V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO I

MARIA CLAUDIA DA SILVA ANTUNES DE SOUZA

NORMA SUELI PADILHA

MARCELO JOSÉ COUSILLAS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito ambiental e socioambientalismo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/ URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Marcelo José Cousillas, Maria Claudia da Silva Antunes De Souza, Norma Sueli Padilha – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-222-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito ambiental. 3. Socioambientalismo I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO I

Apresentação

A pesquisa apresentada no V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado na Universidade da República do Uruguai, em Montevidéu – Uruguai, e agora apresentada nesta coletânea do Grupo de Trabalho Direito Ambiental e Socioambientalismo I traduzem, em toda sua complexidade, os principais questionamentos do Direito Ambiental na atualidade. Em comum, esses artigos guardam o rigor da pesquisa e o cuidado nas análises, que tiveram como objeto de estudos balizados por referencial teórico da mais alta qualidade e realizadas por pesquisadores comprometidos e envolvidos com a busca da efetividade dos direitos socioambientais.

Os autores debatem nos artigos ora apresentados temas envolventes sobre questões ambientais que buscam solução nos instrumentos jurídicos do Direito Ambiental, e que perpassam inquietudes comuns a sociedade brasileira e latino americana, sobre danos ambientais e atividades poluidoras, vulnerabilidade de comunidades tradicionais, mudanças climáticas, agrotóxico, mineração, resíduos sólidos, instrumentos de tutela, sistema de responsabilidades e vários aspectos de conflitos socioambientais.

A leitura dos artigos que compuseram o presente Grupo de Trabalho proporcionará aos leitores um conjunto de informações e conhecimentos que muito contribuirá para o aprofundamento da pesquisa em temas relevantes e instigantes, que desafiam os instrumentos do Direito Ambiental na busca de efetividade do equilíbrio ambiental enquanto um direito fundamental.

No artigo intitulado “(In) Justiça ambiental e a análise econômica do Direito como fundamento da responsabilidade por Danos”, a autora Virginia De Carvalho Leal enfrenta o debate sobre as consequências de se utilizar, como fundamento para a responsabilidade por danos extracontratuais, a análise Econômica do Direito, que busca aplicar a regra “custo-benefício” e justifica a responsabilidade como instrumento para alcançar a maximização da riqueza e a eficiência ou minimização dos acidentes. O artigo demonstra que tal interpretação pode causar disfunções sociais graves e injustiças ambientais, buscando a inserção de critérios distributivos no sistema de responsabilidade por danos ambientais como resposta de igualdade.

Os autores Raul Miguel Freitas de Oliveira e Dirceu Giglio Pereira, no artigo intitulado “A função Administrativa do Estado sócio-ambiental brasileiro sob o prisma dos instrumentos ambientais econômicos”, apresentam uma contribuição para uma nova forma de se analisar a função administrativa estatal, sob o enforque da doutrina jus-ambientalista, em particular a teoria dos instrumentos ambientais econômicos, como promotora do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No artigo “Conflitos socioambientais e mineração: apontamentos sobre os casos Canaã dos Carajás/Pará e Catalão/Goiás, Brasil”, a autora Sanmarie Rigaud Dos Santos, se utilizando na pesquisa da metodologia da análise de casos concretos, aponta como os atuais processos de apropriação do solo e subsolo por mineradoras podem afetar a vida dos trabalhadores rurais, em decorrência dos conflitos sociais e territoriais provocadas pela atividade mineradora.

Os autores João Paulo Rocha de Miranda e Eliane Cristina Pinto Moreira apresentam a inconvencionalidade da Lei 13.123/15 ao tratar da consulta prévia para o acesso aos conhecimentos tradicionais associados à agrobiodiversidade, confrontando-a os principais tratados internacionais de direitos humanos que consideram a consulta prévia como direito humano dos povos e comunidades tradicionais.

Gustavo Leite Caribé Checcucci apresenta o artigo “Constitucionalização do Direito Ambiental no Brasil e sua efetividade”, abordando na pesquisa o Direito Ambiental a luz da Constituição Federal de 1988, influencia da Declaração de Estocolmo sobre a constitucionalização, e algumas inquietudes quanto a efetividade dos direitos ambientais.

No artigo intitulado “Exploração de Petróleo em Terras Indígenas à Luz da experiência latina”, a autora Julianne Holder da Câmara Silva Feijó, a partir do histórico das consequências desastrosas de empreendimentos petrolíferos em terras indígenas por toda a América Latina, analisa as condicionantes preestabelecidas pela Constituição brasileira, principalmente no que concerne a consulta às comunidades impactadas, resgatando a experiência de alguns dos países latinos.

Na sequencia, os autores Ari Alves de Oliveira filho e Norma Sueli Padilha discutem a pesquisa intitulada “Limites da regulamentação ambiental do agrotóxico e a vulnerabilidade do consumidor”. A pesquisa propõe uma reflexão sobre limites do sistema de comando e controle, que não propiciam, por si só a implementação de uma efetiva proteção a saúde humana e ambiental contra os riscos de contaminação, principalmente em decorrência da concentração da gestão de risco nos órgãos reguladores estatais por sua atuação de polícia administrativa.

