



# INCIDÊNCIAS DA TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÓNIO CULTURAL EM PORTUGAL E NO BRASIL

IMPLICATIONS OF THE LEGAL TREATMENT OF CULTURAL HERITAGE IN PORTUGAL AND BRAZIL

JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS\*

## RESUMO

Trata-se de um fragmento da conferência de abertura do I Encontro Internacional de Direitos Culturais da UFRSA, realizada em Mossoró, 2017. O objetivo desta apresentação foi abordar uma noção geral de bem cultural em cotejo com os diferentes planos normativos concretizados tanto em Portugal quanto no Brasil, identificando suas zonas de proteção e posterior ênfase no patrimônio cultural subaquático. Após revisão e atualização, a conferência tomou formato de artigo e passa a ser compartilhada com os leitores brasileiros<sup>1</sup>.

**Palavras-chave:** Direito; Cultura; Patrimônio.

## ABSTRACT

This is a fragment of the opening conference of the First International Meeting of Cultural Rights of UFRSA, held in Mossoró, 2017. The purpose of this presentation was to address a general notion of cultural asset in comparison with the different normative plans concretized both in Portugal and in Brazil, identifying their protection zones and subsequent emphasis on underwater cultural heritage. After reviewing and updating, the conference was formatted as an article to be shared with Brazilian readers<sup>2</sup>.

**Keywords:** Law; Culture; Patrimony.

\* Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas.

Professor Associado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal (FDUL).

*jramos@fd.ulisboa.pt*

Recebido em 6-2-2018 | Aprovado em 6-2-2018<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Elaborado pelos Editores.

<sup>2</sup> Written by Editors.

<sup>3</sup> Artigo convidado. Texto com o qual o autor participou do evento “I Encontro Internacional de Direitos Culturais da UFRSA” – organizado em 09 a 12 out 2017.



## SUMÁRIO

### CONSIDERAÇÕES GERAIS; 1 DA NOÇÃO DE BEM CULTURAL; 2 OS DIFERENTES PLANOS NORMATIVOS; 3 AS ZONAS DE PROTEÇÃO; 4 O PATRIMÓNIO CULTURAL SUBAQUÁTICO; CONCLUSÕES

#### ■ CONSIDERAÇÕES GERAIS

Em primeiro lugar, devo agradecer, muitíssimo, ao Professor Rodrigo Vieira Costa, o convite para participar no I Encontro Internacional de Direitos Culturais do Semiárido, na UFERSA de Mossoró. Convite, aliás, que fora formulado, primeiramente, no ano transacto e que neste ano se renovou e concretizou. Devo dizer, a esse propósito, que aceitei o convite com muito gosto. Não só porque o Rio Grande do Norte é um dos Estados que prefiro, como tenho especial apreço e admiração pelo Professor Rodrigo Vieira Costa enquanto entusiasta estudioso das matérias atinentes ao Direito da Cultura e do Património Cultural. Aliás, permito-me evocar o evento em que nos conhecemos — o I Congresso Luso Brasileiro de Património Cultural, realizado em Ouro Preto, Minas Gerais. Salvo erro, em Março 2011. Depois já nos encontramos em outros momentos, designadamente em Seminários, Mesas Redondas ou Congressos que tiveram lugar em Fortaleza e Lisboa, sem prejuízo de uma estimulante troca de correspondência acerca da temática cultural.

Em segundo lugar, umas palavras, em jeito de introito, explicativas do tema proposto. Ou seja, porque procurarei reflectir acerca de alguns aspectos do direito português e brasileiro, escolhi o seguinte título: Incidências da Tutela Jurídica do Património Cultural em Portugal e no Brasil. Deste modo, cumpre indagar sobre alguns tópicos atinentes à problemática protectora do património cultural que, de algum modo, contrastem nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil, sem que, no entanto, esta análise procure resvalar para uma abordagem de direito comparado. Ora, isso requer outros instrumentos e outra metodologia<sup>4</sup>, além de conhecimentos mais aprofundados, acerca do direito brasileiro de que não disponho.

Esclarecidos os pressupostos da minha comunicação, importa ainda indicar as incidências que me permitirei abordar, no tempo que me foi destinado. Por conseguinte, além da ideia de bem cultural, procurarei reflectir acerca de alguns aspectos dos níveis normativos de protecção do património cultural, concretizados no plano constitucional, legal e regulamentar. Em especial, a ideia do Estado de Cultura, a função das zonas de protecção gerais e especiais e, por último, uma temática que tem merecido um estudo especial de minha parte- o património cultural subaquático. Estas escolhas, em especial as duas últimas, ficam a dever-se ao contraste apresentado entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português que, por isso, justificam reflexão e propiciam um natural debate de ideias.

#### 1 DA NOÇÃO DE BEM CULTURAL

<sup>4</sup> Acerca das modalidades de comparação jurídica e das funções propiciadas pelo Direito Comparado, cf. VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. v. 1. 3. ed. Coimbra, 2015, p. 19 e ss.

Quanto à ideia de *bem cultural* ou de *património cultural*, uma vez que equiparamos as duas expressões, reconhecemos a dificuldade da sua caracterização, atendendo, sobretudo, à polissemia dos termos empregues e à convivência imprecisa e difusa com outros substantivos conotados com o universo cultural. Designadamente a *obra de arte*, o *objecto artístico*, o *objecto histórico*, o *monumento histórico ou cultural*, o *tesouro*, o *bem arqueológico*, o *bem paleontológico* e o próprio *bem ambiental*. Com efeito, como procurámos demonstrar noutra oportunidade, o bem cultural revela-se a locução mais ampla e mais abrangente sem que isso pretenda significar uma intencionalidade de suprimir aqueles outros termos<sup>5</sup>. Ou seja, um objecto artístico é um bem cultural, como o é, de idêntico modo, o bem arqueológico, um tesouro, um monumento histórico, um bem paleontológico ou mesmo um bem subaquático.

