence nem ao titular privado da coisa a que inere, nem à administração do patrimônio cultural (nem mesmo no caso de o bem patrimonial integrar o domínio público), daí que o proprietário privado não disponha de nenhum direito. Os procedimentos e os actos ablativos (direito de preferência, expropriação, etc.) a que eventualmente haja lugar “têm por objecto o bem patrimonial e não o bem cultural, que já é público”.

⁵⁰ MARCHESAN, *op. cit.*, 2007, p. 49.

2 **Conceitos previstos em disposições normativas**

Em nível de conceituação legal, a Constituição Federal brasileira traz definição própria no art. 216, de que o nosso patrimônio cultural é constituído pelos “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”. A seguir, enumera de forma aberta e exemplificativa, e não restritiva, categorias de bens⁵¹ e de patrimônio cultural.⁵²

O Decreto-Lei nº 25/1937 do Brasil, traz como conceito que constitui “patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público”, tendo por suporte a “sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”.

A antiga Lei de Proteção Cultural de Portugal de 1985 previa no art. 1º que: “todos os bens materiais e imateriais que pelo seu reconhecido valor próprio, devam ser considerados como de interesse relevante para a permanência e identidade da cultural portuguesa através do tempo”.

A Comissão Sérulo Correia, responsável pela reforma da lei de proteção portuguesa, no seu Relatório Intercalar de Lisboa do ano de 1998 aponta que os “bens culturais constituíram-se na categoria jurídica à volta da qual muitos dos regimes do patrimônio cultural se têm estruturado e reinterpretado”, estando-se diante de um instituto relativamente estabilizado, o qual pressupõe fundamentalmente: “a presença de um bem imaterial (criação jurídica) ancorado num suporte material (excepcionalmente imaterial ou desmaterializado).⁵³

Já a atual Lei de Portugal nº 107/2001, sobre “as bases da política e do regime de proteção e valorização do patrimônio cultural”, conceitua no seu art. 2º, nº 1 que este é integrado por “todos os bens que, sendo testemunhos com valor de civilização ou de cultura portadores de interesse cultural relevante, devam ser objecto de especial protecção e valorização”. De acordo com o seu

⁵¹ O atual art. 215 da CF-BR refere os bens culturais: 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. [...]

§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; [...] IV democratização do acesso aos bens de cultura;

⁵² Dentre estes bens estão, art. 216: 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.

⁵³ Comissão Sérulo Correia, Relatório Intercalar da Comissão Encarregada de Apresentar uma Proposta de Lei de Bases do Patrimônio Cultural, Ministério da Cultura, Lisboa, 1998.

art. 14º são bens culturais “os bens móveis e imóveis”, que de algum modo “representem testemunho material com valor de civilização ou de cultura”.

E pelo nº 3 do art. 2º o interesse cultural relevante revela-se especialmente tendo em conta a representação do fator “histórico, paleontológico, arqueológico, arquitectónico, linguístico, documental, artístico, etnográfico, científico, social, industrial ou técnico, dos bens que integram o património cultural”, os quais venham a refletir “valores de memória, antiguidade, autenticidade, originalidade, raridade, singularidade ou exemplaridade”.

Com base na legislação portuguesa, Melo Alexandrino aponta que estamos diante de um conceito de bens culturais em vários sentidos. Em *sentido estrito*, o conceito decorre do art. 14, nº 1, da Lei 107/2001. Em *sentido amplo*, abrange ainda “os bens imateriais que constituam parcelas da identidade e da memória coletiva portuguesa” (artigos 2º, nº 4, e 91º da Lei nº 107); “os contextos dos bens materiais ou imateriais que com eles possuam uma relação interpretativa e informativa (art. 2º, nº 6 da Lei nº 107); bem como “outros bens imateriais ou valores culturais não tutelados” nesta lei ou que sejam objeto de lei própria”. E os bens em *sentido impróprio*, nas “hipóteses em que uma norma se refira a bens culturais sem que estas realidades integrem sequer o património cultural” (seria o caso da referência do art. 78º, nº 2, da Constituição de Portugal).⁵⁴

Na Itália o Decreto Legislativo nº 42/2004 institui o Código dos Bens Culturais e da Paisagem, o qual preceitua no seu artigo 2º que o seu património cultural é constituído pela paisagem e pelos bens culturais, sendo estes as coisas móveis e imóveis que tenham “interesse artístico, histórico, arqueológico, etno-antropológico, arquivístico e bibliográfico e outros identificados por lei ou com base na lei como prova com valor de civilização”.⁵⁵