O artigo intitulado “lixões, risco aviário e a responsabilidade civil do poder público no estado do amazonas”, de autoria de Valmir César Pozzetti e Juliana de Carvalho Fontes, analisam relação existente entre o risco aviário, os lixões existentes em localidades próximas a aeroportos e a responsabilidade do Poder Público, nos municípios do interior do Amazonas, uma vez que há uma quantidade considerável de lixões construídos no entorno dos aeródromos.

Augusto Cesar Leite de Resende e Fábia Ribeiro Carvalho de Carvalho apresentam o artigo “políticas públicas socioambientais e a política nacional de resíduos sólidos” a partir da análise dialética, a pesquisa aborda os processos de formulação de políticas públicas em especial de uma política que se estabelece em níveis teóricos globais na interação homem-natureza, destacando sua interface ecológica.

No artigo intitulado “propriedade privada no paradigma ambiental” de Thiago Loures Machado Moura Monteiro, aborda sobre como compreender o direito de propriedade privada, no paradigma ambiental, presente no ordenamento jurídico brasileiro. A compreensão pretendida se refere a partir de qual projeto de sociedade deve ser analisado o direito à propriedade privada, em especial se é viável o projeto neoliberal.

Por conseguinte, Victor Roberto Corrêa de Souza e Cleber Francisco Alves apresentam o artigo intitulado “proteção da confiança e defensoria pública em uma perspectiva socioambientalista” tratando das conexões entre o princípio da proteção da confiança e o socioambientalismo, especialmente em casos em que interesses e expectativas legítimas de uma coletividade de pessoas vulneráveis lato sensu são diretamente afetados por atos administrativos, sob a justificativa da necessidade de proteção ao meio ambiente.

Por fim, o autor Bruno Moitinho Andrade de Souza destaca em seu artigo intitulado “proteção jurídica do patrimônio cultural subaquático” que objetiva trazer reflexões sobre a atual tutela do patrimônio cultural subaquático no Brasil.

Diante de todos os trabalhos apresentados, os quais apresentam diferentes e profundas abordagens teóricas, normativas e até empíricas, agradecemos aos autores e autoras pela imensa contribuição científica ao desenvolvimento das discussões sobre Direito Ambiental e Socioambientalismo. A obra que ora apresentamos certamente servirá de instrumento para futuras reflexões e quiçá para o efetivo avanço na tutela do meio ambiente, tão primordial para a satisfação das necessidades das presentes e futuras gerações.

Profa. Dra. Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza - Professora da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI/ SC, Vice-Coordenadora do Curso de Mestrado do PPCJ

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - Professora da UNISANTOS / UFMS

Prof. Dr. Marcelo José Cousillas - Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de la República-URUGUAY

PROTEÇÃO JURÍDICA DO PATRIMÔNIO CULTURAL SUBAQUÁTICO

LEGAL PROTECTION OF UNDERWATER CULTURAL HERITAGE

Bruno Moitinho Andrade de Souza

Resumo

O presente trabalho objetiva investigar sobre o patrimônio cultural subaquático, apontando a relação entre o meio ambiente natural, cultural e, dentro desse contexto o espaço marinho. Fará uma investigação sobre os aspectos legais a proteção desse patrimônio submerso e sua importância quanto à história do Brasil. Nesse sentido, esse patrimônio representa a memória coletiva do passado e um testemunho da identidade. Revela-se que esse acervo cultural tem a mesma importância do que os sítios localizados na superfície. Identifica-se que é necessário avançar na legislação para se adequar à proteção a nível internacional.

Palavras-chave: Meio ambiente, Patrimônio cultural, Natureza, Proteção jurídica, Subaquático

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to investigate the underwater cultural heritage, pointing out the relationship between the natural environment, cultural and, within this context the marine space. It will make an investigation into the legal aspects of the protection of that underwater heritage and its importance for the history of Brazil. Thus, this heritage is the collective memory of the past and a testimony to the identity. This cultural heritage Turns out has the same importance of the sites located on the surface. It identifies the need to advance the law to suit the internationally protection..

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Environment, Heritage, Nature, Legal protection, Underwater

INTRODUÇÃO

O Brasil tem uma costa marítima com grandes dimensões, locais onde historicamente foram palcos de disputas e trocas comerciais. Ao longo dos séculos, diversas embarcações navegaram pelos mares brasileiros e, muitas delas, acabaram naufragadas.

O Direito Ambiental como matéria que tem um alcance temático amplo não poderia deixar de observar os locais do fundo do mar que se tornaram sítios arqueológicos. Em contrapartida, não existem muitos estudos de juristas sobre a proteção desses espaços.

Esse trabalho objetiva trazer reflexões sobre a atual tutela do patrimônio cultural subaquático no Brasil. Para cumprir essa finalidade, inicialmente será feito um estudo sobre o conceito de Meio ambiente, tratando mais especificamente o natural e o cultural. Além disso, fará uma breve analise sobre o ambiente do fundo do mar.

Posteriormente, o patrimônio cultural subaquático será abordado, a sua definição e a sua relação com o meio natural. Em seguida, tratará mais especificamente sobre a proteção jurídica desses monumentos submersos, no âmbito internacional e o do arcabouço jurídico interno.

Por fim, fará uma reflexão sobre os pontos críticos da tutela ambiental desses espaços e buscará apontar os possíveis caminhos para a melhoria do quadro atual.

O método de abordagem eleito para o desenvolvimento deste trabalho é o caminho hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica doutrinária nacional, notadamente, nos ramos do Direito Ambiental, Arqueologia e História. Da mesma maneira, observa-se a legislação nacional e internacional vigente.

