

A PROTECÇÃO DO PATRIMÓNIO CULTURAL DOS ESTADOS MEMBROS NUMA EUROPA SEM FRONTEIRAS*

*João Canelhas Duro***

SUMÁRIO: 1. *Os Desafios à Preservação do Património Cultural dos Estados Membros*; 2. *A Cláusula de Salvaguarda à Circulação Comunitária de Bens Culturais*; 3. *Os Instrumentos Comunitários de Compensação pela Abolição de Fronteiras*: 3.1. *Considerações Gerais*; 3.2. *O Regulamento (CE) n.º 116/2009 do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008*; 3.2.1. *Razão de ser, Aprovação e Funcionamento*; 3.2.2. *O Conceito de Bem Cultural*; 3.2.3. *A Emissão da Licença de Exportação*; 3.2.4. *O Regulamento (CEE) n.º 752/93 da Comissão, de 30 de Março*; 3.2.5. *A Aplicação do Regulamento n.º 116/2009*; 3.3. *A Directiva n.º 93/7/CEE do Conselho, de 15 de Março*; 3.3.1. *Enquadramento*; 3.3.2. *Funcionamento*; 3.3.3. *O Conceito de Bem Cultural*; 3.3.4. *O Conceito de Saída Ilícita do Território de um Estado Membro*; 3.3.5. *Pressupostos Processuais*; 3.3.6. *Restrições Temporais à Restituição*; 3.3.7. *A Aplicação da Directiva n.º 93/7/CEE*; 3.3.8. *O Retorno de Bens Culturais Exportados Ilegalmente na Legislação Portuguesa*; 4. *Conclusões*.

* Este artigo baseia-se na Parte III do texto da dissertação de mestrado intitulada *A Classificação, Aquisição e Circulação de Bens Culturais Privados* discutida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 11 de Fevereiro de 2011, perante um Júri constituído pelo Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva (Presidente), pela Prof.ª Doutora Carla Amado Gomes (Orientadora) e pelo Prof. Doutor José Luís Bonifácio Ramos (Arguente).

** Advogado. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. OS DESAFIOS À PRESERVAÇÃO DO PATRIMÓNIO CULTURAL DOS ESTADOS MEMBROS

Uma das incumbências dos Estados é a preservação e protecção do seu património cultural. Esse desígnio é elevado a tarefa fundamental do Estado Português¹, sem prejuízo de “todos” terem o dever de preservar o património cultural, o que passa, designadamente, por não contribuir para a sua saída do território nacional².

Numa acepção material, integram o património cultural os bens que constituam testemunho com valor de civilização ou de cultural e a que seja reconhecido interesse cultural relevante³. Todos estes bens devem ser objecto de preservação por parte do Estado, independentemente da natureza pública ou privada do proprietário.

Entre as principais ameaças à protecção do património cultural conta-se a saída do território do Estado a que “pertence”. Daí que a generalidade dos ordenamentos jurídicos proíba ou imponha restrições à saída de bens culturais, em especial naqueles Estados ricos em património, como é o caso, na Europa, dos países mediterrâneos⁴.

Na realidade, a exportação de bens culturais periga a incumbência estatal de preservação do património cultural, não só pelos procedimentos logísticos necessários a essa operação⁵ mas principalmente pelas suas consequências práticas e jurídicas. Em especial, o Estado perde os poderes de autoridade sobre os bens que saem das suas fronteiras, não

¹ Artigo 9.º, alínea e) da Constituição da República Portuguesa.

² Artigo 11.º, n.º 1 da Lei de Bases da Política e do Regime de Protecção e Valorização do Património Cultural (LPC), aprovada pela Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro.

³ Artigo 2.º, n.º 1 da LPC.

⁴ No ordenamento jurídico português as normas restritivas da exportação de bens culturais encontram-se no capítulo IV da LPC, artigo 64.º e seguintes. Tendo em conta o interesse cultural do bem e a natureza definitiva ou temporária da exportação/expedição, sendo para este efeito indiferente o local de destino, a saída de bens culturais do território português pode ser proibida, encontrar-se sujeita a autorização ou a mera comunicação.

⁵ A exportação envolve riscos para a integridade do bem, riscos esses que podem ser minorados mas nunca afastados por completo. Obriga a um conjunto de operações que podem afectar o objecto ou, pelo menos, acelerar a sua degradação natural. Estão em causa, designadamente, os riscos e efeitos do manuseamento, da embalagem e desembalagem, do transporte e a incidência da alteração do meio ambiente na integridade da coisa. Cfr. *Temas de Museologia – Circulação de Bens Culturais Móveis*, texto de Marília PEREIRA, coordenação de Anabela Carvalho, Instituto Português de Museus, Lisboa, 2004, p. 11.

podendo salvaguardar a sua integridade, nem o seu retorno⁶.

Em 1 de Janeiro de 1993, foi instituído o mercado único entre os então 12 países da Comunidade, envolvendo um espaço sem fronteiras em que se encontra assegurada a liberdade de circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais. A abolição de fronteiras no espaço comunitário veio criar novos desafios ao controlo da legalidade da circulação transfronteiriça de bens culturais.

As proibições e restrições à exportação de bens culturais existentes mantiveram-se inalteradas, uma vez que não se liberalizou a circulação de bens culturais entre os Estados membros da União Europeia. No entanto, foram eliminados os tradicionais mecanismos de controlo transfronteiriço e aduaneiro entre Estados. A tudo isso acresce o facto de não haver um reconhecimento mútuo das legislações nacionais de protecção do património cultural.

Assim, actualmente, um bem cultural português pode ser expedido para um país comunitário sem qualquer tipo de controlo de legalidade. Se não fossem adoptadas medidas comunitárias, a partir desse país comunitário poderia ser exportado sem qualquer tipo de restrição para fora do território da União Europeia. Ou, pelo menos, mediante as restrições vigentes nesse Estado. Com a agravante de serem diversos os locais de exportação possíveis no espaço comunitário, evidentemente com diferentes graus de controlo administrativo e de legalidade⁷.

A abolição de fronteiras veio coincidir com uma época de crescimento exponencial do comércio de obras de arte. Não se pode perder de vista que os bens culturais são bens do comércio, ou seja, mercadorias no sentido dos tratados comunitários⁸. A infungibilidade e a notoriedade

⁶ Tem vindo a cimentar-se na doutrina e na ordem jurídica internacional uma distinção técnica entre os conceitos *restituição* e *retorno*. Restituição aplica-se aos casos de apropriação ilegal e visa a tutela do direito do proprietário. O termo retorno visa o regresso do bem ao território do país de origem, do qual saiu ilegalmente, ou seja o “repatriamento”. Neste artigo o termo restituição será utilizado também no sentido de retorno, uma vez que não se pretende analisar as garantias dos proprietários.

⁷ Na terminologia sugestiva de Guido CARDUCCI, a abolição de fronteiras criou o risco de *forum shopping cultural*, cfr. *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art volés ou illicitement exportés*, Paris, 1997, p. 96.

⁸ É a posição reiterada do agora denominado Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). De assinalar, em especial, o acórdão de 10/12/1968, Proc. n.º 7/68, relativo às taxas de exportação exigidas por Itália, considerando-se mercadorias aqueles produtos susceptíveis de avaliação pecuniária e, por conseguinte, aptos a serem objecto de tran-

que os caracteriza torna-os bens particularmente propícios à especulação financeira. A sociedade de consumo e a influência dos meios de comunicação de massas contribuem para a ideia de que os bens culturais são objecto de transacções financeiras vantajosas. A riqueza cultural e económica desses bens tem fomentado a criminalidade cultural, designadamente de furto/roubo, do tráfico ilícito e contrafacção de bens culturais.

Na sociedade actual são crescentes as ameaças à preservação dos patrimónios culturais, o que suscita mais desafios jurídicos às instâncias internacionais, comunitárias e nacionais. O que surge num momento histórico em que é importante fomentar a memória colectiva, atentas as crescentes limitações à soberania nacional dos Estados.

Importa conhecer os mecanismos jurídicos criados pelo Direito da União Europeia para salvaguardar a preservação do património cultural dos Estados membros.

2. A CLÁUSULA DE SALVAGUARDA À CIRCULAÇÃO COMUNITÁRIA DE BENS CULTURAIS

Aos tratados comunitários cabia articular pelo menos três vectores, de conciliação nem sempre fácil. Em primeiro lugar, sem prejuízo da génese da proclamação de uma cultura europeia, o TFUE⁹ proclama o respeito pela cultura dos Estados membros. Num segundo vector foi reconhecido que a cultura, e em especial a protecção do património cultural, exigia a criação de normas especiais, porquanto as regras comunitárias gerais não acautelam a preservação desses bens. No entanto, e este é o terceiro vector, este regime de protecção não pode “abrir a porta” a violações camufladas aos princípios basilares da União, nomeadamente às liberdades de circulação e às regras de concorrência.

Apesar da integração europeia, os Estados membros mantêm a competência exclusiva para a caracterização e identificação dos seus bens culturais e dos componentes do seu património cultural, não po-

sacções comerciais.