Na Espanha a Lei nº 16/1985 prevê que o “Património Histórico Espanhol é a principal testemunha da contribuição histórica dos espanhóis à civilização universal e de sua capacidade criativa contemporânea”, conceituando no seu artigo 1º que este é constituído por “bens imóveis e móveis de interesse artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico ou técnico”, além dos de carácter imaterial, fazendo “parte deste património documental e bibliográfico, sítios e sítios arqueológicos, bem como sítios naturais, jardins e parques, com valor artístico, histórico ou antropológico”.⁵⁶

O Tribunal Constitucional da Espanha, por ocasião da decisão STC 17/1991, pronunciou-se sobre os bens que devem ser entendidos como património cultural, afirmando que a existência de um “estatuto peculiar de determinados

⁵⁴ ALEXANDRINO, *op. cit.*, 2011, p. 237.

⁵⁵ Disponível em: <<https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/testi/04042dl.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

⁵⁶ Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

bens que, por estarem dotados de singulares características, resultam portadores de valores que lhes fazem credores de uma especial consideração e proteção”. Sendo que tais bens são patrimônio cultural de todos os cidadãos espanhóis e também poderão ser de toda a comunidade internacional caso tenham alguma contribuição para ou tenham ingressado na história da cultura universal.⁵⁷

A Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (HAIA, 1954), define os bens culturais, independente da sua origem ou proprietário, como aqueles móveis ou imóveis “que apresentem uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos”, seja em nível de arquitetura, arte e história, religiosos ou laicos, sítios arqueológicos, edifícios, centros os conjuntos de construções, manuscritos, livros, coleções científicas e outros objetos de interesse cultural. Nesta linha, o II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos de Monumentos Históricos de 1964 origina a Carta de Veneza, tratou sobre a conservação e restauração de monumentos e sítios que possuam significância cultural, sejam eles urbanos ou rurais, e independentes do tipo de criação que albergam.

Por sua vez, pelo art. 2º da Convenção UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado) sobre bens culturais roubados ou ilicitamente exportados, consideram-se *bens culturais* aqueles que, “por motivos religiosos ou profanos, possuem importante valor arqueológico, pré-histórico, histórico, literário, artístico ou científico” e que integram uma das categorias enumeradas o anexo da Convenção, promulgada em Roma, no ano de 1995.⁵⁸ Tal diploma foi incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto nº 3.166/1999.

Já pela Convenção da UNESCO de Paris 1972, o patrimônio cultural mundial “é constituído por bens de interesse excepcional, de valor universal, por vezes testemunhos únicos”, pertencentes não apenas à nação na qual se encontram, mas a toda a humanidade, a qual cabe a sua “defesa e salvaguarda de modo a assegurar a sua transmissão às gerações futuras”, já que a sua perda acarretaria o “empobrecimento do património de todos os povos do mundo.”⁵⁹ Tal Convenção divide os bens culturais em: *monumentos, conjuntos e locais de interesse*.⁶⁰

⁵⁷ ACEDO PENCO; PERALTA CARRASCO, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁸ Disponível em: <<http://www.patrimoniocultural.gov.pt/static/data/recursos/formularios/deolinda4.11.2017/diplomaresolucaodaassembleiadarepublican342000.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2022.

⁵⁹ GALHARDO, Manuela. As convenções da UNESCO no domínio do património cultural, *Direito do património cultural*, *op. cit.*, p. 97; e SANTOS, António Marques dos. Projecto de Convenção do UNIDROIT sobre a restituição internacional dos bens culturais roubados ou ilicitamente exportados. In *Direito do património cultural*, *op. cit.*, p. 61-79.

⁶⁰ Art. 1º – Para fins da presente Convenção serão considerados como património cultural: *Os monumentos.* – Obras arquitectónicas, de escultura ou de pintura monumentais, elementos de estruturas de carácter arqueológico, inscrições, grutas e grupos de elementos com valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência;

Naquilo que interessa ao presente estudo, no tocante aos bens culturais materiais e, em especial aos imóveis, e da análise comparativa do sistema brasileiro e português, são três as suas categorias. Primeiro, “os *Monumentos*: são obras de engenharia e arquitetura, escultura ou pintura monumentais; elementos ou estruturas arqueológicas (como grutas, cavernas e inscrições); grupos de elementos de valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência”.⁶¹