Subsequentemente importa dilucidar a *distinguo* entre bens culturais materiais e bens culturais imateriais. Assim, bem sabendo que o património imaterial ou o conjunto dos bens culturais imateriais deve integrar a tipologia atinente aos bens culturais, não é menos verdade que existem importantes diferenças entre estas duas categorias de bens que importa não esquecer. Aliás, a esse propósito, Fechner afirma que o bem cultural não pode incluir o bem imaterial por dizer respeito a uma realidade fisicamente tangível<sup>6</sup>. No entanto, sendo certo de que este autor está a ser demasiadamente restritivo, sustentamos que os bem imateriais ainda são bens culturais, devendo constar da respectiva tipologia. Contudo, importa não escamotear as diferenças que resultam, de modo muito especial, dos respectivos regimes jurídicos de protecção e de preservação<sup>7</sup>, motivados por diferenças essenciais recíprocas.

Como sabemos, os direitos reais, designadamente a posse e a propriedade, aplicam-se ao aproveitamento de coisas corpóreas, ao passo que o direito de autor dispõe de mecanismos diversos, destinados a regular os bens intelectuais, enquanto bens imateriais. Por conseguinte, enquanto o aproveitamento de coisas corpóreas, propiciado pelos direitos reais, é assegurado pelo exclusivo controlo do seu objecto, de uma coisa determinada, os bens autorais revelam uma característica distinta, a ubiquidade, destinada a permitir que diversos sujeitos, situados em locais diferenciados, um dos outros, fruam de uma mesma obra intelectual<sup>8</sup>. Ademais, ainda quanto aos direitos autorais, importa dilucidar entre o denominado *corpus mysticum*, relativo à obra ou bem imaterial, e o *corpus mechanicum*, atinente a seu suporte físico<sup>9</sup>.

Importa não esquecer que o património cultural imaterial é constituído por práticas, representações, expressões, conhecimentos e aptidões a que, quanto muito, se lhe associam instrumentos e artefactos que as comunidades, os grupos e os indivíduos reconheçam como fazendo parte integrante daquele património<sup>10</sup>. Ou seja, o património cultural imaterial manifesta-se, nomeadamente, nas tradições e expressões orais; artes do espectáculo; práticas sociais, rituais e eventos festivos; conhecimentos e práticas relacionadas com a natureza e o universo ou aptidões ligadas ao artesanato tradicional<sup>11</sup>. Mormente, o património cultural

<sup>5</sup> Vide nosso *Achamento de Bens Culturais Subaquáticos*, Lisboa, 2008, pp. 299 e segs.

<sup>6</sup> Cf. Frank Fechner, "Prinzipien des Kulturgüterschutzes: Eine Einführung" in *Prinzipien des Kulturgüterschutzes: Ansätze im deutschen, europäischen und internationalen Recht*, coord. por Frank Fechner, Thomas Oppermann e Lyndell Prott, Berlim, 1996, p. 18.

<sup>7</sup> A este propósito, Anette Hipp, *Schutz von Kulturgütern in Deutschland*, Berlim, 2000, p. 11 e segs.

<sup>8</sup> Cf. Luís Menezes Leitão, *Direito de Autor*, Coimbra, 2011, pp. 11-2.

<sup>9</sup> Cf. Rodrigo Rodríguez-Cano, *Manual de Propriedad Intelectual*, 6ª ed., Valência, 2015, pp. 20-1.

<sup>10</sup> Cf. nº 1 do artigo 2º da Convenção para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial de 2003.

<sup>11</sup> Cf. nº 2 do artigo 2º da Convenção para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial de 2003.

imaterial deve ser transmitido de geração em geração, recriado pelas comunidades e grupos, em função do seu meio, da sua interacção com a natureza e da sua história, incutindo-lhes um sentimento de identidade e de continuidade, contribuindo para a promoção do respeito pela diversidade cultural e pela criatividade humana.

Na verdade, o conteúdo da própria Convenção da UNESCO, adoptada em Paris em 2003, reconhece a importância do património imaterial, gerador da diversidade cultural e garante do desenvolvimento sustentável. Aí são notórias as diferenças em face do património material. Basta atentar, por um lado, num bem material, v.g. um quadro, uma estátua ou um objecto arqueológico ou, por outro, num bem imaterial, v.g. uma prática ritual, social ou festiva. Ademais, cumpre evocar aqueles que distinguem os bens culturais-actividade e os bens culturais-coisa<sup>12</sup>, correspondendo, aos bens culturais imateriais, a primeira categoria e a segunda, aos bens culturais materiais. Bem como o testemunho dos que estudaram a história dos bens de Cultura, quando reconhecem as alterações efectuadas em diversos textos legais, de forma a adaptar o regime vigente às especificidades dos bens culturais imateriais<sup>13</sup>. Ou ainda aqueles que sublinham a especificidade da protecção do património cultural material, em face do conjunto de bens integrantes do património imaterial<sup>14</sup>.

Em suma, se reconhecemos a importância do património cultural imaterial, as diferenças estruturais e de regime jurídico, tanto no direito interno, como no direito internacional, do qual a Convenção da UNESCO para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial é um bom exemplo, não podem ser escamoteadas. Destarte, se recusamos qualquer tentativa de esbatimento daquelas diferenças, em prol de uma visão unitária, centralista ou tendencialmente uniformizadora, não podemos acompanhar aqueles que procuram identificar aspectos imateriais, no património cultural material, e um alegado suporte físico, no património cultural imaterial<sup>15</sup>, de modo a procurar demonstrar uma unicidade que carece de suporte e fundamentação. Rejeitando, portanto, a unicidade ou perspectiva demasiadamente unitária, alude-se ao risco de patrimonialização do imaterial<sup>16</sup>, recusando uma ideia de uniformidade, em prol da defesa de um regime jurídico que permita distinguir a protecção e valorização dos bens culturais imateriais dos bens culturais materiais<sup>17</sup>.