1 MEIO AMBIENTE

O conceito legal do meio ambiente é encontrado na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente que o define como: "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas" (art. 3º, inciso I). No contexto estadual baiano, a Lei 3.858/80 define o ambiente como: "[...] tudo o que envolve e condiciona o homem, constituindo o seu mundo, e dá suporte material para a sua vida bio-psico-social" (art. 2º), considerando "[...] o ar e a atmosfera, o clima, o solo e o subsolo; as águas interiores e costeiras superficiais e subterrâneas, e o mar territorial, bem como a paisagem, a fauna, a flora e outros fatores condicionantes da salubridade física e social da população" (parágrafo único do artigo 2º). Consoante Paulo Machado (2014, p. 59),

“a definição federal é ampla, pois vai atingir tudo aquilo que permite a vida, que abriga e rege”.

O fator humano está presente na construção conceitual do espaço. Nesse contexto, está incluído o ambiente natural ou físico, artificial ou urbano, cultural e do trabalho ou laboral. Nas palavras de José Rubens Morato Leite e Luciana Cardoso Pilati (PILATI e DANTAS, 2011, p. 31), na sociedade hodierna não há mais a possibilidade de definição do “[...] meio ambiente sem considerar a interação existente entre homem e natureza. Não mais prevalece o antropocentrismo clássico, a partir do qual o meio ambiente era tido como objeto de satisfação das necessidades do homem”. Para os autores, o ambiente necessita ser pensado como um “valor autônomo, como um dos polos da relação de interdependência homem-natureza, já que o homem faz parte da natureza e sem ela não teria condições materiais de sobrevivência”.

Essa noção é ampliada, não abrange tão somente os recursos naturais, mas a interação de elementos da vida humana e, em um mesmo espaço geográfico, pode haver a presença dos múltiplos aspectos ambientais. Suas proteções são plenamente compatíveis entre elas.

Na Constituição Federal, em seu artigo 225, o bem ambiental é denominado como bem de uso comum do povo que pertence à coletividade, sendo do tipo incorpóreo, indisponível, indivisível, intergeracional, que não pode ser objeto de apropriação exclusiva, e seus danos tendem a ser de difícil ou impossível reparação (PILATI e DANTAS, 2011, p. 32). O bem é supraindividual, difuso, e seus prejuízos podem afetar um número incalculável de indivíduos. Por isso, requer uma atenção maior do que os bens individuais.

1.1 Meio ambiente natural

O meio ambiente natural ou físico é constituído pelos elementos da natureza, independentemente da ação do homem (BELTRÃO, 2009, p. 21), que tradicionalmente estão associados ao conceito de meio ambiente. Segundo a Lei n. 9985/2002, art. 2º, inciso IV, os recursos ambientais são “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”.

Internacionalmente, a Conferência da Organização das Nações Unidas em 1972 adotou a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, a qual o Brasil aderiu em 1977 pelo Decreto n. 80.978. O seu artigo 2º considera como patrimônio

natural os monumentos naturais, “constituídos por formações físicas e biológicas ou por grupos de tais formações com valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico”; as formações geológicas e zonas delimitadas de espécies de fauna e flora ameaçadas e que tenham “com valor universal excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação”; as regiões delimitadas com “valor universal excepcional do ponto de vista a ciência, conservação ou beleza natural”.

O ordenamento jurídico ambiental brasileiro alcança as relações que se estabelecem no espaço verde, animais e matas que limitam a atuação do homem para evitar a degradação e coibição de práticas deletérias à Natureza, a exemplo da Lei 12.651/2012 que trata proteção da vegetação nativa:

> Art. 2º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação nativa, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

Existe um rol extenso de legislação que cuida da tutela dos recursos verdes, a nível federal, como a Lei 12.305/2010 e o Decreto 7.404/2010 que abordam sobre a Política Nacional de Resíduos sólidos, a Lei 12.187/2009 que institui a Política Nacional sobre a Mudança do Clima, e a Lei 11.428/2006 ao dispor sobre o Bioma Mata Atlântica. A nível estadual, existem as normas oriundas de Constituições internas, Leis propriamente ditas, Resoluções dos Conselhos, e Portarias dos órgãos ambientais. E no contexto municipal, encontram-se as normas que cuidam do dos aspectos de interesses ambientais locais.

1.2 Meio Ambiente Cultural

O meio ambiente cultural está inserido no contexto das intervenções humanas, sob a perspectiva material e imaterial em um espaço que tenha sido agregado o valor cultural. Refere-se à “identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da nacionalidade ou sociedade brasileiras. Abrange, portanto, o patrimônio histórico, paisagístico, arqueológico, ecológico, etc” (BELTRÃO, 2009, p. 22).

A Carta Magna, em seu artigo 216, dispõe sobre o patrimônio cultural brasileiro incluindo nos seus incisos, “as formas de expressão”; “os modos de criar, fazer e viver”; “as criações científicas, artísticas e tecnológicas”; “as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico culturais”; e os “conjuntos urbanos e

sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico".

Desta forma, a memória e identidade interagem-se e compõem-se na definição constitucional do citado artigo 216 da Carta Magna brasileira. Os bens culturais materiais são objetos de memória e "representam recordações de um passado que não se quer esquecer e que deve conviver com a lógica de uma sociedade que se funda na rápida substituição dos bens" (CUREAU, 2015, p. 108).