⁹ Com a aprovação do Tratado de Lisboa, entrado em vigor em 1 de Dezembro de 2009, o tratado que instituiu a Comunidade Europeia (Tratado de Roma) passou a denominar-se Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). O Tratado da União Europeia (TUE – Tratado de Maastricht) mantém a mesma designação.

dendo a União imiscuir-se nessa área reservada aos Estados. O objectivo da União não foi harmonizar as normas internas sobre protecção do património cultural, mas sim harmonizar os instrumentos de reacção à violação dessas normas.

A questão mais premente que se colocou passava pela aprovação de um regime jurídico que legitimasse restrições à circulação comunitária de bens culturais de forma a acautelar a sua preservação. Para alcançar este fim, tal como para outros que não podiam ser satisfatoriamente acautelados sem restringir as liberdades comunitárias, foi criada uma cláusula de salvaguarda, plasmada no artigo 36.º do TFUE (ex-artigo 30.º TCE)¹⁰.

A interpretação deste preceito é determinante para a acção comunitária relativa à protecção dos bens culturais. Se na versão portuguesa não existirem dúvidas que a cláusula de salvaguarda poderá ser invocada relativamente a qualquer bem integrante do património cultural, não poderá deixar de constatar-se que, noutras versões, o termo utilizado não é “património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico”, designadamente na francesa que emprega o equivalente a “tesouro nacional”¹¹.

¹⁰ “As disposições dos artigos 34.º e 35.º são aplicáveis sem prejuízo das proibições ou restrições à importação, exportação ou trânsito justificadas por razões de moralidade pública, ordem pública e segurança pública; de protecção da saúde e da vida das pessoas e animais ou de preservação das plantas; de protecção do património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico; ou de protecção da propriedade industrial e comercial. Todavia, tais proibições ou restrições não devem constituir nem um meio de discriminação arbitrária nem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros”.

¹¹ De acordo com Daphné VOUDORI, nas versões francesa, inglesa, grega e dinamarquesa a expressão utilizada é *tesouros nacionais*. Itália, Espanha, Holanda e Portugal utilizam o termo *património nacional* e a Alemanha a expressão *bem cultural nacional*. Cfr. *Circulation et Protections des Biens Culturels dans l'Europe sans Frontiers*, em *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, N. 2, Mar-Avr.1994, p. 479-524, p. 486-487. A doutrina é unânime no entendimento de que o termo empregue na versão francesa parece evocar um tipo de bens de um significado especialmente importante e destacado (Martín REBOLLO, *El Comercio del Arte y la Union Europea: la legislación española del patrimonio histórico y el mercado interior: la normativa comunitaria sobre exportación y tráfico de bienes culturales*, Madrid, 1994, p. 74), muito precioso (Daphné VOUDORI, *Circulation...*, p. 486-487) ou excepcional (Anne DEROUT, *La Protection des Biens Culturels en Droit Communautaire*, Rennes, 1993, p. 15). Ainda assim, a doutrina maioritária postula uma visão ampla do

O preceito só pode ter um sentido e, embora esta questão não tenha sido dilucidada pela Comissão ou pelo Tribunal de Justiça, a verdade é que toda a política comunitária de protecção dos bens culturais seria alterada se fosse conferido um sentido mais restritivo aos objectos culturais dignos desta cláusula, com evidentes repercussões nos regimes estatais relativos à expedição desses bens.

A ideia fundamental é a de que o artigo 36.º do TFUE permite que os Estados membros mantenham ou criem restrições ou proibições à exportação de bens culturais com o propósito de tutela do património cultural nacional, sendo a definição do que constitui esse património da sua exclusiva competência.

No entanto, a autorização para criar ou manter proibições e restrições deve ser interpretada restritivamente¹² em consonância com os objectivos que justificam a norma. Desde logo, as proibições ou restrições na circulação de bens culturais não podem constituir direitos aduaneiros, mantendo-se intocada esta proibição¹³.

A cláusula de salvaguarda não visa satisfazer interesses económicos, mas unicamente a protecção do património cultural do Estado membro em questão. Ademais, as proibições ou restrições não podem alhear-se do respeito pelo princípio da proporcionalidade, o que significa que a medida tem de ser idónea, efectivamente necessária ao objectivo pretendido e não poderá exceder a medida necessária para essa protecção¹⁴.

conceito, na senda da versão espanhola, italiana e portuguesa.

¹² Neste sentido, designadamente, José MAGÁN PERALES, *La Circulación Ilícita de Bienes Culturales*, Valladolid, 2001, p. 341 e Adele PONTRELLI, *La gestione, la valorizzazione e la circolazione dei beni del patrimonio culturale nel Diritto Interno e Comunitario*, em *La Cultura e i suoi Beni Giuridici*, a cura di Vincenzo Caputi Jambrenghi, Bari, 1999, p. 39-142, p. 108. Anne DEROUT justifica essa interpretação restritiva por essa cláusula constituir uma derrogação aos princípios fundamentais do Tratado, cfr. *La Protection...*, p. 50.

¹³ Esta proibição foi vinculada pelo TJUE na decisão de 10/12/68, Proc. n.º 7/68, relativa às taxas devidas pela exportação de bens culturais na lei italiana de 1939. Itália argumentava que a taxa encontrava justificação na salvaguarda do património histórico, artístico ou arqueológico nacional, não tendo, por isso, natureza fiscal. No entanto, no entendimento do Tribunal, essa taxa equivalia a um direito aduaneiro à exportação. Esses bens estão submetidos às regras do mercado comum, com as excepções previstas no tratado, devendo estas ser interpretadas restritivamente.

¹⁴ No fundo estão aqui em causa as três vertentes do princípio da proporcionalidade conhecidos do Direito Administrativo.

Por fim, a medida restritiva não pode constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição encoberta ao comércio entre os Estados membros. Discriminação arbitrária é, designadamente, aquela fundada na nacionalidade¹⁵.

3. OS INSTRUMENTOS COMUNITÁRIOS DE COMPENSAÇÃO PELA ABOLIÇÃO DE FRONTEIRAS

3.1. Considerações Gerais

A necessidade de proteger os patrimónios culturais dos Estados membros e de salvaguardar a eficácia das normas internas restritivas da exportação (ou expedição)¹⁶ deu origem à aprovação de dois novos instrumentos comunitários.

O Regulamento (CEE) n.º 3911/92¹⁷ do Conselho, de 9 de Dezembro, tem por fim impedir a saída do território comunitário de bens culturais que tenham sido expedidos ilegalmente do seu país de origem, independentemente do país comunitário em que a exportação seja requerida. Esta medida é insuficiente, na medida em que (se for eficaz) impede a exportação do espaço comunitário, mas não obsta, de modo algum, à presença desse bem no país comunitário para o qual foi ilegalmente expedido.

Para fazer face a estas situações de expedição ilegal foi aprovada a

¹⁵ Como assinala Patrícia SALVAÇÃO BARRETO, o princípio da proibição de discriminação arbitrária seria violado se a lei contemplasse diferentes restrições à exportação consoante o Estado membro de destino, cfr. *A protecção do património cultural móvel na perspectiva da abolição das fronteiras físicas intracomunitárias*, policopiado FDL, 1992, p. 101.

¹⁶ Neste texto o termo exportação será utilizado no sentido tradicional, de saída do bem para fora das fronteiras do Estado a que se encontra vinculado. A LPC, na senda do Direito Comunitário, reservou o termo exportação para a saída com destino a países não integrantes da União Europeia e o termo expedição quando se destinar a um país da União.

¹⁷ Relativo à exportação de bens culturais. Foi alterado pelo Regulamento (CE) n.º 2469/96 do Conselho, de 16 de Dezembro, pelo Regulamento (CE) n.º 974/01 do Conselho, de 14 de Maio e pelo Regulamento (CE) n.º 806/2003 do Conselho, de 14 de Abril. Foi revogado e substituído recentemente pelo Regulamento (CE) n.º 116/2009 do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008.

Directiva n.º 93/7/CEE¹⁸ do Conselho, de 15 de Março, a qual estabelece mecanismos de restituição ao país de origem de bens culturais que tenham sido expedidos ilegalmente desse país.

Estes instrumentos visam adequar o ordenamento jurídico a um momento histórico pautado pela abolição de fronteiras no espaço comunitário.

3.2. O Regulamento (CE) n.º 116/2009 do Conselho, de 18 de Dezembro de 2008

3.2.1. Razão de ser, Aprovação e Funcionamento

Não se pode perder de vista que a exportação de bens para países terceiros é pautada pela regra da liberdade, como decorre do Regulamento (CEE) n.º 2603/69 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1969¹⁹. É certo que este Regulamento, designadamente no seu artigo 10.º, não prejudica a adopção de medidas restritivas à exportação de bens culturais. No entanto, os Estados membros não são obrigados a adoptar essas medidas e muito menos estão vinculados a aplicá-las a bens culturais originários de outros países e sem relação com a sua cultura.