Por outro lado, ainda acerca da noção de bem cultural, dilucidada a *distinguo* entre bem material e imaterial, uma palavra para a locução cultural. Na verdade, se a Cultura desempenha um papel de referência, de chave mestra do ordenamento jurídico, o substantivo cultural permite uma melhor compreensão. Daí importar referir que a ideia de Estado de Cultura deve ser afastada do património cultural. Consequentemente, a liberdade do indivíduo e o reconhecimento do Direito à Cultura relega o Estado para o papel de garante da intervenção cultural do Homem na sociedade, não permitindo que o poder público intervenha activamente no domínio cultural<sup>18</sup>. Isso compromete, como não pode deixar de ser, a ideia

<sup>12</sup> Cf. Sabino Cassese, “I Beni Culturali da Bottai a Spadolini”, in *Amministrazione dello Stato*, Milão, 1976, pp. 57 e segs.

<sup>13</sup> Cf. Lyndell Prott, “Normas Internacionales sobre el Patrimonio Cultural” in *World Culture Report*, Paris, 1999, p. 223.

<sup>14</sup> Cf. Sérvulo Correia, “Procedimento de Classificação de Bens Culturais” in *Direito do Património Cultural*, coord. por Jorge Miranda, João Martins Claro e Marta Tavares de Almeida, Lisboa, 1996, p. 330.

<sup>15</sup> Neste sentido, Mário Pragmácio Telles, “Património Cultural Imaterial do Rio de Janeiro: Uma Construção da Identidade Cultural Carioca?” in *Conflitos Culturais: Como Resolver? Como Conviver?*, coord. Humberto Cunha Filho, Fortaleza, 2016, pp. 211-2.

<sup>16</sup> Cf. João Martins Claro, “Aspectos Jurídicos do Património Cultural Imaterial” in *Separata de Museus e Património Imaterial*, Lisboa, 2009, p. 143.

<sup>17</sup> Cf. João Martins Claro, “Aspectos Jurídicos...” in op. cit., p. 143.

<sup>18</sup> Cf. Max-Emanuel Geis, *Kulturstaat und kulturelle Freiheit*, Baden-Baden, 1990, p. 21.

do Estado de Cultura, dado que a Cultura não se destaca por referência ao Estado, mas existe para além dele.

## 2 OS DIFERENTES PLANOS NORMATIVOS

Diferente do Estado de Cultura será a tónica que encontra na teoria da Constituição o paradigma da Ciência Cultural. Deste modo, como explica Häberle, a Constituição não se reconhece apenas enquanto obra normativa, mas representa o estádio de desenvolvimento cultural de uma determinada comunidade e, sobretudo, assume-se como meio de auto-representação cultural de um povo<sup>19</sup>. Além disso, não deparamos, propriamente, com um arquétipo cultural, mas com culturas ou sub-culturas. Com efeito, se a Cultura não deve significar uma visão dirigista do Estado, pois nem representa algo de unitário, dada a pluralidade de referências que encerra, assente na liberdade do indivíduo. Daí que, em face do pluralismo e da diversidade cultural, faz mais sentido adoptar o qualificativo *cultural*. Assim, *cultural* será tudo aquilo que permita ou favoreça a sobrevivência de uma Cultura pelo que a observância das políticas mas também do bens de cultura ou bens culturais revele primacial importância. Em suma, a ideia de Cultura, transmite-se mais através de objectos, através dos bens culturais, do que por meio de ideias ou teorias, tantas vezes desajustadas de uma realidade em constante devir.

Devemos também sublinhar a ideia de teoria da Constituição enquanto Ciência da Cultura. Recordemos que Häberle, não satisfeito com o plano nacional atinente a cada uma das constituições estaduais, defendeu a ideia de cultura jurídica europeia, identificando as características identitárias. Por conseguinte, se a Cultura é objecto da constituição estadual, devemos atentar nos planos supra estaduais e até infra-constitucionais. Não devemos olvidar a importância de outros instrumentos internacionais, como as convenções internacionais ou os Regulamentos e Directivas da União Europeia, onde grande parte da problemática da protecção dos bens culturais se coloca e se tudo se joga. Será, em nossa opinião estultícia reduzir o debate do património cultural a um debate meramente de índole constitucional.

Contudo, o objecto da presente comunicação não permite, obviamente, uma análise exaustiva destes planos, pelo que nos permitimos destacar, apenas alguns tópicos ou incidências, ilustrativos de diferentes opções legislativas, sem que isso signifique, muito naturalmente, qualquer juízo de índole qualitativa. Tanto mais que somos daqueles que, no que respeita aos assuntos em apreço, somos críticos de qualquer das soluções apresentadas, sobretudo, no que diz respeito ao ordenamento jurídico português.

## 3 AS ZONAS DE PROTECÇÃO

A experiência demonstrou que as sanções de natureza civil e administrativa, aplicáveis aos bens ambientais e culturais não bastaram para os proteger. Foi necessário erigir instrumentos capazes de punir as actividades e as condutas lesivas do património cultural. Na verdade, quanto a este aspecto, devemos fazer notar que a Constituição portuguesa não

<sup>19</sup> Cf. Peter Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª ed., Berlim, 1996, pp. 30 e segs.

prevê uma obrigação de criminalizar os atentados ao património cultural, ao invés da Constituição brasileira. Esta última determina, salvo erro, no artigo 216º, o seguinte: “os danos e ameaças ao património cultural serão punidos na forma da lei”. Mas isso não significa que, no que respeita à Constituição portuguesa, a protecção da Cultura e do património cultural deixem de estar tutelados constitucionalmente. Pelo contrário. Aliás, o artigo 9º enumera, enquanto tarefas fundamentais do Estado, a protecção e a valorização do património cultural e, além disso, diversos outros preceitos aludem à problemática de preservação, defesa e valorização do património cultural.

Todavia, é ao nível da legislação ordinária que o ordenamento jurídico atinente à protecção do património cultural se concretiza com maior eficácia e visibilidade. E será a propósito desse plano que destacaremos as zonas de protecção. Apesar de não ter possibilidade de explicitar, por falta de tempo, as origens do quadro normativo daquelas zonas protectoras, designadamente a ideia moderna de monumento, assumindo um valor histórico preponderante, de acordo com as ideias do historicismo romântico<sup>20</sup>, diremos que a tutela se concentrou, fundamentalmente, na conservação do bem cultural imóvel. Ao passo que, no que respeita ao património cultural móvel, as preocupações eram de outra índole, ligadas, por exemplo, à contestação relativa à apropriação de bens dos povos vencidos e a correlativa exigência da sua repatriação. Efectivamente e a esse propósito, importa recordar o arqueólogo Quatremère de Quincy quando protestou contra retirada de obras de arte aos vencidos, porque, em seu entender, não haveria vantagem em as trazer para os museus franceses, anunciando até a sua preferência pela filiação numa República Geral das Artes e das Ciências<sup>21</sup>.