O Decreto-Lei n. 25/1937 definiu como o patrimônio histórico e artístico nacional como o "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". O citado Decreto cria o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional que atualmente se chama Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN.

A Convenção da ONU de 1972 adotou entendimento do patrimônio cultural para a proteção mundial em seu artigo 1º:

> 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; Os conjuntos. – Grupos de construções isoladas ou reunidos que, em virtude da sua arquitectura, 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.

A cultura é tudo o que é vivenciado e produzido pela sociedade através do tempo, traduzindo-se, assim, no acervo de experiências e conhecimentos de um povo (DANTAS. 2010, p. 113). Nesse raciocínio, o patrimônio que reúne esses bens de valor cultural detém elementos heterogêneos dotados de sentidos e simbologias e variam em função do contexto histórico e social (DANTAS, 2010, p. 114). Os bens de uso comum do povo podem constituir de valores de ordem histórica; estética; paisagística; artística; científica; econômico e/ou turístico (DANTAS, 2010, p. 131-145).

Segundo Frederico Barbosa (2015, p. 76), o patrimônio cultural na sua perspectiva material e imaterial, pode ser observador de maneira "individual e em conjunto, deve ser portador de referências dos grupos formadores e abrange um rol que vai das formas de expressão, passando pelas artes, criações científicas e tecnológicas, até conjuntos urbanos e sítios de valor reconhecidos".

Segundo Vitor Ferreira (2011), esse patrimônio comportaria três funções: a cultural propriamente dita; a econômica por ser fonte de renda e recurso turístico; e a sociopolítica pelo fato de trazer valores educacionais; a cultura estar associada à identidade e memória da sociedade; e a sua gestão ser objeto de políticas públicas.

Por outro lado, segundo Inês Soares (2009), pela ótica constitucional, o acervo de bens culturais assume pelo menos três funções basilares: a de ser elo entre o passado e o presente, na medida em que faz parte da memória coletiva das diversas formas de expressão e materiais e espaços merecedores de tutela; a função de contribuir para a educação em valores e sentimentos afetivos, pela razão das referências culturais dos grupos formadores da sociedade brasileira e no dever do poder público de promover políticas públicas em face da diversidade cultural existentes; e a função da sustentabilidade, a qual a dimensão econômica do bem cultural ambiental é apenas uma das perspectivas e a fruição desses bens deve ser compatível com as suas características (SOARES, 2009, p. 99-102).

O patrimônio cultural material é uma "representação viva da história e do legado de uma sociedade" (PIRES, 2015, p. 67). Preservar esses bens é um fator de assegurar o testemunho do processo histórico da formação de um povo. Eles integram ao paradigma do bem ambiental (macro bem). Nas palavras de Inês Soares (2009):

> Por estarem abrangidos no conceito de bem ambiental, têm uma proteção "qualificadora" e, além da proteção advinda de legislações específicas e de normas administrativas que regulamentam e limitam o uso do bem, podem dispor da tutela respaldada no sistema jurídico ambiental (SOARES, 2009, p. 88).

O aspecto social do patrimônio cultural revela na necessidade de sua proteção em razão da continuidade de transmissão de cada geração para às seguintes os conhecimentos e sabedorias adquiridas ao longo do tempo em expressão idenitária do povo (GOMES, 2003, p. 10)

No Direito interno, existem diversas formas de tutela do patrimônio histórico e cultural pelo Executivo, Legislativo e Judiciário. Um dos instrumentos mais utilizados é o Tombamento que é um mecanismo de "blindagem" jurídica, pois limita o exercício da propriedade e evita agressões por agentes externos aos espaços, inclusive a vizinhança ao redor do bem tombado e, por agentes internos, impedindo que a paisagem seja alterada pelo possuidor do local, bem como ela seja alienada. Segundo José Eduardo Ramos Rodrigues (2005, p. 544), pode-se defini-lo como:

> [...] um ato administrativo pelo qual o Poder Público declara o valor cultural de coisas móveis ou imóveis, inscrevendo-as no respectivo Livro de Tombo, sujeitando-as a um regime especial que impõe limitações ao exercício de

> propriedade, com a finalidade de preservá-las. Portanto, trata-se de ato ao mesmo tempo declaratório, já que declara um bem de valor cultural, e constitutivo, uma vez que altera seu regime jurídico.

Ao se entender que o acervo cultural faz parte do conceito de meio ambiente[1], ampliou-se a esfera de proteção desses bens, que traz consigo uma carga histórica, artística e estética. Nesse sentido, o tombamento é um meio adequado para a preservação do patrimônio cultural para a presente e futuras gerações.

1.3 Meio ambiente subaquático

O Ordenamento jurídico considera a Água como um bem de domínio público. Ela é um recurso limitado apesar de ter valor econômico agregado, o uso será prioritário para o consumo humano e para sede dos animais, em caso de escassez (Lei n. 9.433/1997, art. 1º).

No ambiente marinho, o homem exerce suas atividades tanto comerciais, como o transporte de materiais para outras regiões do país e do mundo; quanto turísticas, a exemplo dos cruzeiros. Além disso, empresas e famílias têm como meio de trabalho, a pesca. São considerados como recursos pesqueiros, os "animais e os vegetais hidróbios passíveis de exploração, estudo ou pesquisa pela pesca amadora, de subsistência, científica, comercial e pela aquicultura" (art. 2º, inciso I da Lei n. 11.959/2009).