No que concerne à matéria do (agora) Regulamento n.º 116/2009, não se optou, nem tal foi considerado praticável, pelo reconhecimento mútuo das legislações internas dos Estados membros. Esse instrumento veio, sim, regular a circulação com países terceiros mediante um controlo uniforme da exportação nas fronteiras exteriores do espaço comunitário. Isto é, foram harmonizadas as condições formais de exportação para países terceiros, quando os bens pertençam a uma categoria protegida pelo Regulamento. Neste caso, a exportação só pode ser deferida se o país de origem do bem emitir uma licença de exportação²⁰, a qual

¹⁸ Relativa ao retorno de bens culturais que tenham saído ilicitamente do território de um Estado membro. Foi alterada pela Directiva 96/100/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Fevereiro de 1997 e pela Directiva 2001/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Julho.

¹⁹ Cujá versão consolidada consta do regulamento (CE) n.º 1061/2009 do Conselho, de 19 de Outubro de 2009.

²⁰ Uma espécie de passaporte, como afirma MAGÁN PERALES. Cfr. *La Circulación...*, p. 420.

títula que esse bem pode ser exportado, independentemente do país comunitário em que essa exportação é requerida.

O regime criado pelo Regulamento n.º 116/2009 tem a sua razão de ser na facilidade de um bem cultural poder ser proposto para exportação num país comunitário que não é o seu país de origem, num acto precedido pela violação das regras restritivas da circulação de bens culturais vigentes no país a que pertence.

O Regulamento não veio interferir com as opções substanciais de protecção escolhidas pelos Estados membros para os seus patrimónios culturais²¹. Veio sobretudo criar novas regras procedimentais, as quais têm por base, mas não alteram, as opções legislativas de cada Estado membro. Isto é particularmente claro se atentarmos no facto de o Regulamento não proibir ou autorizar a exportação de qualquer bem. A sua essência está na emissão ou não de licença de exportação pelo país de origem. Daí que o Regulamento se traduza sobretudo num conjunto de formalidades²² a cumprir para que seja autorizada a expedição e exportação de bens culturais. Formalidades que terão de ser cumpridas pelo país de origem com a emissão da licença de exportação se esta for autorizada. E pelo país em que é proposta a exportação com a fiscalização da existência e regularidade daquela licença.

3.2.2. O Conceito de Bem Cultural

A compreensão do Regulamento n.º 116/2009 exige uma análise mais detalhada de alguns dos seus aspectos, a começar pelo conceito de bem cultural.

Este conceito não é de fácil determinação e difere de Estado membro para Estado membro. Foi entendido pela União que a exequibilidade do sistema de garantias comunitárias da exportação de bens culturais dependia da aprovação de um elenco de bens que ficariam sujeitos a essa protecção. Isto é, houve a necessidade de limitar os bens cuja exportação para fora do espaço comunitário ficaria dependente de licença. Assim,

²¹ Como afirmam Guido SAN LUCA e Rita SAVOIA, o Regulamento 3911/92 limitou-se a estabelecer um regime de controlo uniforme nas fronteiras externas da Comunidade (para evitar que o bem saísse para o exterior através de um Estado membro com legislação mais permissiva), sem mexer nas normas de exportação dos ordenamentos nacionais. Cfr. *Manuale di Diritto dei Beni Culturali*, Nápoles, 2008, p. 252.

²² É este o termo empregue pelo artigo 67.º da LPC.

independentemente da protecção conferida aos bens pelo seu Estado de origem, apenas a exportação dos bens incluídos no anexo I do Regulamento passou a depender da emissão de uma licença de exportação.

O Regulamento não veio impor limites à protecção conferida pelos Estados membros. No entanto, apenas aqueles bens que forem culturais na noção do Regulamento ficam ao abrigo das garantias comunitárias e, como tal, são beneficiados pelas disposições que visaram atenuar os perigos da abolição de fronteiras. O ponto mais relevante do Regulamento está, assim, na lista de bens que passaram a merecer esta protecção comunitária e que constam do anexo I.

As situações mais problemáticas são aquelas em que o bem é considerado bem cultural no seu Estado de origem, mas já não na acepção do Regulamento. Nestes casos, sem prejuízo da imperatividade da legislação desse Estado, a exportação para fora do espaço comunitário não carece de licença. Tal bem não beneficia das garantias comunitárias, ou seja, poderá sair do espaço comunitário sem que seja controlada a legalidade da sua expedição do seu país de origem. Basta para tal que a exportação seja exercida num Estado membro que não seja o seu Estado de origem.

A aprovação do elenco de bens culturais para efeitos do Regulamento não foi consensual. Os Estados membros do Norte pretendiam que o critério a adoptar fosse o do valor económico. Os Estados do Sul, designadamente os mediterrâneos, pretendiam que fosse adoptado o critério da antiguidade ou, de forma menos determinável, o do valor cultural. A solução passou pela combinação de todos estes critérios, mas com preponderância do valor económico do bem.

Na parte A do anexo são identificadas 15 categorias de bens culturais, nas quais releva sobretudo o tipo de bem e a sua antiguidade. Esses bens só são abrangidos pelo Regulamento se o seu valor exceder os limiares financeiros da parte B²³.

Como resulta do anexo, "*O valor financeiro é o do bem cultural no Estado membro referido no n.º 2 do artigo 2.º*", ou seja é o valor no Estado

²³ Os únicos bens protegidos independentemente do valor são os objectos arqueológicos, os que resultem do desmembramento de monumentos, incunábulo e manuscritos e os arquivos. Os valores de referência são de € 15.000 (mosaicos e desenhos, gravuras, fotografias e cartas geográficas e impressas), € 30.000 (aguarelas, guaches e pastéis), € 50.000 (estatuária, livros, colecções, meios de transporte e quaisquer outros objectos elencados na parte A com a antiguidade aí exigida) e € 150.000 (quadros).

competente para a emissão da licença de exportação, o Estado de origem.

As características próprias dos bens culturais fazem com que o regime instituído seja de difícil execução. Perante uma pretensão de exportação a Administração competente deparar-se-á com questões de difícil resposta. O bem enquadrar-se num dos tipos do anexo? Se sim, em qual? Qual o Estado de origem do bem? Qual o seu valor financeiro? Qual a sua antiguidade²⁴? No entanto, estas características são um pressuposto incontornável a qualquer regime que fosse instituído uma vez que são inerentes ao próprio objecto da protecção jurídica.

3.2.3. A Emissão da Licença de Exportação

A exportação dos bens culturais (identificados no anexo) para fora do território aduaneiro da União depende da apresentação de uma licença de exportação²⁵. Todo o mecanismo do Regulamento funda-se nesta licença, sendo importante analisar os aspectos referentes à sua emissão.

A competência para a emissão da licença está prevista no n.º 2 do artigo 2.º A regra geral ou situação típica é da alínea a), pertencendo a competência ao Estado membro em cujo território o bem cultural se encontrava, legal e definitivamente, em 1 de Janeiro de 1993. O facto de o bem se encontrar nesse território desde essa data, de forma legal e definitiva, fará com que, em princípio, esse seja o Estado de origem do bem, isto é, o Estado a cujo património cultural esse bem pertence.

A alínea b) regula situações em que o bem cultural circulou entre Estados depois de 1 de Janeiro de 1993. Se se tratar de expedição legal e

²⁴ A dificuldade de determinar a proveniência dos bens e o seu Estado de origem foi há muito apontada pela doutrina, em especial quando tais bens não foram objecto de classificação ou catalogação, o que acontece frequentemente com os bens arqueológicos. Cfr. MANLIO FRIGO, *La Protezione dei Beni Culturali nel Diritto Internazionale*, Milão, 1986, p. 194. Daphné VOUDORI realça as dificuldades dos serviços aduaneiros verificarem o Estado de origem do bem proposto para exportação e o seu enquadramento numa das categorias comuns. Cfr. *Circulation...*, p. 514. Martin REBOLLO salienta o problema da determinação do valor do bem e a sua antiguidade. Cfr. *El Comercio...*, p. 97.

²⁵ Artigo 2.º, n.º 1 do Regulamento n.º 116/2009. A ideia de um certificado a atestar a legalidade da exportação não é original. Consta, designadamente, na alínea a) do artigo 6.º da Convenção Relativa às Medidas a Adoptar para Proibir e Impedir a Importação, a Exportação e a Transferência Ilícitas da Propriedade de Bens Culturais adoptada em Paris, em 1970, no âmbito da UNESCO.

definitiva o Estado membro competente passará a ser o Estado de destino desse bem, perdendo o Estado de origem poderes sobre a circulação desse bem. Em caso de importação de países terceiros a competência para autorizar a exportação cabe ao Estado membro para o qual o bem foi importado.

O critério da competência para a emissão da licença de exportação não está directamente relacionado com a pertença cultural do bem, mas sim com critérios jurídico-administrativos²⁶. O que se compreende, atenta a dificuldade de determinação da integração cultural do bem. A competência pertence ao Estado a que sejam reconhecidos poderes de controlo sobre esse bem. Um Estado membro tem poderes de controlo sobre os bens que se encontrem no seu território, de forma legal e definitiva, pelo menos desde 1 de Janeiro de 1993 e sobre aqueles importados de um país terceiro ou de um Estado membro, neste último caso de forma legal e definitiva. A formulação *legal e definitiva* pretende significar que o Estado que autoriza tal exportação ou expedição prescindiu dos poderes de controlo sobre tal bem, passando estes poderes para o Estado de destino desse bem. Pretende salvaguardar todas aquelas situações em que a localização noutra Estado foi permitida pelo Estado de origem, o qual não abdicou dos poderes de controlo sobre esse bem, ou em que a saída do seu território foi efectuada ilegalmente. Ainda assim, pela aplicação destes critérios jurídico-administrativos, em regra, a competência para emitir a licença de exportação pertencerá ao Estado em cujo património cultural o bem está integrado.