Atentando na problemática do património imóvel, importa referir os aspectos atinentes à classificação e, de modo especial, à especificidade das zonas de protecção. Porque, para além da conservação do monumento, em si mesmo, cumpre atentar na relação do bem com o espaço envolvente. Por isso, a valorização do monumento não fica completa sem a garantia do seu desafogo, enquanto condição da correlativa fruição estética, pelo que o espaço pode ser profundamente alterado, de modo a fazer sobressair o monumento<sup>22</sup>. Ou mesmo sem tal desafogo que viria a ser minimizado, em momento ulterior, era importante atentar no ambiente em que o monumento se insere<sup>23</sup>.

Para que isso sucedesse, foi necessário destruir ou reafectar construções que se encontravam nas imediações de um determinado monumento, na actualidade, as zonas de protecção assumem o propósito de proteger o bem cultural, face à pressão urbanística e à consequente tentativa de erigir algo que comprometa o espaço circundante do monumento. Daí que a Lei de Bases da Política e do Regime de Protecção e Valorização do Património Cultural portuguesa, a Lei nº 107/2001 de 8 de setembro, prescreve a imediata e automática cominação de uma zona geral de protecção de 50 metros, contados a partir dos seus limites externos, cujo respectivo regime será fixado por lei. Além disso, os bens imóveis classificados ou em vias de classificação devem dispor de uma zona especial, a fixar por portaria do órgão competente da administração central ou da Região Autónoma quando o bem aí se situar.

<sup>20</sup> Cf. Ignacio González-Varas, *Conservación de Bienes Culturales*, Madrid, 1999, pp. 34 e segs.

<sup>21</sup> Cf. Quatremère de Quincy, *Lettres sur le Préjudice qu' Occasioneraient aux Arts et à la Science le Déplacement des des Monuments de l' Art de l' Italie, de Démembrement de ses Écoles et la Spoliation de ses Collections*, Paris, 1796, pp. 2 e segs

<sup>22</sup> A este propósito, cf. Flávio Lopes, “Zonas de Protecção ao Património Classificado: Conceito e Norma” 2016, n. ed., p. 4.

<sup>23</sup> cf. Flávio Lopes, “Zonas...” in op. cit., p. 9.



Por seu turno, o Decreto-Lei nº 309/2009 de 23 de Outubro, que concretiza a Lei de Bases, reitera a automaticidade da zona geral de protecção mas, em alternativa, prevê uma zona especial de protecção provisória, a fixar quando a zona geral de protecção se revele insuficiente ou desadequada para a protecção e valorização do bem imóvel. Por conseguinte, o conteúdo da zona especial de protecção pode especificar zonas *non aedificandi*; áreas de sensibilidade arqueológica com graduação de restrições; bens imóveis ou grupos de bens imóveis que podem ser objecto de obras de alteração, nomeadamente quanto à morfologia, cromatismo e revestimento exterior dos edifícios; bens imóveis que, em circunstâncias excepcionais, podem ser demolidos.

A fixação das zonas de protecção destinam-se, sobretudo, a assegurar a conservação do bem, a sua utilização nas melhores condições, preservar a relação informativa e interpretativa do local e da respectiva implantação, assegurar a valorização do seu enquadramento paisagístico e as perspectivas da sua contemplação<sup>24</sup>. Todavia, Independentemente do pormenor das regras jurídicas aplicáveis e até dos objectivos a extrair daqueles dispositivos, importa constatar que, na maioria das vezes, as zonas de protecção de bens imóveis classificados, incluindo monumentos, apresentam um perímetro de 50 metros. Isso tem a ver com a ausência, na maior parte dos casos, de zonas especiais de protecção, com a necessidade de evitar decisões díspares e, por outro lado, afastar exigências desnecessárias para os particulares. De qualquer modo, somos daqueles que critica a uniformidade tendencial, porque cada caso é um caso e deve ser pensado como tal.

Contudo, se criticamos a generalização que olvida o caso concreto, temos grandes dúvidas em atribuir, a propósito deste circunstancialismo, mais poderes às entidades locais. Porque se o estabelecimento de restrições deve compatibilizar o património com o ordenamento do território, graduação das medidas de protecção ao estritamente necessário, articulação com a administração autárquica, limitação da discricionariedade da administração na apreciação das operações urbanísticas, não é menos verdade que cumpre indagar da existência de vantagens em alterar este regime, dotando um acréscimo dos poderes das cidades ou dos municípios, como julgo que sucede no Brasil. Pelo menos, é a minha leitura do vosso Estatuto das Cidades. Adianto a minha opinião. Sou contrário à municipalização do património cultural. Sobretudo, no que concerne aos Monumentos e Museus Nacionais. Na verdade, independentemente de algumas vantagens ténues, como será a inserção no meio, o conhecimento do território, existem sérias desvantagens. Sobretudo, a influência, não despidiêda, da promoção imobiliária e da construção civil em face à frágil gestão municipal ou regional.

Consequentemente, sem possuir um conhecimento aprofundado do vosso ordenamento, porque entendo a tónica muitíssimo relevante enquanto pista de reflexão, pretendo tecer algumas considerações sobre as medidas protectoras do Centro Histórico de Manaus. Pois o edital de notificação do tombamento daquele centro histórico, expedido pelo Instituto do Património Histórico Artístico Nacional (IPHAN), publicado na III Secção, do Diário Oficial da União de 22 de Novembro de 2010, determina que os bens situados na poligonal do entorno dos bens tombados gozam de protecção por meio do IPHAN, para os efeitos previstos no artigo 18º do Decreto-Lei nº 25, de 30 de Novembro de 1937. Mas, como sabemos, aquele preceito do Decreto de 1937 estipula que sem prévia autorização do Serviço do Património

<sup>24</sup> cf. Flávio Lopes, "Zonas..." in op. cit., p. 23.