Esse mesmo corpo legal define o que são águas interiores, continentais, mar territorial e sobre o alto-mar:

> Art. 2º. [...] XIII – águas interiores: as baías, lagunas, braços de mar, canais, estuários, portos, angras, enseadas, ecossistemas de manguezais, ainda que a comunicação com o mar seja sazonal, e as águas compreendidas entre a costa e a linha de base reta, ressalvado o disposto em acordos e tratados de que o Brasil seja parte; XIV – águas continentais: os rios, bacias, ribeirões, lagos, lagoas, açudes ou quaisquer depósitos de água não marinha, naturais ou artificiais, e os canais que não tenham ligação com o mar; XV – alto-mar: a porção de água do mar não incluída na zona econômica exclusiva, no mar territorial ou nas águas interiores e continentais de outro Estado, nem nas águas arquipelágicas de Estado arquipélago XVI – mar territorial: faixa de 12 (doze) milhas marítimas de largura, medida a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente pelo Brasil; XVII – zona econômica exclusiva: faixa que se estende das 12 (doze) às 200 (duzentas) milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial; XVIII – plataforma continental: o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural do território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de 200 (duzentas) milhas marítimas das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância;

[1] Diferentemente, conforme salienta Vitor Ferreira (2011), em Portugal existem dois ramos de direito, o do patrimônio cultural e o do ambiente.

Toda pesca deve seguir o ordenamento pesqueiro que corresponde ao conjunto de normas e ações específicas para essa atividade e leva em consideração os conhecimentos atualizados dos integrantes econômicos, sociais e ecossistêmicos. Não se pode deixar de destacar que nessa atividade, deverá ser assegurado o equilíbrio entre a preservação da biodiversidade e do uso sustentável dos recursos de natureza aquática. A sustentabilidade está envolvida na busca de mecanismos que garanta a tutela dos saberes tradicional.

O fundo do mar é um meio ecossistêmico que, em geral, é rico em biodiversidade. Uma variedade de plantas e animais marinhos que convivem a depender das zonas submersas. Os oceanos tem uma função fundamental nas condições climáticas do mundo. No entanto, como todo o ambiente natural, o fundo do mar próximo à costa sofre com a ação antrópica que pode por em risco o seu equilíbrio.

O Brasil é um país de dimensões continentais e tem uma costa que se estende por milhares de quilômetros, desde o cabo Orange no extremo norte do Amapá ao arroio Chuí no extremo sul. Especificamente, a Bahia é a o estado que tem a área mais extensa. A baía de todos os santos é um exemplo de região brasileira que abriga uma variedade biológica marinha e foi palco de muitos momentos da história nacional.

O meio subaquático guarda não apenas recifes de corais, mas, também vestígios da cultura do homem. Existem locais que são verdadeiros sítios arqueológicos que interagem com os fatores bióticos e abióticos.

2 PATRIMÔNIO CULTURAL SUBAQUÁTICO

A Constituição Federal no seu artigo 216, inciso V, considera como integrantes do Patrimônio Cultural Brasileiro, os sítios de valor "histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico". Os espaços arqueológicos são os espaços de interesse da arqueologia, ciência que se debruça na pesquisa, descoberta e reconstrução de acervos culturais de civilizações de outrora. Locais onde se encontram vestígios dos modos de ser e fazer dos antepassados.

O patrimônio cultural arqueológico abrange uma gama de sítios e artefatos ao longo do território brasileiro e tem natureza difusa e de interesse público chancelado pela Constituição Cidadã, "seja por serem bens socioambientais, seja pelo valor autônomo que portam" (FUNARI e SOARES, 2015, p. 300-301)

José Eduardo Ramos Rodrigues cita o exemplo dos sambaquis (locais de depósito de materiais provenientes da atuação do homem pré-históricas) os quais estão situados na costa

brasileira, em rios ou lagoas do litoral. São formados pelo “acúmulo de conchas, restos de cozinha, enterramentos de mortos e outros artefatos amontoados por povos indígenas que habitavam a área litorânea em épocas pré-históricas (pré-cabralinas)” (RODRIGUES, 2005, p. 566).

O arcabouço jurídico que trata desses monumentos é a Lei n.3.924 de 1961. Essa legislação ainda em vigor considera como local arqueológico ou pré-histórico as:

> Art 2º a) as jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras não especificadas aqui, mas de significado idêntico a juízo da autoridade competente. b) os sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha; c) os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeiamento, "estações" e "cerâmios", nos quais se encontram vestígios humanos de interêsse arqueológico ou paleoetnográfico; d) as inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios.

Proíbe-se o aproveitamento econômico desses bens e as suas alterações (art. 3º), e a sua infração é considerada um crime contra o Patrimônio Nacional (art. 5º). Mesmo aquelas que não tenham sido registradas como jazidas arqueológicas, essas coisas são consideradas com bens públicos, da União, para todos os efeitos (art. 7º). Ademais, caso ocorra a descoberta desses bens, (art. 18), esta deverá ser comunicada imediatamente à Diretoria do atual Instituto Nacional do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (art. 18).