A competência para emitir a licença de exportação não deverá ser confundida com a competência para autorizar a exportação. A autorização da exportação é da competência das autoridades do Estado membro em que o bem se encontra. Esta autoridade não deverá autorizar a exportação quando o requerente não estiver munido de licença de exportação que seja da competência doutro Estado membro. Naturalmente que muitas vezes essas competências pertencem às autoridades do mesmo Estado, nomeadamente se o bem cultural esteve sempre no território de um Estado membro.

²⁶ Como assinala François LAFARGE, o Estado de origem do bem (o património cultural a que pertence) é diferente de Estado de origem para o Direito Comunitário (o Estado com competência para autorizar a exportação). Cfr. *Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, Commento al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modifiche*, a cura di Marco Cammelli con il coordinamento di Carla Barbati e Girolamo Sciallo, Bolonha, 2007, p. 323.

“A licença de exportação pode ser recusada, para efeitos do disposto no presente regulamento, sempre que os bens culturais em causa sejam abrangidos por legislação de protecção do património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico no Estado-Membro em causa”, estipula o artigo 2.º, n.º 2 do Regulamento. A legalidade da decisão proferida sobre o pedido de emissão de licença de exportação será aferida de acordo com a legislação de protecção do património cultural vigente no Estado membro competente para a emissão da licença.

De acordo com o exposto, se o Regulamento n.º 116/2009 lograr a eficácia pretendida, o Estado membro em que é requerida a exportação para fora do território aduaneiro só pode deferir o requerimento se for lícita a exportação de acordo com a legislação do Estado de origem, licitude essa titulada pela emissão de licença de exportação.

Outras dificuldades deste sistema têm a ver com a fiscalização da legalidade da “aquisição” do bem pelo Estado membro com competência para a emissão da licença²⁷, em especial determinar se, em 1 de Janeiro de 1993, o bem se encontrava no seu território de forma legal e definitiva ou, de uma forma geral, determinar a proveniência dos bens. Essa dificuldade é, aliás, inerente à própria natureza dos bens culturais. Em caso de furto de bens culturais ou de saídas ilegais do Estado de origem na maioria dos casos será difícil determinar o país de origem desse bem, podendo o pedido de exportação (e o requerimento de licença de exportação) ser apresentado nos Estados membros com um regime de exportação de bens culturais mais permissivo. É que, como se disse, o Regulamento não autoriza ou proíbe a exportação de bens culturais, remetendo essa questão para a legislação do Estado com competência para emitir a licença de exportação. O que seria uma solução perfeitamente eficaz, se fosse possível garantir que efectivamente a autorização da exportação para fora do espaço comunitário é aferida pelo crivo da legislação do Estado membro a que pertence. O que se teme é que, na prática, o Estado membro em que é requerida a exportação afira da legitimidade da saída para fora do espaço comunitário com base na sua própria legislação, à revelia de qualquer outra indagação. Isto é, que o Estado membro com competência para autorizar a exportação assumia invariavelmente a competência para emitir a licença. O que viria inutilizar todo o regime do Regulamento.

²⁷ O Regulamento não tem mecanismos de controlo da forma como o Estado com competência para emitir a licença “adquiriu” o bem, cfr. François LAFARGE, // *Codice...*, p. 323.

3.2.4. O Regulamento (CEE) n.º 752/93 da Comissão, de 30 de Março

O Regulamento (CEE) n.º 752/93 da Comissão, de 30 de Março de 1993²⁸, aprovou as normas de execução do Regulamento (CEE) n.º 3911/92. Veio uniformizar os formulários em que são emitidas as autorizações de exportação prevista no Regulamento de base.

Foram criadas três tipos de autorização: a autorização normal, a autorização aberta específica e a autorização aberta geral. A autorização normal é uma autorização definitiva de exportação para fora do território comunitário²⁹. As autorizações abertas são autorizações temporárias. *“As autorizações abertas específicas podem ser emitidas para bens culturais específicos que possam ser exportados temporariamente da Comunidade numa base regular para serem utilizados e/ou exibidos num país terceiro”*, de acordo com o n.º 1 do artigo 10.º Neste caso, a União impõe que a autorização só seja concedida se existirem garantias que assegurem, designadamente, a reimportação. As autorizações abertas gerais podem ser emitidas a museus ou outras instituições *“para cobrir a exportação temporária de qualquer bem da pertença das suas colecções permanentes que possa ser exportado temporariamente da Comunidade numa base regular para exibição num país terceiro”*, nos termos do n.º 1 do artigo 13.º O prazo de validade das autorizações abertas não pode exceder cinco anos³⁰, passados os quais terá de ser requerida nova autorização.

3.2.5. A Aplicação do Regulamento n.º 116/2009

O n.º 3 do artigo 10.º do Regulamento n.º 116/2009 impõe que a Comissão apresente trienalmente ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu um relatório sobre a sua aplicação. No ano 2000 foi apresentado um primeiro Relatório, de apreciação conjunta com a Directiva 93/7/CEE³¹.

²⁸ Foi alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1526/98 da Comissão, de 16 de Junho e pelo Regulamento (CE) n.º 656/2004 da Comissão, de 7 de Abril.

²⁹ O prazo de eficácia dessa autorização não pode ser superior a doze meses a contar da sua emissão, de acordo com o n.º 1 do artigo 9.º Ou seja, passado esse prazo a autorização para exportar caduca.

³⁰ Artigo 10.º, n.º 3 e artigo 13.º, n.º 3.

³¹ O Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico

Da análise desse relatório pode concluir-se que a aplicação do Regulamento está a fracassar, não permitindo, designadamente, assegurar que a licença de exportação seja emitida pelo país competente nos termos do artigo 2.º No fundo, a Comissão reconhece que o sistema não funciona em caso de expedição ilegal entre Estados membros. O que é uma afirmação preocupante se tivermos em conta que era precisamente esse o problema prático que o Regulamento deveria solucionar! Segundo a Comissão Europeia, o problema reside na falta de cooperação entre Estados membros³². Aponta-se ainda que não foi criada, nem institucionalizada, a cooperação prevista no artigo 6.º

A aplicação prática do Regulamento afigurava-se de grande dificuldade atenta a também difícil tarefa de determinar o Estado de origem de um bem cultural. Na verdade, um bem cultural não tem um rótulo que permita associá-lo imediatamente a um Estado. Verifica-se agora que, mesmo quando é possível identificar a origem de um bem cultural, os Estados não têm cooperado entre si com o fito de indagar da legalidade da expedição. Assim sendo, tal como se temia, a prática será a aferição da legalidade da exportação de acordo com a legislação do Estado membro em que é solicitada a exportação, deixando de haver distinção entre Estado com competência para a emissão da licença e de Estado com competência para a autorizar. Frustra-se assim todo o regime instituído pelo Regulamento.

3.3. A Directiva n.º 93/7/CEE do Conselho, de 15 de Março

3.3.1. Enquadramento

Sobre um bem cultural incidem duas diferentes relações de domínio, as quais podem ou não confluir na mesma pessoa jurídica. Como qualquer coisa material, um bem cultural rege-se pelos direitos reais

e Social sobre a aplicação do Regulamento (CEE) n.º 3911/92 e da Directiva 93/7/CEE, elaborado em 25/05/2000, COM(2000) 325 final (não publicado mas disponível no site Eur-Lex). Será aqui denominado de 1.º Relatório da Comissão.

³² Os números de consultas a outros Estados membros prévios à autorização de exportação são muito reduzidos e poucos são os Estados que recusam a exportação com fundamento na omissão de apresentação de declaração da licitude da expedição de outro Estado membro. Cfr. 1.º Relatório da Comissão, p. 12.

conhecidos do Direito Privado, designadamente pelo ancestral direito de propriedade. No entanto, um bem cultural assume também a natureza de bem de interesse público para o Estado cujos valores culturais reflecte. Esta qualidade faz com que ao Estado de origem do bem sejam reconhecidos poderes de controlo que muitas vezes se sobrepõem às prerrogativas do proprietário e que legitimam, designadamente, a proibição de exportação desse bem. Esta é uma relação de domínio de cariz juspublicista, característica dos bens culturais.

Estas duas diferentes relações de domínio têm âmbitos diferenciados e podem ser violadas no plano dos factos. O proprietário pode ser desapossado (ilegalmente) do seu bem contra a sua vontade. Assim como pode ser posto em causa um dos poderes de controlo do Estado sobre o bem cultural, designadamente se tal bem for exportado em violação das normas legais aplicáveis.

A ordem jurídica apresenta instrumentos jurídicos para reagir a essas violações. Esses instrumentos de reacção são distintos consoante esteja em causa a garantia dos direitos reais sobre a propriedade ou o poder de cariz pública do Estado de origem do bem. Em caso de exportação ilegal sem intervenção do proprietário, designadamente em caso de furto/roubo, estes dois tipos diferenciados de reacção coexistem, ainda que com fins diferentes.