Histórico e Artístico Nacional não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objecto, sob pena de multa.

Destarte, confrontando o edital de 2010 e o diploma de 1937, constatamos a ausência de fixação de distâncias mínimas que assumam algo de equivalente a zonas de protecção patrimonial. Estamos, antes, perante decisões pontuais do IPHAN, destinadas a assumirem flagrante discricionariedade, face às pretensões dos particulares de imóveis situados em locais distintos do mesmo entorno. Aliás, segundo me confidenciaram, um titular de um imóvel pode receber resposta completamente díspar do IPHAN do que um outro morador, mesmo seu vizinho defronte, no que respeita à faculdade de edificar.

A crescer ao plano normativo, convirá aludir a um recentíssimo acórdão do STF, de 30 de Junho de 2017, atinente à acção cível originária do Estado do Amazonas, nº 1966, acerca do Tombamento do Centro Histórico de Manaus. Aí, os réus eram a União e o IPHAN e o autor o Estado do Amazonas que alegou a imprecisão e a vacuidade da Portaria do IPHAN relativa ao Tombamento do Centro Histórico de Manaus de 2010, bem como do próprio Decreto-Lei nº 25/1937. Acrescentando a necessidade de adoptar medidas de participação da sociedade local, peticionando a não homologação do Tombamento do Centro Histórico da Cidade de Manaus.

Curiosamente, o Ministério Público sustenta o improcedimento da demanda afirmando, de modo deveras singular, que o instituto do tombamento tem regramento próprio e específico, não se lhe aplicando a previsão geral que faculta ao poder público a realização da audiência pública. Por seu turno, o Ministro Luiz Fux, depois de declarar que a Constituição de 1988, designadamente o artigo 216º recepcionou o Decreto nº 25/1937, entende ter ocorrido ampla defesa, ainda que o procedimento de tombamento não tenha sido entregue ao órgão estadual do Estado do Amazonas, em virtude de ter tido a possibilidade de se manifestar.

Em meu modesto entender, considero muito discutível e contraditória a fundamentação do Ministro Fux, quando conclui pela desnecessidade de consulta pública, em virtude de não estar prevista na lei de 1937. Porque, na verdade, se isso não sucede naquele diploma, importa não olvidar outros diplomas que se aplicam, necessariamente, a qualquer procedimento administrativo. Será, muito naturalmente, o caso da Lei nº 9.784 de 29 de Janeiro de 1999, destinada a regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, directa e indirecta. Curiosamente, este diploma que estabelece as normas básicas sobre o processo administrativo, visando, em especial, a protecção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da Administração determina, expressamente, a respectiva aplicabilidade aos órgãos dos poderes Legislativo e Judiciário, quando no desempenho da função administrativa, nos termos do § 1 do artigo 1º.

## 5 O PATRIMÓNIO CULTURAL SUBAQUÁTICO

Por último, ainda outra incidência. Ela é a relativa ao património cultural subaquático. Área tantas vezes esquecida ou desvalorizada em face do património monumental, dos conjuntos edificados, dos palácios, das obras de arte e até, mais recentemente, do património imaterial. Todavia, tanto Portugal como o Brasil possuem extensas costas marítimas onde se



localizam, segundo estimativas recentes, milhares de despojos culturais subaquáticos. Além disso, a questão ganhou outra centralidade com a aprovação em Paris, em 2001, da Convenção da UNESCO para a Protecção do Património Cultural Subaquático.

Ora, começando por este último tópico, apesar de não haver possibilidade, por escassez de tempo, de promover uma análise circunstanciada acerca da importância e alcance da Convenção da UNESCO, destacaremos alguns pontos que entendemos de especial relevo. Assim, quanto à noção de património cultural subaquático, aceita-se qualquer vestígio da existência do homem de carácter cultural, histórico ou arqueológico que se encontre parcial ou totalmente, periódica ou continuamente, submerso há, pelo menos, 100 anos<sup>25</sup>. Cumpre ainda destacar os sítios, as estruturas, os edifícios, os artefactos, os restos humanos, os navios, as aeronaves, os artefactos de carácter pré-histórico, os oleodutos e os cabos colocados no leito do mar. Ou seja, combina-se uma cláusula geral, os vestígios da existência do homem de carácter cultural, histórico ou arqueológico, com uma enumeração, ainda que não exaustiva, de alguns tipos de bens culturais subaquáticos.

Ademais, a Convenção proclama a preservação *in situ* enquanto princípio e opção prioritária, sobretudo antes de ser iniciada qualquer intervenção sobre o património subaquático<sup>26</sup>. Porém, aquele princípio não é incompatível com o acesso responsável e não intrusivo do público, para fins de observação e documentação, no sentido de promover e valorizar o património subaquático<sup>27</sup>. Ou seja, a Convenção não pretende erigir a preservação *in situ* como princípio absoluto, dirigido à imutabilidade da localização dos bens culturais subaquáticos, mas antes conciliar aquela preservação com a fruição dos bens, desde que isso não se mostre incompatível com a gestão do referido património.

Mencionamos ainda a imunidade soberana porque a Convenção declara, enquanto princípio geral, o reconhecimento da prática dos Estados e do Direito Internacional relativa às imunidades ou quaisquer direitos de um Estado sobre os seus navios e aeronaves<sup>28</sup>. Destarte, num preceito subordinado à epígrafe “imunidades”, prescreve que os navios de guerra e outros navios do Estado ou aeronaves militares com imunidade de jurisdição que operem com fins não comerciais observem, tanto quanto possível e razoável, o disposto nos artigos 9º, 10º, 11º, e 12º da Convenção, através da adopção de medidas apropriadas que não prejudiquem as operações ou a capacidade operacional de tais navios ou aeronaves<sup>29</sup>. Deste modo, se a imunidade dos navios de guerra ou de Estado havia sido reconhecida pela doutrina<sup>30</sup>, pelo Direito Internacional<sup>31</sup> ou até pelo Direito interno de alguns Estados<sup>32</sup>, obteve importância no articulado da Convenção. Aí resulta um compromisso, atribuindo

<sup>25</sup> Cf. nº 1 do artigo 1º da Convenção

<sup>26</sup> Cf. nº 5 do artigo 2º.