Os sítios arqueológicos não existem apenas em superfície: há acervos culturais que se encontram no fundo do mar e são chamados de patrimônio cultural subaquático. São espaços de compreensão do processo social e referência à memória coletiva. Segundo Rambelli (2006), esses sítios apresentam três características básicas: singularidade (os bens são únicos), insubstituição (não podem ser renováveis) e de interesse público. A Constituição considera como bem da União, art. 20, X, “as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos pré-históricos”.

Esses locais são testemunhos da presença humana e possui valor histórico e artístico. São locais com interesse econômico, pois podem atrair interessados em “caças ao tesouro”, e comercialização dos achados. O ambiente aquático é campo fértil para saqueadores, porque podem ser encontrados nas embarcações naufragadas itens de valores altos e que fomentam a indústria da exploração dos bens culturais.

Além disso, esses espaços podem ter potenciais turísticos, também. Indivíduos que estejam interessados em ter a experiência do mergulho e de conhecer de perto o vestígio dos antepassados. O poder público pode fomentar o turismo marinho como uma forma de gerar recursos financeiros para a região.

Esses sítios não têm apenas a importância de trazer conhecimento histórico, mas também, segundo Ricardo dos Santos Guimarães (2009, p. 28):

> A pesquisa arqueológica realizada em naufrágios contribui para resgatar conhecimento em diversos campos da ciência, não apenas o conhecimento histórico, mas marítimo-antropológico (relação do homem do mar com o simbólico, mítico), náutico-tecnológico (arquitetura naval, construção naval, desenvolvimento e evolução de equipamentos de bordo), social (relação de poder dentro das embarcações), geográfico (relação homem-meio), dentre outros.

O interessante é que com o tempo, materiais que foram afundados, são inseridos no espaço natural aquáticos. Ao avanço dos anos, a fauna marinha faz das velhas embarcações o seu habitat. Nesses sítios, o meio ambiente natural e o cultural interagem, se tornando tanto um local de testemunho do passado quanto o de natureza vida e presente.

Afirma-se que "nesse tipo de sitio arqueológico as condições do ambiente submarino como salinidade da água, profundidade, tipo de sedimento de fundo são os principais responsáveis pela preservação dos vestígios" (GUIMARÃES, 2009, p. 28).

2.1 Náufragos do Brasil

A costa brasileira tem um histórico grande de naufrágios desde o século 16. A era das grandes navegações possibilitou que muitas pessoas saíssem de seus países em busca de negócios e riquezas, além daquelas que foram expulsas de suas terras. Concomitantemente, foi a época dos grandes desastres no mar.

Segundo Carlos Celestino Rios Souza (2010 p. 98), "na costa brasileira que possui dimensões continentais, com cerca de 8.500 km ocorreram mais de 11.000 naufrágios em apenas 500 anos, isto sem falar nos soçobramentos em outros corpos d'águas, tais como rios e lagos".

Na Baía de Todos os Santos, pela pesquisa do "Observatório de Riscos e Vulnerabilidades Socioambientais da Baía de Todos os Santos[2]", existem pelo menos treze sítios Arqueológicos, são esses (com os respectivos anos de afundamento): Amisterdã (1627);

[2] Para mais informações disponíveis, acessar o site: <http://www.observabaia.ufba.br/mapa-dos-naufragios-da-baia-de-todos-os-santos/>. Acessado em 07 de junho de 2016.

Utrecht e N.S. do Rosário (1648); Santíssimo Sacramento (1668); Santa Escolástica (1700); Nossa Senhora do Rosário e Santo André (1737); Queen (1800); Maraldi (1875); Germania (1876) e Bretagne (1903); Reliance (1884); Blackadder (1905); Manau (1906); Cap Frio (1908); e Cavo Artemidi (1980).

Essas embarcações submersas têm importância para pesquisas científicas (históricas e arqueológicas). Na maioria dos casos, apresenta potencial turístico e, em geral, revelam um grau de vulnerabilidade médio. Vulnerabilidade resulta tanto de questões naturais quanto da ação do homem (poluição, retirada de material de forma irregular e lançamento de âncoras sobre os locais).

2.2 Proteção jurídica

O principal instrumento legal internacional da proteção dos sítios submersos é a Convenção da UNESCO sobre a Proteção do Patrimônio Cultural, realizada em 2001, Paris. Nela está explícita a necessidade de se tutelar esses espaços esquecidos. Considera-se esse patrimônio como: "[...] todos os vestígios da existência do homem de caráter cultural, histórico ou arqueológico, que se encontrem parcial ou totalmente, periódica ou continuamente, submersos, há, pelo menos, 100 anos [....]" (artigo 1º).

São princípios básicos dessa Convenção: a obrigatoriedade de conservação; a conservação *in situ* como primeira opção; formação e compartilhamento de informação; não regulamentação por parte da Convenção da propriedade ou titularidade; prevenção da exploração comercial. Sobre esse último ponto, prevê-se expressamente no seu art. 2º: "o património cultural subaquático não será objeto de exploração comercial".

As partes deverão buscar os meios mais devidos para evitar qualquer ação que prejudique o patrimônio (art. 5º). Incumbe ao Estado a divulgação de informações e fomento da educação sobre a importância desse acervo para a história de um povo ou civilização (art. 20).