Neste texto será apenas abordado o regime juspublicista de retorno de bens culturais exportados ilegalmente. Isto é, aquele que permite ao Estado de origem reivindicar o retorno do bem cultural ao seu território sem que se encontre legitimado pela detenção de um direito de propriedade. Para além disso, a análise restringe-se ao regime instituído pela Directiva comunitária³³.

3.3.2. Funcionamento

O funcionamento base do regime instituído pela Directiva 93/7/CEE³⁴ consta do artigo 2.º: *“Os bens culturais que tenham saído ilícitamente do território de um Estado membro serão restituídos segundo os*

³³ No Direito Internacional Público importa atentar no disposto na Convenção da UNESCO realizada em Paris no ano de 1970 e na Convenção do UNIDROIT sobre bens culturais roubados ou ilícitamente exportados, assinada em Roma em 1995.

³⁴ A Directiva também é aplicável aos Estados membros da Associação Europeia de Comércio Livre (EFTA) signatários do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu.

trâmites e nas condições previstas na presente directiva”. No articulado são concretizados os conceitos chave do sistema, designadamente *bem cultural* e *saída ilícita do território de um Estado membro*, assim como os trâmites e as condições da restituição.

Como o preceito citado já inculca, a restituição aqui em causa tem um cariz estritamente juspublicista e baseia-se na salvaguarda dos poderes do Estado sobre o seu património cultural. Os direitos do proprietário não são aqui tutelados, contrariamente ao que se verifica na Convenção do UNIDROIT, a não ser indirectamente, por via do retorno da coisa ao seu Estado de origem.

A ideia geral é a de que o retorno será requerido por via de acção judicial³⁵ e ordenada pelo juiz do Estado em que o bem se encontra, quando o Estado de origem demonstrar que se trata de um bem protegido e foi exportado ilicitamente depois de 1 de Janeiro de 1993, recebendo o possuidor de boa fé uma indemnização fixada pelo tribunal³⁶.

Um sistema que garantisse de forma plena a protecção dos patrimónios nacionais asseguraria o retorno de todos os bens que tivessem saído ilegalmente do Estado de origem e fossem encontrados num país comunitário. No entanto, seria no mínimo exigível que fosse aprovado um instrumento comunitário que permitisse o retorno ao Estado de origem de todos os bens culturais cuja exportação (para fora do espaço comunitário) carecesse de licença, nos termos do Regulamento. Isto é, a directiva deveria salvaguardar a restituição dos bens elencados no anexo do Regulamento que tenham saído ilegalmente do Estado de origem (e que se encontrem no espaço comunitário, naturalmente). Até por uma questão de coerência do sistema comunitário. Seria lógico que o Direito Comunitário assegurasse o retorno ao Estado de origem daqueles bens cuja saída do espaço comunitário está dependente de licença a emitir por esse mesmo Estado.

Todavia, adiantando ilações, esse objectivo mínimo não foi alcançado. O que significa que não existe um mecanismo jurídico que per-

³⁵ Esta acção é considerada pela doutrina como a primeira acção judicial genuinamente comunitária, cfr. MAGÁN PERALES, *La Circulación...*, p. 440 e Paloma LÓPEZ-CARCELLER MARTÍNEZ, *La Reivindicación de los Bienes Culturales Muebles Ilegalmente Exportados*, Valencia, 2001, p. 84.

³⁶ Tal como a Convenção do UNIDROIT, a Directiva funda-se no princípio do direito à restituição do bem cultural mediante o pagamento pelo Estado de indemnização ao possuidor de boa fé.

mita restituir bens culturais que o Direito Comunitário quis proteger, designadamente salvaguardando-os da exportação ilícita. Permitindo assim duvidar da homogeneidade destes instrumentos comunitários.

3.3.3. O Conceito de Bem Cultural

O conceito de bem cultural³⁷ assenta em dois requisitos cumulativos: a inserção numa das categorias do anexo da Directiva e a classificação do bem. Começando pelo primeiro.

Foi intenção declarada da União limitar o âmbito de aplicação do regime para facilitar a cooperação entre Estados, designadamente para assegurar a sua eficácia e evitar uma carga burocrática excessiva. Essa limitação consubstanciou-se na aprovação de um elenco de categorias de bens culturais, às quais seria restringido o sistema de restituição. O anexo desta Directiva coincide com o do Regulamento, estando por isso, nesta parte, em harmonia³⁸. No entanto, contrariamente ao que se verifica no anexo do Regulamento, o valor financeiro do bem será aquele reconhecido no Estado membro requerido e não o valor no Estado membro requerente.

Optou-se também por admitir o retorno sempre que esteja em causa bem integrante “*das colecções públicas repertoriadas nos inventários dos museus, arquivos e fundos de conservação das bibliotecas*”³⁹. Nesta parte alargou-se a noção de bem cultural do Regulamento, na medida em que este limita-se a remeter para a lista do seu anexo.

A não aplicação obrigatória a qualquer bem que integre o património cultural de um Estado membro, designadamente por decorrência do seu valor económico, foi o ponto mais polémico da Directiva. Há mesmo quem considere tratar-se de uma limitação à soberania nacional

³⁷ Artigo 1.º, n.º 1: “*um bem classificado, antes ou depois de ter saído ilicitamente do território de um Estado membro, como «património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico», de harmonia com a respectiva legislação nacional ou os processos administrativos nacionais, na acepção do artigo 36.º do Tratado, e que pertença a uma das categorias previstas no anexo da presente directiva ou que, não pertencendo a uma destas categorias, faça parte integrante das colecções públicas repertoriadas nos inventários dos museus, arquivos e fundos de conservação das bibliotecas*”.

³⁸ De referir que o n.º 1 do artigo 14.º da Directiva autoriza os Estados membros a alargar o âmbito da restituição a categorias de bens não incluídas no anexo, o que farão naturalmente na transposição da Directiva para o seu ordenamento jurídico.

³⁹ Cfr. artigo 1.º

em matéria de tutela do património cultural, em contraste com o estabelecido no artigo 36.º do TFUE⁴⁰.

Restrição menos comentada, mas, julga-se, de importância não menor, é a que obriga a que o bem seja objecto de um acto de classificação⁴¹, “*antes ou depois de ter saído ilicitamente do território de um Estado membro*”⁴². Essa limitação é afirmada no n.º 1 do artigo 1.º e, sanando qualquer dúvida, no artigo 5.º, o qual impõe que o requerimento inicial seja instruído com “*um documento que descreva o bem que é objecto de pedido e que ateste a sua qualidade de bem cultural*”⁴³.

O termo *classificação* deverá, porém, ser interpretado num sentido amplo. Bastará qualquer acto formal que reconheça o valor cultural do bem, independentemente de tal acto assumir a designação de classificação. Aliás, em diversas ordens jurídicas não existe um acto denominado de classificação, nomeadamente em Espanha e Itália⁴⁴. Assim, em Portugal, para efeitos desta Directiva, também os bens inventariados são bens “classificados”.

Compreende-se a intenção de limitar a cooperação àqueles casos em que o bem foi assumido como bem cultural em momento prévio ao do pedido de restituição. Dir-se-ia que não faria sentido conceder esta prerrogativa relativamente a um bem que até esse momento não tinha sido objecto de qualquer protecção por parte do Estado de origem⁴⁵. No entanto, esta perspectiva contraria as necessidades de protecção que

⁴⁰ Cfr. Adele PONTRELLI, *La gestione...*, p. 130.

⁴¹ De acordo com Tommaso ALIBRANDI e Piergiorgio FERRI, o tribunal está vinculado a aceitar a qualificação do bem instituída pelo direito interno do Estado requerente. Pode apenas suscitar, ao abrigo do actual artigo 267.º do TFUE, a conformidade da norma interna com o artigo 36.º do TFUE. Cfr. *I Beni Culturali e Ambientali*, Milão, 1995, p. 522-523. O mesmo se verifica no que concerne à conformidade da norma que limita ou restringe a saída do bem do seu território.

⁴² Restrição essa que não existe na noção de bem cultural da Convenção UNIDROIT e do Regulamento (CE) n.º 116/2009. De forma menos definida, esse requisito constava também da Convenção da UNESCO.

⁴³ De acordo com MAGÁN PERALES, o artigo 5.º demonstra que a salvaguarda do bem só é possível se estiver catalogado pelo Estado. Cfr. *La Circulación...*, p. 458.

⁴⁴ A expressão *classificado* é também a que consta da versão espanhola (*clasificado*) e francesa (*classé*) da Directiva. Já em Itália foi utilizada a expressão *qualificato*. O que parece corroborar a interpretação ampla aludida.

⁴⁵ Ou, como foi justificado pela Comissão, não fazer sentido restituir um bem que poderia eventualmente sair novamente do território do país de origem, desde que cumpridos certos procedimentos e formalidades. Cfr. Anne DEROUT, *La Protection...*, p. 103.

são específicas dos bens culturais móveis, marcadas pelo princípio da prevenção. Pela natureza própria destes bens, os Estados desconhecem parte significativa do “seu” património cultural móvel, contrariamente ao que se verifica relativamente ao património imóvel⁴⁶.