<sup>27</sup> Cf. nº 10 do artigo 2º.

<sup>28</sup> Cf. nº 8 do artigo 2º.

<sup>29</sup> Cf. artigo 13º.

<sup>30</sup> Cf. Günter Hoog, “Probleme der Immunität von Staatsschiffen” in *Archiv des Völkerrechts*, nº 20, 1982, pp. 314 e segs; Isabelle Pingel, “L’ Immunité des Navires de Guerre” in *La Mer et son Droit: Mélanges Offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Paris, 2003, pp. 79 e segs; Rob Regan, “Sovereign Immunity and the Lost Ships of Canada’s Historic Merchant Fleet” in *University of Toronto Faculty of Law Review*, nº 64, 2010, pp. 1 e segs.; Valentina Vadi, “War, Memory, And Culture: The Uncertain Legal Status of Historic Sunken Warships Under International Law” in *Tulane Maritime Law Journal*, nº 37, 2013, pp. 345 e segs.

<sup>31</sup> Destacamos, entre outras, a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, de 10 de Dezembro de 1982 e a Convenção de Salvação Marítima, assinada em Londres em 28 de Abril de 1989.

<sup>32</sup> Indica-se, a título de exemplo, a lei canadiana sobre imunidades que dedica uma parte do respectivo articulado à imunidade do navio. Cf. Secção 7 e seguintes da Lei do Canadá de 3 de Junho de 1982.

mais poderes ao Estado costeiro, sobre os bens situados no mar territorial, esbatendo tais atribuições no que respeita à zona económica exclusiva e à plataforma continental. Relativamente ao mar territorial, águas interiores e arquipelágicas, o Estado costeiro assume o dever de informar o Estado de pavilhão, parte na Convenção e, sendo caso disso, outro Estado com interesse legítimo, se ocorrer a descoberta de despojos de navios de guerra ou de Estado<sup>33</sup>. Ao invés, quanto aos despojos situados na zona económica exclusiva ou na plataforma continental, nenhuma intervenção poderá ser realizada sem o acordo do Estado de pavilhão<sup>34</sup>. No entanto, apesar das diversas restrições, motivadas pela dificuldade em compatibilizar as pretensões dos Estados costeiros e os Estados com titularidade sobre os despojos subaquáticos<sup>35</sup>, a Convenção da Unesco reconhece a imunidade dos navios de guerra e de Estado, naufragados há, pelo menos, mais de cem anos.

Por outro lado, declara não alterar os direitos e obrigações dos Estados partes relativamente à protecção de despojos subaquáticos, decorrentes de acordos bilaterais, regionais ou multilaterais, celebrados anteriormente, que não ponham em causa os princípios e os objectivos da Convenção<sup>36</sup>. Por seu turno, os Estados Partes são encorajados a celebrar outros acordos bilaterais e regionais ou a aprofundar os acordos existentes, podendo adoptar regras e regulamentos que garantam uma melhor protecção do que a prevista na própria Convenção<sup>37</sup>. Além disso, as partes podem convidar Estados com interesse legítimo, nomeadamente de natureza cultural, histórica ou arqueológica, a aderir a acordos bilaterais ou multilaterais, anteriormente celebrados<sup>38</sup>. Por isso, não será de estranhar a expectativa na proliferação de novos Acordos bilaterais<sup>39</sup> ou até multilaterais ou regionais<sup>40</sup>. A esse propósito, refira-se o Acordo relativo ao despojo La Belle<sup>41</sup>, celebrado em 2003, entre a República Francesa e os Estados Unidos da América. Na verdade, o Acordo reconhece a titularidade francesa sobre o despojo, aceitando que o despojo permaneça à guarda de uma Comissão que zelará por questões atinentes à sua preservação e conservação<sup>42</sup>. Algo de similar sucede no Acordo sobre o despojo do Titanic<sup>43</sup>. Assim, se a necessidade de proteger o despojo havia sido evidenciada na anterior lei americana, *RMS Titanic Maritime Memorial Act*<sup>44</sup> o Acordo entre Estados prossegue aqueles objectivos, de modo mais eficiente. Assim, embora tenha reconhecido o *status quo*, validando os atentados patrimoniais anteriormente cometidos, cumpre reconhecer a orientação claramente protectora do texto daquele Acordo. Não só proclama que o despojo assume

<sup>33</sup> Cf. n.º 3 do artigo 7.º.

<sup>34</sup> Cf. n.º 7 do artigo 10.º

<sup>35</sup> Sobre este assunto, Tullio Scovazzi, "The 2001 UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage" in *Italian Yearbook of International Law*, n.º 11, 2001, pp. 21-2.

<sup>36</sup> Cf. n.º 3 do artigo 6.º da Convenção.

<sup>37</sup> Cf. n.º 1 do artigo 6.º da Convenção.

<sup>38</sup> Cf. n.º 2 do artigo 6.º da Convenção

<sup>39</sup> Cf. Michail Risvas, "The Duty to Cooperate and the Protection of Underwater Cultural Heritage" in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2013, pp. 587 e segs.

<sup>40</sup> Quanto ao favorecimento de acordos de incidência regional propiciados pela Convenção, Tullio Scovazzi, "The Entry Into Force of the 2001 UNESCO Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage" in *Aegean Review Law Sea*, n.º 1, 2010, pp. 31 e segs

<sup>41</sup> Despojo correspondente a um navio militar francês, afundado em 1686, num local que correspondia, no momento da descoberta, em 1995, a águas territoriais americanas.

<sup>42</sup> Cf. artigos 1.º e seguintes do Acordo.

<sup>43</sup> Acordo subscrito, em 2004, pelo Canadá (país com maior proximidade do despojo), Reino Unido (Esta do de bandeira), República Francesa (nacionalidade do descobridor do despojo, Robert Ballard) e Estados Unidos da América.