Também, os *Conjuntos*: os quais são grupos de construções reunidos ou isolados, mas que pela sua arquitetura, unidade e “integração na paisagem, têm um valor universal excepcional” para a história, arte ou ciência. E os *Sítios*: que são “obras do ser humano ou obras conjugadas deste e da natureza, bem como zonas” (como sítios arqueológicos) com “um valor universal excepcional do ponto de vista estético, etnográfico ou antropológico”.⁶²

Enquanto divisão do Patrimônio Cultural, estes se compartimentam em três grandes categorias de elementos. Primeiramente, os da natureza e meio ambiente, como recursos naturais e paisagem. Segundo os referentes ao conhecimento, às técnicas de saber e ao saber fazer (elementos não tangíveis). E o Terceiro que reúne os chamados “bens culturais que englobam toda sorte de coisas, objetos, artefatos e construções obtidas a partir do meio ambiente e do saber fazer.” Todos eles, merecedores e necessitados de preservação.⁶³

Quanto a nós, dentro do estudo em pauta, conceituamos o patrimônio cultural como os bens materiais e imateriais, móveis e imóveis, isolados e em conjunto, públicos e privados, com e sem valor comercial, os quais por sua ligação direta ou indireta com a história, a sociedade e com fatores arqueológicos, etnográficos, artísticos, estéticos, bibliográficos, memoráveis, científicos, turísticos, paisagísticos e naturais (meio ambiente), possuem relevância que os distinguem dos demais, fazendo com que se revistam da qualidade de bem cul-

Os conjuntos. – Grupos de construções isoladas ou reunidos que, em virtude da sua arquitetura, unidade ou integração na paisagem têm valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência;

Os locais de interesse. – Obras do homem, ou obras conjugadas do homem e da natureza, e as zonas, incluindo os locais de interesse arqueológico, com um valor universal excepcional do ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico.

Disponível em: <<https://whc.unesco.org/archive/convention-pt.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2022.

⁶¹ GALHARDO, *op. cit.*, p. 98, anotando que o valor universal excepcional é um termo da UNESCO.

⁶² GALHARDO, *op. cit.*, p. 98.

⁶³ LEMOS, *op. cit.*, p. 8-10, explicando que o *como preservar* “pressupõe uma série infinita de atividades e de posturas perante o elenco de bens culturais do nosso patrimônio, implicando, inclusive, atuações interdisciplinares e julgamentos os mais variados”. E VARINE-BOHAN, Huges. *Patrimônio cultural. A experiência internacional*. Notas de aula, de 12 de agosto de 1974. Edição em convênio: Universidade de São Paulo, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo e Instituto do Patrimônio Artístico e Nacional, São Paulo, 1975, p. 24 e 66.

tural; impondo-se, pois, o direito e o dever de sua promoção e de preservação, pelos respectivos ramos jurídicos e mecanismos normativos.⁶⁴

Para além do valor monetário, ou da sua qualidade intrínseca, o brilho que faz reluzir os bens culturais são o seu interesse, enquanto referência de uma obra e um testemunho de cultura para a civilização. Em termos materiais, o bem físico é apenas aquilo que o materializa e exterioriza, pois o bem cultural vai além da massa física que lhe confere suporte. O objeto em si pertence ao proprietário, mas não é ele propriamente o dono exclusivo (no sentido imaterial de domínio absoluto), daquilo que se reveste este patrimônio, pois dotado de interesse social.

A partir da nota declaratória do seu reconhecimento, agregam-se funções estruturantes e um sistema próprio de tutela, adquirindo do ponto de vista normativo o *quilate de bem jurídico*; e, portanto, merecedor e necessitado da devida proteção legal, seja ela civil, administrativa e até penal. Por sua vez, quando se torna um “bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial”,⁶⁵ este selo singular de valia reconhecida, une-se ao mandado de criminalização do art. 216, §4º da Constituição Federal, dando suporte e sentido, por exemplo, à norma penal em branco do art. 62 da Lei nº 9.605/1998, a qual o protege de ataques que possam levar ao seu dano, por ação ou omissão.

3 Considerações finais

O conceito do patrimônio cultural mostra-se de grande importância naquilo que toca a definição e classificação de um determinado objeto como “bem cultural”.

O patrimônio cultural enquanto instituto encontra-se reconhecido em vários instrumentos normativos, não apenas em nível de legislação, mas, o que é de grande relevo, com espaço próprio em várias Cartas Constitucionais de diversos países, além de disposições oriundas da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

Diante do que, podemos concluir que o patrimônio cultural não representa apenas um direito, no sentido de ser assegurada a sua fruição, mas também se constitui num dever, que se projeta tanto em face dos particulares, como dos órgãos públicos, para assegurar a sua correta preservação e fruição.