Ora, a Directiva não permite o retorno destes bens, não salvaguardando a eficácia das legislações dos Estados membros que limitam a sua exportação. Mais importante do que isso, tais bens carecem de licença de exportação para efeitos do Regulamento n.º 116/2009, desde que se integrem numa das categorias do anexo. Mas não encontram qualquer protecção nos mecanismos de restituição comunitários.

Nem o facto de se permitir que o bem cultural venha a ser “classificado” pelo Estado de origem em momento posterior à saída ilícita do território do Estado permite colmatar a insuficiência apontada. Desde logo porque, uma vez que o regime só se aplica a bens “classificados”, o Estado de destino não irá encetar a cooperação quando tomar conhecimento que o bem não se encontra sob um regime de protecção⁴⁷. Não sendo encetada a cooperação, o Estado de origem nem sequer tem conhecimento da existência desse bem ou, pelo menos, da saída do seu território. Por outro lado, vê-se com grande dificuldade que o Estado de origem tenha condições para proceder ao reconhecimento formal do interesse cultural de um bem que tendencialmente não conhece e de que não tem plena disponibilidade⁴⁸. Como exposto, o artigo 5.º da Directiva exige a descrição do bem. Para além disso, o Estado de destino só parece estar vinculado à cooperação pelo período de dois meses, nos termos do n.º 3 do artigo 4.º O procedimento a desencadear no Estado de origem para efeitos da aplicação do regime da Directiva não estará concluído neste prazo⁴⁹.

⁴⁶ Por assim ser, as limitações e restrições à exportação (para fora do território) aplicam-se não só aos bens cujo interesse cultural já foi reconhecido, mas também relativamente àqueles que assumam características que indiquem a sua relevância cultural. A exportação desses bens é limitada, nem que seja pela mera necessidade de comunicação da exportação, a fim do Estado poder aferir do interesse cultural desse bem.

⁴⁷ A cooperação está consignada à notificação “*em caso de descoberta de bens culturais no seu território, se houver motivos razoáveis para presumir que tais bens saíram ilícitamente do território de outros Estados membros*”, cfr. artigo 4.º, n.º 2.

⁴⁸ O n.º 3 do artigo 4.º parece permitir o acesso ao bem pelo Estado requerente. No entanto, esta norma parece ter em vista as situações em que o bem encontrado corresponde ao bem “classificado” e não para viabilizar diligências instrutórias num procedimento de “classificação”.

⁴⁹ Em Portugal, o prazo normal para os procedimentos de classificação e inventariação

Em suma, o procedimento de retorno não deveria depender da “classificação” do bem pelo Estado de origem. Descoberto bem que se enquadre no anexo da Directiva e sendo conhecida a sua proveniência, o Estado de destino deveria comunicar a descoberta àquele Estado, o qual, se a saída do seu território tivesse ocorrido de forma ilegal, poderia reivindicar o retorno do bem. Retornado o bem, o Estado de origem poderia lançar mão das disposições internas relativas à exportação desse bem. Em especial, se a exportação dependesse de mera comunicação, poderia esse Estado iniciar procedimento tendente ao reconhecimento formal do seu interesse cultural.

3.3.4. O Conceito de Saída Ilícita do Território de um Estado Membro

O segundo conceito chave no funcionamento da Directiva é o de saída ilícita do território de um Estado membro⁵⁰. É ilícita a saída de bem cultural cuja exportação estava proibida pela legislação nacional. De igual forma se a exportação carecia de qualquer autorização e esta não foi requerida ou não foram respeitados os seus termos. Finalmente, é ainda ilícita a exportação de bem sem que tenha sido cumprida a comunicação prévia imposta pela legislação nacional. Salvaguarda-se também a regulação comunitário, estendendo-se a ilicitude à violação do Regulamento⁵¹.

É importante realçar que a ilicitude é aferida à data da efectivação da saída do território. Assim, a posterior classificação do bem, para efeitos do n.º 1 do artigo 1.º da Directiva, não releva para efeitos da ilicitude da exportação. Por outro lado, a ilicitude da exportação terá de manter-se até à data da instauração da acção. Se nessa data tais factos deixarem

é de um ano, de acordo com o artigo 24.º da LPC.

⁵⁰ Na definição do n.º 2 do artigo 1.º, “a saída do território de um Estado membro em violação da legislação desse Estado membro em matéria de protecção do património nacional ou em violação do Regulamento (CEE) n.º 3911/92, bem como o não regresso decorrido o prazo de uma expedição temporária ilícita, ou qualquer violação de uma das outras condições dessa expedição temporária”.

⁵¹ A referência ao Regulamento visa abarcar as situações em que os bens foram exportados para um país terceiro e depois reimportados para um país da União que não é o Estado requerente. Cfr. Daphné VOUDORI, *Circulation...*, p. 518.

de constituir um ilícito, a acção de retorno improcede⁵².

É duvidoso que o Tribunal possa aferir da ilicitude da exportação declarada pelo Estado requerente. Ou seja, aferir da forma como a norma interna foi aplicada. Aponta para uma resposta negativa o facto do requerimento inicial dever ser instruído com “*uma declaração das autoridades competentes do Estado membro requerente segundo a qual o bem cultural saiu ilicitamente do seu território*”⁵³. Por outro lado, como exposto, o Tribunal pode aferir da conformidade da norma interna aplicada com o Direito Comunitário.

Assim, o conceito de *saída ilícita do território de um Estado membro* não limita o âmbito de aplicação do regime comunitário de restituição.

3.3.5. Pressupostos Processuais

O regime de restituição comunitário compreende duas fases: a fase de cooperação e a fase judicial. A fase de cooperação pode ter origem no pedido de um Estado membro a outro Estado membro (presumivelmente o Estado de destino) para procurar “*um dado bem que tenha saído ilicitamente do território e a identificação do possuidor e/ou detentor*”⁵⁴. Ou na notificação dirigida pelo Estado de destino ao Estado de origem, na qual se informe a descoberta no seu território de um bem cultural, havendo motivos razoáveis para presumir que a expedição do Estado de origem ocorreu ilegalmente⁵⁵. O Estado membro requerido assume a função de intermediário entre o possuidor/detentor, assim como uma função de garante da conservação e custódia desse bem⁵⁶. Passada esta fase de cooperação, o Estado membro requerente pode desencadear o processo judicial.

A acção judicial deve ser intentada no tribunal competente do Estado membro requerido⁵⁷. O Estado membro requerido é o Estado em

⁵² Artigo 7.º, n.º 2.

⁵³ Artigo 5.º, n.º 2. Sem discutir verdadeiramente a questão, Daphné VOUDORI considera que o Tribunal pode apreciar se o bem saiu ilegalmente do Estado de origem e se é um bem cultural de acordo com a Directiva. Cfr. *La Circulation...*, p. 520.

⁵⁴ Artigo 4.º, n.º 1.

⁵⁵ Artigo 4.º, n.º 2.

⁵⁶ Artigo 4.º, n.ºs 3 a 6.

⁵⁷ Cfr. MAGÁN PERALES, *La Circulación...*, p. 455 e Paloma MARTÍNEZ, *La Restitución...*, p. 79. O que, a nosso ver, resulta com alguma clareza dos artigos 5.º e 9.º do articulado. Não concordamos com Guido CARDUCCI quando afirma que o Tribunal competente poderá ser outro, de acordo com as que forem as opções da

cujo território foi encontrado o bem. A acção judicial deve ser instaurada “*contra o possuidor e, na falta deste, contra o detentor*” do bem.

A legitimidade activa pertence em exclusivo ao “*Estado membro de cujo território o bem cultural saiu ilicitamente*”, Estado esse na Directiva denominado de Estado membro requerente⁵⁸. Em caso de sucessivas expedições ilegais, a Directiva não apresenta critérios para determinar qual o Estado cujo direito à restituição prevalece.

Tal como já se disse a propósito da competência para a emissão da licença de exportação prevista no Regulamento, a mera análise do objecto em questão não será muitas vezes esclarecedora do seu Estado de origem. Pode mesmo acontecer que o Estado em que o bem se encontre venha a considerá-lo integrante do seu património cultural, uma vez que foi encontrado no seu território. Esta é uma insuficiência difícil de ultrapassar e decorre da dificuldade de ligar um bem à cultura de um Estado. No entanto, contanto que a “descoberta” seja comunicada aos outros Estados membros, atendendo a que a Directiva exige a “classificação” do bem, o Estado que tiver procedido à classificação será, em princípio, o Estado com direito à restituição. Não será esse necessariamente o Estado de origem do bem, mas só ele poderá beneficiar dos mecanismos de restituição. Em caso de concorrência de direitos à restituição⁵⁹ deverá recorrer-se aos critérios do n.º 2 do artigo 2.º do Regulamento n.º 116/2009, os quais definem o Estado competente para a emissão da licença de exportação.

3.3.6. Restrições Temporais à Restituição

À semelhança do que veio a estipular-se na Convenção UNIDROIT, a Directiva apresenta ainda outras restrições ao direito à restituição, designadamente de carácter temporal. A mais importante tem a ver com a sua aplicação temporal.

legislação interna do Estado requerido, à semelhança do que se verifica no regime da Convenção UNIDROIT. Cfr. *La restitution...*, p. 379-380.