Ocorre que o Brasil não é signatário dessa Convenção. No ano de 2000, ou seja, antes da Convenção da ONU, foi promulgada a Lei 10.166/2000, que já tratava do assunto da matéria. Essa Lei acrescentou e alterou os artigos da Lei 7.542/1986 que dispõe sobre:

> [...] a pesquisa, exploração, remoção e demolição de coisas ou bens afundados, submersos, encalhados e perdidos em águas sob jurisdição nacional, em terreno de marinha e seus acrescidos e em terrenos marginais, em decorrência de sinistro, alijamento ou fortuna do mar [...]

Ao referido diploma, foi acrescentada a possibilidade de se realizar atividades de exploração e pesquisa mesmo se já tiveram se tornado bem da união “com comprovada experiência em atividades de pesquisa, localização ou exploração de coisas e bens submersos, a quem caberá responsabilizar-se por seus atos perante a Autoridade Naval". Essas citadas atividades dependem tão somente de autorização da Marinha. O que se revela na leitura dos seus termos é a falta da participação do IPHAN na gestão desses locais e a possibilidade de se comercializar bens culturais subaquáticos.

Há uma crítica sobre a permanência dessa lei em vigor, sustentando-se a falta de legislação mais rígida e que contemplasse a proteção de maneira satisfatória. O Centro de Estudos da Arqueologia Náutica e Subaquática da Unicamp criou o manifesto pró-patrimônio cultural subaquático brasileiro que tem uma das bandeiras a luta contra a caça ao tesouro.

No início dos anos 2000, após o advento da Convenção já citada, se começou a pensar em uma nova lei que pudesse fazer jus a proteção que esses monumentos submersos merecem. Posteriormente, houve a propositura do projeto de Lei 45/2008 na Câmara dos Deputados.

Esse projeto traz novas perspectivas para a tutela ambiental desses espaços, como a proibição da comercialização de parte do acervo e maior poder ao Ministério da Cultura para a gestão desses sítios. Esse documento foi elaborado em consonância com o de Paris.

No entanto, após anos de discussões, o projeto foi arquivado ao final da Legislatura em 26/12/2014.

2.3 Reflexões

Após o levantamento bibliográfico sobre o tema, chega-se ao conhecimento de que há poucos juristas que se debruçam sobre a questão. Os bens culturais subaquáticos têm sido ignorados por parte dos doutrinadores da seara ambiental.

Outra percepção importante é que faltam mais dados e pesquisas sobre o patrimônio cultural subaquático e seus riscos pela atuação do meio ambiente natural e pela ação do homem. Faltam estudos que abordem a vulnerabilidade dos locais e quais são as principais ameaças.

No Brasil, percebe-se que o patrimônio cultural subaquático ainda não tem sido observado com o devido cuidado, como se o acervo submerso fosse meramente uma coisa com pouco significado. Não obstante todo o valor histórico e identitário que possui e uma área costeira vasta, existe um desinteresse por parte do Estado e da população, em geral.

Conforme se evidenciou, o patrimônio cultural não pertence à esfera da proteção pelo IPHAN tal como acontece com os demais sítios arqueológicos. Quem tem o dever de salvaguardar é a Marinha do Brasil. Ao passar a competência do Ministério da Cultura para o da Defesa, coloca-se fora o órgão federal que cuida do acervo histórico e artístico brasileiro.

Como consequência, Gilson Rambelli (2006) apresenta duas questões controversas. A primeira é observada em função da mudança do poder de autorização de pesquisa pelo IPHAN, que tem o dever de conceder apenas para arqueólogos qualificados, para a Marinha do Brasil que pode autorizar pesquisas arqueológicas sem exigência de algum critério científico, inclusive tendo a possibilidade de ser emitida para pessoas que não são arqueólogas.

A segunda questão está no fato de que a legislação permite a recompensa e indenização por atividade de resgate dos bens culturais de sítios arqueológicos empreendida, sendo atribuído valor comercial a ela. Essa comercialização não tem previsão de cuidado com o local explorado e pode causar prejuízos irreparáveis ao patrimônio. Essa possibilidade segue na contramão do que preconiza a Constituição Federal de 1988 e às considerações da UNESCO.

Enquanto os bens culturais, que estão localizados em terra firme, têm um arcabouço legal satisfatório para a sua proteção, questiona-se os motivos pelos quais não houve avanço normativo aos submersos. As regras gerais sobre o patrimônio arqueológico deveriam ser aplicadas na sua integridade aos acervos subaquáticos pela mesma importância que têm em relação à superfície. Nesse contexto, o instrumento do tombamento poderia ser utilizado nesses casos.

Esses bens submersos que têm as características de singulares, insubstituíveis e de interesse público não podem sofrer quaisquer ações voltadas para o "[...] resgate de objetos realizadas com objetivos da caça ao suvenir, por alguns mergulhadores, ou da caça ao tesouro, por empresas comerciais de exploração, resgate e salvatagem", porque "prejudicam para sempre a possibilidade de se produzir conhecimento sobre esses sítios arqueológicos" (RAMBELLI, 2006, p. 25).

Esse patrimônio é fonte da memória e da história do país, é necessário serem incentivadas as visitas orientadas para esses sítios submersos para estimular a educação ambiental e patrimonial para a valorização desses locais. Essa educação de preservação somente valerá a pena se houver a participação da comunidade que vive na região.