⁶⁴ FLACH, Michael Schneider. A Consistência do Patrimônio Cultural, Conceito e Constitucionalização. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, ano XVII, n. 100, fev./mar. 2022, p. 166-167.

⁶⁵ FLACH, Michael Schneider. Crime e dano contra o patrimônio cultural por omissão. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, n. 85, ago./set. 2019, p. 88-92.

Referências

- ACEDO PENCO, Ángel; PERALTA CARRASCO, Manuel. *El régimen jurídico del patrimonio cultural*. Madrid: Dykinson, 2016.
- ALEXANDRINO, José de Melo. O conceito de bem cultural. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio. (Org.). *Direito da cultura e do património cultural*. Lisboa: AAFDL, 2011.
- ALIBRANDI, Tommaso; FERRI, Piergiorgio. *I beni culturali e ambientali*. Milão: Giuffrè, 1985.
- BARBATI, Carla; CAMMELLI, Marco; SCIULLO, Girolamo. Bologna: Il Mulino, 2003.
- BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno: séculos XVII e XVIII*. Lisboa: Edições 70, 1977, v. 1.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. 1. 4. ed., Coimbra, 2007.
- CASINI, Lorenzo. “Todo es peregrino e raro...”: Massimo Severo Giannini i Beni Culturali. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, anno LXV, n. 3, 2015.
- CEZZI, Gabriella de Giorgi. Lo statuto dei beni culturali. *Rivista di Arti e Diritto on line*, Aedon, n. 3, dic. 2001. Disponível em: <<http://www.aedon.mulino.it/archivio/2001/3/deggiorgi.htm>>. Acesso em: 8 ago. 2020.
- CORREIA, Fernando Alves. *Direito do património cultural*. Oeiras: AAVV, 1996.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- _____. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Património cultural e direito: alguns desafios contemporâneos. In: GONÇALVES, Luís Couto *et al.* (Org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 1.371-1.384.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira. Normas de proteção ao património cultural brasileiro em face da Constituição Federal e das normas ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, RT, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 18-19, abr./jun. 1997.
- CHOAY, Françoise. *A alegoria do património*. 4. ed., São Paulo: Unesp, 2006.
- D’ÁVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 80, set./out. 2009, p. 7-34.
- DÍEZ PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Tomo II. Madrid: Tecnos, 2015.
- FLACH, Michael Schneider. A Consistência do Patrimônio Cultural, Conceito e Constitucionalização. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, ano XVII, n. 100, fev./mar. 2022, p. 156-185.
- _____. Crime e dano contra o património cultural por omissão. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, n. 85, ago./set. 2019, p. 86-113.

FONTAL MERILLAS, Olaia. El patrimonio cultural para el futuro: in paso por la postmodernidad. In: GARCÍA OTERO, Juan Maria. (Org.). *I Congreso Iberoamericano del Patrimonio Cultural*. Madrid: Asociación Española de Gestores de Patrimonio Cultural, 2011.

FRANÇA, José-Augusto. O património cultural – sentido e evolução. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares. (Org.). *Direito do Património Cultural*. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1996.

GALHARDO, Manuela. As convenções da UNESCO no domínio do património cultural. In: MIRANDA, Jorge; CLARO, João Martins; ALMEIDA, Marta Tavares. (Org.). *Direito do Património Cultural*. Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1996.

GALVÃO JUNIOR, José Leme. A preservação do patrimônio cultural como direito à memória. In: *Patrimônio Cultural Brasileiro*. Poder Judiciário, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2022, p. 15 e 18.

GIANNINI, Massimo Severo. *Difesa Dell'ambiente e del Patrimonio Naturale e Culturale*. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. I beni culturali. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1976.

_____. *Uomini, leggi e beni culturali*. Milano: Giuffrè, 1971.

GOMES, Carla Amado. O património cultural na constituição. In: *Textos dispersos de Direito do Património Cultural e do Urbanismo*. Lisboa: AAFDL, 2008.

GONZÁLES-VARAS, Ignacio. *Conservación de bienes culturales: teoría, historia, principios y normas*. Cátedra: Madrid, Cátedra, 1999.