⁵⁸ Artigo 1.º, n.º 3.

⁵⁹ Cumpridas as obrigações de comunicação impostas pelo artigo 6.º, todos os Estados membros tomam conhecimento da instauração de uma acção de restituição. Todavia, no segundo relatório sobre a aplicação da Directiva 93/7/CEE, Bruxelas, 21/12/2005 COM(2005) 675 final (não publicado, mas disponível no site Eur-Lex), doravante referido como 2.º Relatório da Comissão, assinala-se que as disposições do artigo 6.º não estavam a ser cumpridas. Cfr. p. 9.

De acordo com o artigo 13.º, a Directiva “*é aplicável apenas às saídas ilícitas do território de um Estado membro ocorridas a partir de 1 de Janeiro de 1993*”. Esta restrição originou ainda a dificuldade de provar a data da saída ilícita, em particular quando se tratar de bens não inventariados, o que acresce à dificuldade de determinar o país de origem.

Esta norma comprova que a Directiva visou colmatar os efeitos negativos para a protecção do património cultural originados pela abolição de fronteiras internas, não se tendo querido instituir um mecanismo geral de restituição. Foi uma medida de acompanhamento da supressão dos controlos fronteiriços internos⁶⁰.

Tal como acontece com o anexo de bens culturais, o n.º 2 do artigo 14.º autoriza expressamente que os Estados membros apliquem este regime aos bens saídos ilicitamente de outros Estados membros antes de 1 de Janeiro de 1993⁶¹. Os Estados membros não podem é exigir reciprocidade nessa extensão.

O segundo tipo de restrições temporais passou pela consagração de prazos de prescrição. De forma absolutamente imperativa, aliás. Os Estados membros têm um ano para intentar a acção de restituição, “*a contar da data em que o Estado membro requerente teve conhecimento do local em que se encontrava o bem cultural e da identidade do seu possuidor ou detentor*”⁶². De qualquer modo, a acção prescreve decorridos 30 anos da data da exportação ilegal ou de 75 anos se estiver em

⁶⁰ No 2.º Relatório da Comissão assume-se que “*a Directiva 93/7/CEE é uma medida de acompanhamento do mercado interno cujo objectivo é conciliar o funcionamento do mercado interno com a garantia, para os Estados-Membros, de protecção dos bens culturais com estatuto de património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico, em conformidade com o artigo 30.º do Tratado CE. Esta Directiva não tem por finalidade combater o tráfico ilegal de bens culturais.*”. Cfr. p. 3-4.

⁶¹ De acordo com o 1.º Relatório da Comissão, o qual se baseou nas informações transmitidas pelos Estados membros, nenhum Estado fez uso da possibilidade de alargar a obrigatoriedade de restituição a outras categorias de bens culturais para além das previstas no anexo, e apenas a República da Grécia decidiu aplicá-la aos bens culturais saídos ilicitamente do território de outros Estados membros antes de 1 de Janeiro de 1993. Cfr. p. 16. Como veremos, será de entender que as acções de restituição que corram em Portugal não se encontram limitadas pelo elenco de bens culturais da Directiva.

⁶² Artigo 7.º, n.º 1.

causa parte das colecções públicas a que se refere o n.º 1 do artigo 1.º⁶³.

Parece claro que a acção não poderia ser instituída como imprescritível. No entanto, os prazos que constam da Convenção UNIDROIT são mais razoáveis, em especial o de prescrição relativa⁶⁴. Também o de prescrição absoluta se revela insuficiente se tivermos em conta que, como é reconhecido pela Comissão, “*os bens culturais saídos ilícitamente de um país só reaparecem após uma média de 20 a 30 anos*”⁶⁵.

3.3.7. A Aplicação da Directiva n.º 93/7/CEE

O artigo 16.º da Directiva estipula obrigações de acompanhamento da execução do seu regime. Cada Estado membro deve apresentar trienalmente à Comissão um relatório sobre a sua aplicação⁶⁶. Com a mesma periodicidade a Comissão apresenta um relatório de avaliação da aplicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social⁶⁷. E, no termo do período de três anos, o Conselho avaliará a eficácia da Directiva e, sob a proposta da Comissão, procederá às adaptações necessárias.

Da leitura dos dois Relatórios da Comissão, o primeiro em comum com a apreciação do Regulamento n.º 3911/92, poderá concluir-se que

⁶³ Segundo Anne DEROUT, a proposta inicial era de 5 anos para a prescrição relativa e de 30 para a prescrição absoluta, sem a excepção da parte final. Esta excepção foi introduzida pela acção dos países do Sul, em especial Itália e Grécia. Cfr. *La Protection...*, p. 104. A prescrição não está sujeita aos casos de suspensão e interrupção consignados na ordem jurídica interna, por terem sido fixados pela Directiva, cfr. António MANSI, *Il Nuovo Testo Unico per i Beni Culturali e Ambientali*, Padova, 2000, p. 118. Mais, como afirma Martin REBOLLO, o prazo prescricional sobrepõe-se a eventuais normas internas que prevejam a imprescritibilidade desses bens, designadamente como bens do domínio público, por via da prevalência do Direito Comunitário. Cfr. *El Comercio...*, p. 105.

⁶⁴ A Comissão parece ser favorável ao alargamento do prazo para 3 anos, na sequência das comunicações apresentadas pelos Estados membros. Cfr. 2.º Relatório, p. 10. No entanto, ainda não foi efectivada.

⁶⁵ Cfr. 2.º Relatório, p. 8.

⁶⁶ Em 1996 nenhum Estado membro tinha enviado o relatório, o que levou a Comissão a dirigir-lhes um questionário, cfr. 1.º Relatório da Comissão, p. 2. O mesmo veio a verificar-se no período seguinte, cfr. 2.º Relatório, p. 6.

⁶⁷ Face à falta de cooperação dos Estados membros e à escassa aplicação dos artigos 4.º e 5.º, neste 2.º Relatório a Comissão considera não ser necessário manter a obrigação formulada no artigo 16.º de elaborar um relatório trienalmente.

a aplicação da Directiva está a ser um fracasso. A sua aplicação é muito pouco frequente⁶⁸.

Apesar de os Estados membros reconhecerem a utilidade do regime, muitos confessam não utilizarem os seus mecanismos por alguns dos seus pressupostos serem muito restritivos, designadamente o âmbito de aplicação temporal, os prazos de prescrição e a tipicidade dos bens culturais. Mais prejudicial para a aplicação do regime de restituição será, porém, a falta de cooperação e de intercâmbio de informações entre Estados membros, sendo estes pressupostos indispensáveis para o bom funcionamento do regime de restituição.

3.3.8. O Retorno de Bens Culturais Exportados Ilegalmente na Legislação Portuguesa

A disciplina jurídica da Directiva 93/7/CEE do Conselho deverá encontrar repercussão em acto legislativo de cada um Estados membros.

Em Portugal a transposição da Directiva 93/7/CEE assume contornos caricatos⁶⁹. A matéria relativa à Directiva só foi abordada por acto legislativo no artigo 69.º da LPC aprovada em 2001. Este artigo mais do que transpor a Directiva remete para ela. Da conjugação dos n.ºs 1 e 2 desse preceito resulta que “*os bens pertencentes ao património cultural de outro Estado e que se encontrem em território nacional em consequência da violação da respectiva lei de protecção*” “*são restituíveis nos termos do direito comunitário ou internacional que vincular o Estado Português*”.

⁶⁸ No espaço comunitário, entre 1993 e 1999, foram restituídos 5 bens culturais, todos eles sem recurso a acção judicial. Entre 1999 e 2003 efectuaram-se cinco restituições decorrentes de cooperação entre autoridades nacionais, sem recurso a acção judicial.

⁶⁹ Em 1998 Peter WESSMAN escreveu que Portugal notificou a Comissão que não iria transpor a Directiva, na medida em que a sua legislação era suficiente para atender aos objectivos da mesma. Cfr. *La protection des biens culturels au sein du marché intérieur*, em La Cultura e i suoi Beni Giuridici, AAVV, a cura di Vincenzo Caputi Jambrenghi, Bari, 1999, 215-224, p. 219. Poderia estar em causa o então vigente n.º 2 do artigo 31.º da Lei n.º 13/85. No entanto, por muitas virtudes que essa norma possa ter, não constitui certamente o acto de transposição exigido. Por sua vez, segundo MAGÁN PERALES, em texto de 2001, Portugal tinha comunicado à União que a Directiva tinha sido transposta pela Lei n.º 90-C/95, de 1 de Setembro. No entanto, como o próprio Autor refere, essa é uma lei de habilitação e veio a caducar. Cfr. *La Circulación...*, p. 491. E não tem sequer uma referência à Directiva ou à matéria que esta regula. No anexo II do 1º Relatório da Comissão, com a *Referência das disposições nacionais de transposição*, consta a Lei n.º 90-C/95 e a “*lei do património cultural português de 1985*”.

Face a isto, será de entender que o regime da Directiva vigora por aplicação directa do seu articulado, com as especificidades vertidas na LPC.