<sup>44</sup> Cf. secção 2 do *RMS Titanic Maritime Memorial Act* de 1986.

uma importância histórica excepcional, como enfatiza a preservação *in situ* e o acesso público não intrusivo<sup>45</sup>.

Devemos sublinhar que a orientação da Convenção da UNESCO de 2001 não foi a de afastar, pura e simplesmente, a aplicabilidade dos outros regimes jurídicos. Na verdade, procurou adequar regimes jurídicos potencialmente aplicáveis. Assim, quanto à Convenção da ONU sobre o Direito do Mar, declara respeitar os direitos, a jurisdição e os deveres dos Estados decorrentes do Direito Internacional, enunciando o propósito de interpretar e aplicar a Convenção da UNESCO, no contexto e em conformidade perante o Direito Internacional. Além disso, não esquecer a relação com a lei dos salvados e com normas próprias da *law of finds*. Aliás, de registar que a ideia ampla de salvação marítima, decorrente da Convenção de 1989, inclui a recuperação de despojos subaquáticos<sup>46</sup>. Acerca da *law of finds*, erradamente traduzida por lei de achados, ela pode incidir sobre bens culturais subaquáticos.

De qualquer modo, apesar do hiato entre a aprovação e a sua entrada em vigor, a Convenção representa um instrumento muitíssimo relevante no sentido de promover uma adequada preservação do património cultural subaquático<sup>47</sup>. Além disso, e apesar de os respectivos dispositivos respeitarem a países que tenham depositado instrumentos de ratificação<sup>48</sup>, cumpre reconhecer a sua influência nos demais. Na verdade, entende-se que a recuperação e a eventual exploração de despojos subaquáticos tem merecido outra abordagem<sup>49</sup>.

Contudo, apesar destes aspectos positivos, importa sinalizar que muito há por fazer. Não só existem muitos países que não ratificaram a Convenção, como outros que, até a ratificaram, mas que, ao contrário do que seria de supor, nada alteraram no seu direito interno, conducente a efectivar a protecção do património cultural subaquático. Vejamos o caso português. Efectivamente, embora tenha ratificado a Convenção em 2006, a sua legislação interna não foi alterada, nem sequer mudou a inerte praxis dos organismos competentes no que respeita à protecção do património cultural subaquático português. Assim, se o Decreto-Lei nº 164/97 de 27 de Junho, relativo à actividade arqueológica em meio subaquático era claramente datado, anquilosado e contraditório, em finais dos anos noventa, como pensamos ter demonstrado<sup>50</sup>, a situação piorou após a entrada em vigor da Convenção da UNESCO. Na verdade, de modo a comprovar o que pretendemos dizer, deixaremos, em guisa de tópicos, algumas reflexões. A primeira delas incide sobre o conteúdo do artigo 2º do Decreto-Lei nº 164/97, sob epígrafe “Propriedade do Estado”. Sobretudo quando o preceito determina que o património cultural subaquático sem

<sup>45</sup> Cf. artigo 2º e seguintes do Acordo.

<sup>46</sup> Cf. Pierre Bonassies, “La Convention Internationale de 1989 sur l’ Assistance” in *Il Diritto Marittimo*, nº 105, 2003, pp. 361 e segs; Craig Forrest, “Historic Wreck Salvage. An International Perspective” in *Tulane Maritime Law Journal*, 2009, nº 33, pp. 347 e segs.

<sup>47</sup> A propósito, cf. Nadine Pallas, *Maritimer...op. cit.*, pp. 360 e segs. Mariano Aznar Gómez, *La Protección...op. cit.*, pp. 212 e segs.

<sup>48</sup> Cf. artigo 27º da Convenção.

<sup>49</sup> Cf. Laura Gongaware, *Tulane Maritime Law Journal*, nº 37, 2012, pp. 213 e segs; Em sentido semelhante, Ole Varmer declara que os Estados Unidos da América desempenham diversas políticas compatíveis com as orientações da Convenção da UNESCO de 2001. Cf. “Closing the Gaps in the Law Protecting Underwater Cultural Heritage on the Outer Continental Shelf” in *Stanford Environmental Law Journal*, nº 33, 2014, pp. 261 e segs. No que respeita à recuperação do Belitung, na Indonésia, também teria havido alteração de paradigma. Cf. “UNESCO and the Belitung Shipwreck: The Need For a Permissive Definition of “Commercial Exploitation” in *George Washington International Law Review*, nº 45, 2013, pp. 860 e segs.

<sup>50</sup> JL Bonifácio Ramos, *O Achamento...op. cit.*, pp. 785 e segs.

proprietário conhecido ou aquele que não for recuperado pelo respectivo proprietário, dentro do prazo de cinco anos, se integra na propriedade do Estado. Sem mais elucubrações, indagamos o seguinte: será isso compatível com a imunidade dos navios de guerra e de Estado, reconhecida pelo Direito Internacional e pela Convenção da UNESCO? Mais! Como compatibilizar tal enfática declaração de propriedade do Estado, perante o despojo de *Nuestra Señora de las Mercedes*, localizado em águas sob jurisdição portuguesa e que as autoridades portuguesas nada fizeram? A segunda respeita ao regime das recompensas, previsto nos artigos 16º e seguintes do supra-citado Decreto-Lei. Dado que o nº 1 do artigo 17º atribui uma quantia monetária ao descobridor, impropriamente designado por achador, relativamente a um bem cultural que venha a ser inventariado. Mas o artigo 3º, subordinado à epígrafe “inventariação”, prescreve que os bens culturais subaquáticos só serão inventariados quando o seu relevante interesse histórico, artístico ou científico mereça especial protecção. Ou seja, a atribuição de recompensa não abrange todos os bens culturais subaquáticos, mas respeita apenas aos bens inventariados. Por isso, muito compreensivelmente, um outro preceito, o nº 3 do artigo 14º, reconhece a possibilidade de a tutela não se pronunciar pelo valor de um determinado bem subaquático ou de o Ministério da Cultura não homologar a proposta de inventariação. Porém, as dificuldades não ficam por aqui, Devemos sublinhar que o Decreto-Lei nº 164/97 apenas revoga, de modo expresse, o Decreto-Lei nº 289/93, convivendo com outros importantes diplomas, designadamente o Regulamento Geral das Capitanias<sup>51</sup> e o Regulamento das Alfândegas<sup>52</sup> que, por seu turno, dispõem sobre de preceitos relativos à aquisição de bens subaquáticos de interesse científico. Consideramos assim importante aprovar um novo regime relativo à protecção do património cultural subaquático. Um regime que não apenas compatibilize dispositivos conflitantes, como, sobretudo, adequa o direito interno em face do articulado da Convenção da UNESCO, aprovada e ratificada por Portugal. Sobretudo, quando o debate e o trabalho legislativo acerca das consequências no direito interno, após a ratificação da Convenção da UNESCO de 2001, se encontra, noutros países, na ordem do dia<sup>53</sup>.