JARAMILLO URIBE, Germán. Nuevos desafíos entre el discurso oficial y local del patrimonio cultural inmueble. *Revista Territorios 44*, Bogotá, 2021, p. 1-21. Disponível em: <<https://eds.p.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=9&sid=8bc2a033-8779-4298-96db-3d4b4837fb39%40redis>>. Acesso em: 8 maio 2022.

LEMOS, Carlos A. C. *O que é patrimônio histórico*. 5. ed., São Paulo: Brasiliense, 1987.

MANTILLA, César Uzcátegui. El patrimonio cultural bajo la luz de la globalización y el multiculturalismo. In: GARCÍA OTERO, Juan María. (Coord.). *I Congreso Iberoamericano del Patrimonio Cultural*. Madrid, 2001.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A Importância da Preservação do Patrimônio Cultural na Pós-Modernidade. In: FREITAS, Vladimir Passos de. (Org.). *Direito Ambiental em Evolução 4*. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. *A Tutela do Patrimônio Cultural sob o Enfoque do Direito Ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARTINI, Goastone. *Disciplina urbanística e tutela del patrimonio storico artistico e paesistico*. Milano: Giuffrè, 1970.

MIRANDA, Jorge. O património cultural na constituição portuguesa. In: RAMOS, José Luís Bonifácio; CLARO, João Martins. *Novos Estudos de Direito do Património Cultural*. Tomo II, Vila Franca de Xira: Petrony, 2019.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Introdução ao patrimônio cultural*, Belo Horizonte: Editora 3i Ltda., 2021.

MONTERROSO MONTERO, Juan M. *Protección y Conservación del Patrimonio. Principios teóricos*. Santiago de Compostela: Tórculo, 2001.

NABAIS, José Casalta. Considerações sobre o quadro jurídico do património cultural em Portugal. *Revista de Direito da Cidade*, v. 2, n. 1, p. 1-19. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/11285>>. Acesso em: 2 maio 2022.

_____. *Introdução ao direito do património cultural*.

_____. Noção e âmbito do direito do património cultural, *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, ano III, n. 2, 2000, p. 11-38. Disponível em: <<https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/5721/3/revcedoua6%20art.1%20CASNAB.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2022.

OROSCO PARDO, Guillermo; PÉREZ ALONSO, Esteban J. *La tutela civil y penal del patrimonio histórico, cultural o artístico*. Madrid: Mac Graw Hill, 1996.

PAIVA, Carlos Magno de Souza. *Direito do patrimônio cultural. Autonomia e efetividade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

_____. A intensidade normativa e o núcleo essencial do direito ao patrimônio cultural: considerações em tempo de isolamento social. *Revista do Ministério Público do RS*, n. 91, jan./jun. 2022, p. 145-58.

PASTOR PÉREZ, Ana; DÍAZ-ANDREU, Margarita. Evolución de los valores del patrimonio. *Revista de Estudios Sociales*, n. 80, abr. 2022. Disponível em <<https://revistas.uniandes.edu.co/doi/full/10.7440/res80.2022.01>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

PEREIRA JÚNIOR, Magnos Vasconcelos. Patrimônio cultural e institucionalização da memória coletiva. *Biblio 3 W, Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, v. XXIII, n. 1239, jun. 2018.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Contributos para uma perspectiva histórica do direito do património cultural em Portugal. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio. (Org.). *Direito da cultura e do património cultural*. Lisboa: AAFDL, 2011.

QUINTERO, Alberto Blanco-Urbe. El derecho humano al paisaje y la calidad de vida. In: BREWER-CARÍAS, Allan R.; CORAO, Carlos Ayala. *Libro homenaje al Dr. Pedro Nikken*. Caracas: Jurídica Venezolana, 2021.

ROLLA, Giancarlo. Bienes culturales y constitución. Trad. de Emilio Calderón Martín. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, ene.-abr. 1989, n. 2, p. 168-172.

SARAIVA, Antônio José. *O que é cultura*. Lisboa: Difusão Cultura, 1993.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Bens culturais e proteção jurídica*. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1997.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Direito quântico – ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

TUGORES TRUYOL, Francesca; FERRER PLANAS, Rosa. *Introducción al patrimonio cultural*. España: Trea, S. L., 2006.

VAQUER, Marcos. *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos em la constitución española*. Madrid: Centro Editorial Ramón Areces, 1998.

VARINE-BOHAN, Huges. *Patrimônio cultural. A experiência internacional*. Notas de aula, de 12 de agosto de 1974. Edição em convênio: Universidade de São Paulo, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo e Instituto do Patrimônio Artístico e Nacional, São Paulo, 1975.