Outro ponto de reflexão é sobre a participação da sociedade na proteção desses sítios. Destaca-se que por determinação constitucional tanto Poder Público quanto a sociedade devem promover e proteger o patrimônio cultural do Brasil (art. 216, 1º).

O próximo passo seria a divulgação da existência desse acervo, abertura de canais de comunicação para que a população possa opinar, em especial, as comunidades que vivem próximas; e uma mudança da legislação para que a tutela seja equiparada aos bens de terra firme.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Patrimônio Cultural Subaquático faz parte da história do Brasil. É um espaço de valor arqueológico e científico, e está inserido no meio ambiente marinho, exposto aos fatores da natureza azul. A existência desses sítios é uma realidade que tem sido pouco observada.

Apesar de a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional ter tido um avanço no desenvolvimento de mecanismos de prevenção e coibição de degradação, incluindo a utilização do tombamento como uma via para ajudar na preservação, a tutela do acervo de bens submersos está muito atrasada, não obstante a existência de Convenção da ONU a qual o Brasil ainda não é signatário.

É de suma importância repensar sobre os pontos críticos da tutela ambiental desses bens apresentados sob o risco de prejuízo irreparável e um dano coletivo às futuras gerações. Portanto, fazem-se necessários maiores estudos e pesquisas para observar a vulnerabilidade desse patrimônio em questão e criar uma política pública efetiva que aproxime e fomente a participação popular.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental Esquematizado**. 2 ed. rev. atual. e refor. São Paulo: Método, 2011.

BARBOSA, Frederico. Direitos humanos, patrimônio cultural e políticas públicas. In CUREAU, Sandra; Soares, Inês Virgínia Prado (org). Bens Culturais e Direitos Humanos. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015.

BELTRÃO, Antônio F. G. **Direito Ambiental**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009.

CHUVA, Márcia. **Preservação do patrimônio cultural no Brasil: uma perspectiva histórica, ética e política.** In. CHUVA, Márcia; NOGUEIRA, Antônio Gilberto Ramos (org).

Patrimônio cultural: políticas e perspectivas de preservação no Brasil. Rio de Janeiro: Faperj, 2012.

CUREAU, Sandra. **Dimensões das práticas culturais.** In CUREAU, Sandra; Soares, Inês Virgínia Prado (org). Bens Culturais e Direitos Humanos. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015.

_____. **Patrimônio, uma noção complexa identitária e cultural.** In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (org). Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 728-752.

DANTAS, Fabiana Santos. **Direito Fundamental à memória**. Curitiba: Juruá, 2010.

FERREIRA, Vitor. **Olhares sobre o património cultural**. Idearte - Revista de Teorias e Ciências da Arte. v. 7, n. 7. p. 61 - 72. (2011). Disponível em <http://www.researchgate.net/publication/260247302> Acessado em 17 de dez. de 2015.

FUNARI, Pedro Paulo; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Arqueologia da resistência e direitos humanos.** In CUREAU, Sandra; Soares, Inês Virgínia Prado (org). Bens Culturais e Direitos Humanos. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015.

GARCIA, Leonardo de Medeiros; TOMÉ, Romeu. **Direito Ambiental**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

GOMES, Enéias Xavier. **O patrimônio cultural como direito fundamental**. In MIRANDA, Marcos Paulo de Souza (coord). Patrimônio cultural. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GUIMARÃES, Ricardo dos Santos. **Arqueologia em sítios submersos: estudo do sítio depositário da enseada da praia do farol da ilha do bom abrigo – SP**. 2009, 241 p. Dissertação (Mestrado em Arqueologia) - Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

LOWANDE, Walter Francisco Figueredo. **Historiografia e patrimônio: singularidades narrativas e práticas**. In. CHUVA, Márcia; NOGUEIRA, Antônio Gilberto Ramos (org). Patrimônio cultural: políticas e perspectivas de preservação no Brasil. Rio de Janeiro: Faperj, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

PEREIRA FILHO, Hilário; TOMPSON, Analucia. **Memória oral e o Iphan: fontes, metodologia e reflexões no campo do patrimônio cultural.** In. CHUVA, Márcia; NOGUEIRA, Antônio Gilberto Ramos (org). Patrimônio cultural: políticas e perspectivas de preservação no Brasil. Rio de Janeiro: Faperj, 2012.

PILATI, Luciana Cardoso; DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental simplificado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIRES, Maria Coeli Simões. **A proteção do patrimônio cultural como contra ponto à desterritoralização**. In CUREAU, Sandra; Soares, Inês Virgínia Prado (org). Bens Culturais e Direitos Humanos. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2015.

RAMBELLI, Gilson. **Patrimônio Cultural subaquático da humanidade: um patrimônio sem fronteiras**. Diálogos - Revista do Departamento de História e do Programa de Pós-Graduação em História [online] 2006. Disponível em <http://redalyc.org/articulo.oa?id=305526866002> Acessado em 17 de dez. de 2015.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos**. Tutela do Patrimônio ambiental cultural**. In: PHILIPPI JUNIOR, Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé (ed). Curso Interdisciplinar de direito ambiental. Baueri: Manole, 2005, p.542-585.

SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Forúm, 2009.

SOUZA, Carlos Celestino Rios. **Arqueologia subaquática: identificação das causas de naufrágios nos séculos XIX e XX na costa de Pernambuco**. 2010, 243 p. Tese (doutorado em arqueologia) – Universidade Federal de Pernambuco, 2010.