Presentemente, se Portugal ratificou a Convenção da UNESCO, no Brasil isso ainda não aconteceu. A meu ver, sendo um país com extensa costa marítima, muito teria a beneficiar com tal ratificação. Mas desde que tal ratificação implicasse mudanças profundas, a breve trecho, no direito interno brasileiro. Pois que, a Lei nº 7542 de 26 de Setembro de 1986, alterada pela Lei 10.166 de 27 de Setembro de 2000 parece estritamente direccionada a operações de assistência e salvamento, como resulta da leitura dos artigos 3º e seguintes, desvalorizando, por conseguinte, a problemática atinente à protecção do património cultural subaquático. Além disso, o teor dos artigos 20º e seguintes suscita severa inquietude, ao admitir atribuir uma recompensa ao concessionário da descoberta ou levantamento do bem subaquático. Na verdade, o § 2 do artigo 20º estipula, *expressis verbis*, que o contrato ou acto de autorização pode outorgar o pagamento de recompensa ao concessionário pela remoção dos bens de valor artístico, de interesse histórico ou

<sup>51</sup> Cf. Decreto-Lei nº 265/72 de 31 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei nº 370/2007 de 6 de Novembro.

<sup>52</sup> Cf. Decreto nº 31730 de 15 de Dezembro de 1941, alterado, ainda recentemente, pela Lei nº 66-B/2012 de 31 de Dezembro.

<sup>53</sup> Em Espanha o assunto tem merecido amplo debate na doutrina. Cf. Elsa González, *La Protección...* op. cit., pp. 29 e segs; Em Itália, já se avançou mais. Se a ratificação italiana é posterior, as alterações legislativas sucederam-se, após a aprovação da Convenção da UNESCO. Por um lado, o Decreto Legislativo nº 41 de 22 de Janeiro de 2004, que aprovou o *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, faz várias referências ao património cultural subaquático, de modo coerente com as prescrições da Convenção da UNESCO de 2001. Por outro, a Lei nº 157 de 23 de Outubro de 2009, que autoriza o Presidente da República a ratificar a Convenção da UNESCO, consagra diversas prescrições relativas à descoberta e pesquisa de bens culturais subaquáticos.

arqueológico, a qual poderá consistir na adjudicação de um montante calculado até ao limite de quarenta por cento do valor total atribuído àqueles bens. Por seu turno, o artigo 21º chega a admitir a adjudicação dos bens resgatados até ao limite de sessenta por cento do total. E sem pretender ser exaustivo, nas perplexidades susceptíveis de comprometer o património cultural subaquático, convém referir o §3 do artigo 29º que permite, inclusivamente, a alienação de bens subaquáticos de difícil guarda ou conservação.

Ou seja, o descobridor ou recuperador pode adquirir a titularidade de parte do bem cultural subaquático. Ora, esse regime, claramente enquadrável no modelo privatista de achamento<sup>54</sup>, não parece contribuir no sentido de promover uma efectiva protecção do património cultural subaquático, dado incentivar a exploração de bens, a troco de um prémio ou recompensa. Por isso, bem se compreende a referência de Inês Virgínia Soares quando escreve que aquele regime muito tem sido criticado por arqueólogos e outros defensores dos bens culturais, aludindo, de modo particular, à ausência de poderes de fiscalização do espaço marítimo, por parte das entidades oficiais da União<sup>55</sup>.

## ■ CONCLUSÕES

Atentando nas limitações temporais e nos propósitos deste texto, permitimos sublinhar a ideia de *bem cultural*, bem como a equiparação ao termo *património cultural*. Além disso, a convivência com diversas outras expressões, designadamente as seguintes: *obra de arte*, *objecto artístico*, *objecto histórico*, *monumento histórico ou cultural*, *tesouro*, *bem arqueológico*, *bem paleontológico* e o próprio *bem ambiental*. Além da *distinguo* inelutável entre o património material e o património imaterial.

Ademais, um breve enquadramento no que respeita ao Estado de Cultura, à teoria da Constituição, enquanto Ciência da Cultura e aos diferentes planos normativos, próprios do património cultural. Ora, a esse propósito, emerge a problemática relativa às zonas de protecção do património imóvel, procurando saber do alcance de limites fixos ou do decretamento de linhas variáveis, em conformidade com o determinado pelas competentes autoridades administrativas e até pelas instâncias judiciais, convocadas para se pronunciarem sobre o caso concreto.

Por último, um alerta concernente ao preponderante relevo do património cultural subaquático, às importantíssimas directrizes emergentes da Convenção da UNESCO de 2001e à imperiosa necessidade de promover uma urgente alteração dos paradigmas do direito interno português e brasileiro no que diz respeito aos desafios do património cultural subaquático, sob pena de aquele valiosíssimo património ser alvo da lucrativa actividade dos caçadores de tesouros.

<sup>54</sup> Foi essa a opinião que expressámos, em Ouro Preto, por ocasião do I Congresso Luso-Brasileiro de Direito do Património Cultural, realizado em Março de 2011. Cf. “Novas Fronteiras do Património Cultural no Dealbar do Século XXI- Contribuição da UNESCO, Consequências no Direito Português e Brasileiro” in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coimbra, 2012, p. 223.

<sup>55</sup> Cf. Inês Virgínia Soares, *Direito ao (do) Património Cultural Brasileiro*, Belo Horizonte, 2009, p. 253.