O Estado Português reduziu o regime de restituição a um único artigo, o qual também regula aspectos do comércio de bens culturais.

O n.º 1 deste artigo 69.º da LPC versa sobre a validade dos negócios jurídicos celebrados em Portugal incidentes sobre bens pertencentes ao património cultural de outro Estado e cuja localização em território português teve origem na violação da respectiva lei de protecção. Esses negócios são nulos, mas em condições de reciprocidade.

O n.º 2 do artigo 69.º acolhe em bloco o regime de restituição de bens culturais estrangeiros saídos ilegalmente do seu Estado de origem (e que sejam encontrados em Portugal) que conste do Direito Comunitário ou Internacional que vincule o Estado Português.

Unicamente para efeitos da Directiva, o n.º 3 do artigo 69.º autoriza que a restituição seja “*limitada às categorias de objectos relacionadas nos actos de direito comunitário derivado*”. Está aqui em causa, naturalmente, o anexo da Directiva. Ora, constata-se que tal limitação não foi até ao momento efectivada. Pelo que, será de entender que a acção de restituição movida em território português não se encontra limitada aos bens culturais do anexo da Directiva.

Os n.ºs 4 a 6 do artigo 69.º regulam aspectos parcelares dos processos de restituição a correr nos tribunais portugueses. Não é claro se esses preceitos se aplicam exclusivamente à acção de restituição da Directiva ou se também têm por objecto outras acções de restituição, designadamente fundadas na Convenção UNIDROIT. Tendemos a considerar que o melhor entendimento é este segundo, o que parece resultar da parte final do n.º 4 e, incidentalmente, da alínea e) do n.º 5.

De acordo com o n.º 4, a acção de restituição instituída pela Directiva (e pela Convenção UNIDROIT) é da competência dos tribunais judiciais⁷⁰.

Como decorre do n.º 5, a saída ilegal de um bem cultural do território do Estado é a causa de pedir e o fundamento da legitimidade do requerente. A acção de restituição está ao dispor dos Estados membros da União Europeia e “*de Estado em condições de reciprocidade na ordem interna portuguesa que lhe confira tal direito*”. Esta parte final parece ser a tradicional cláusula de reciprocidade.

⁷⁰ A relação material controvertida parece ser de Direito Público, apesar de aparentemente não se subsumir a qualquer das alíneas do n.º 1 do artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

O objecto do litígio encontra-se circunscrito aos itens do n.º 5. Os itens das alíneas a) e b) constituem os requisitos de procedência da acção e têm por referência o artigo 8.º da Directiva e, com algumas diferenças, o artigo 5.º da Convenção UNIDROIT.

No que concerne à acção da Directiva, se a perspectiva que se deixou estiver correcta, não poderá o tribunal português indagar da correcção da qualificação do bem como bem cultural, nem da ilegalidade da saída do território⁷¹. Estará, assim, o juiz limitado, nesta parte, a uma análise formal. Restam outros requisitos para a efectivação da restituição, designadamente os temporais.

As alíneas c) e d) são relativas à boa fé do possuidor ou detentor e à eventual indemnização a arbitrar. A denominada boa fé⁷² deverá ser aferida com base no artigo 7.º da Directiva. Pior é a alusão legal a uma indemnização “*a arbitrar ao possuidor ou detentor de boa fé*”, na medida em que tanto a Directiva como a Convenção UNIDROIT só reconhecem direito de indemnização ao possuidor.

A alínea e) constitui uma cláusula aberta que permite a discussão de “*Outros aspectos do conflito de interesses cuja discussão na acção de restituição seja consentido pelas normas aplicáveis do direito comunitário ou internacional*”.

O n.º 6 do artigo 69.º da LPC acautela que “*A acção de restituição não procederá quando o bem cultural reclamado constitua elemento do património cultural português*”. Trata-se de uma medida de óbvia razoabilidade, uma vez que cabe ao Estado Português preservar e valorizar o seu património cultural⁷³.

⁷¹ Isso mesmo parece ser corroborado no artigo 5.º da Directiva. Esse preceito não estabelece que o Estado requerente argumente acerca da natureza jurídica do bem e da ilicitude da saída. Cabe-lhe, sim, atestar a qualidade de bem cultural e juntar uma declaração das autoridades competentes segundo a qual o bem cultural saiu ilicitamente do país.

⁷² É utilizado o termo boa fé, mas este não consta da Directiva, nem da Convenção UNIDROIT. Mais do que isso, a Comissão Europeia censurou os Estados membros que utilizaram essa expressão, considerando tratar-se de uma transposição incorrecta.

⁷³ No entanto, a legitimidade desta restrição terá de ser aferida com base nos articulados de Direito Internacional e Comunitário a que o Estado Português se vinculou. No caso da Convenção UNIDROIT, a previsão da norma acarretará a improcedência da acção de restituição por inobservância do requisito do n.º 3 do artigo 5.º, em especial, quando se impõe que o bem assumia importância cultural significativa para o Estado requerente. A Directiva, porém, não impõe requisito semelhante, bastando-se com a declaração de que o bem é cultural e saiu ilicitamente do Estado requerente. Pelo que, duvide-se da legitimidade da restrição aposta no n.º 6 do artigo 69.º se só o Estado membro

A apreciação da legislação nacional relativa ao retorno de bens culturais de outros Estados encontrados em território português não poderá deixar de ser negativa. Valendo-se do carácter exaustivo da Directiva 93/7/CEE, o legislador omitiu transpô-la, limitando-se a remeter para o seu regime e a especificar aspectos parcelares em sentido nem sempre coincidente com o articulado comunitário. Atente-se, por exemplo, que na legislação portuguesa não há qualquer alusão às obrigações de cooperação e concertação entre os Estados membros, sendo este pressuposto imprescindível ao bom funcionamento dos mecanismos de restituição de bens culturais instituídos pela União. Nem qualquer referência aos prazos de prescrição da acção⁷⁴.

4. CONCLUSÕES

1. A exportação de bens culturais constitui uma das principais ameaças aos fins de preservação e valorização do património cultural, o que justifica que a maioria dos países imponha medidas restritivas à saída desses bens do seu território.

2. O Direito Comunitário autoriza que os Estados membros mantenham ou criem restrições à expedição ou exportação de bens culturais, as quais visam apenas preservar o seu património cultural, não podendo ser utilizadas para defraudar as liberdades e os objectivos comunitários.

3. O mercado único europeu veio criar novos riscos para a preservação do património cultural dos Estados membros, ao abolir as formas aduaneiras de controlo da legalidade da circulação comunitária destes bens.

4. O Regulamento n.º 116/2009 visa impedir que, mediante expedição ilegal, os bens culturais sejam propostos para sair do espaço comunitário perante as autoridades de Estados membros com normas de exportação mais permissivas, instituindo um mecanismo de controlo uniforme das exportações que visa salvaguardar as normas de protecção do património cultural vigentes no Estado de origem desses bens.

5. A questão do retorno de bens culturais exportados ilegalmente assume grande importância a nível comunitário, uma vez que a abolição de fronteiras internas facilitou a expedição ilegal destes bens entre Estados

requerente (e não o Estado Português) tiver reconhecido o interesse cultural desse bem. Ou, pelo menos, se o Estado Português não formalizar esse interesse cultural na sequência do processo de retorno movido pelo outro Estado membro.

⁷⁴ Prazos esses que, segundo o n.º 1 do artigo 7.º da Directiva, deverão constar expressamente na legislação dos Estados membros.

membros, tendo sido aprovada a Directiva 93/7/CEE para viabilizar o retorno ao território do Estado membro do qual saíram ilegalmente.

6. A protecção dos patrimónios culturais nacionais encontra-se limitada à partida, porquanto os instrumentos comunitários só se aplicam a um elenco de categorias de bens culturais que não coincide com o que cada Estado membro considera ser o seu património cultural, exigindo-se ainda, para efeitos da aplicação da Directiva, que exista ou seja praticado um acto interno que reconheça o valor cultural do bem.

7. O regime jurídico da Directiva, ao exigir a “classificação” do bem pelo Estado requerente, não permite a restituição de todos os bens culturais cuja exportação está sujeita a licença nos termos do Regulamento, o que constitui uma incoerência do sistema comunitário que impede o retorno de bens que o Direito Comunitário declaradamente visou proteger.

8. As medidas comunitárias de acompanhamento da supressão de fronteiras internas deparam-se ainda com a dificuldade de identificar o Estado de origem do bem cultural, dificuldade essa que é inerente à própria natureza destes bens, uma vez que nem sempre é possível determinar uma ligação cultural a um Estado ou saber as localizações anteriores de um bem cultural.

9. Outras dificuldades operacionais destes regimes, também ligadas às características próprias dos bens culturais, têm a ver com o enquadramento num dos tipos do anexo, na determinação do valor financeiro do bem, da sua antiguidade e da data da saída ilegal do bem do território do Estado de origem.

10. Estas condicionantes, aliadas à inexistência da cooperação entre Estados membros que constituía pressuposto do bom funcionamento do Regulamento e da Directiva, têm ditado o fracasso dos regimes por estes instituídos.

11. O Regulamento, como foi reconhecido pela Comissão Europeia, não é eficaz quando há uma expedição ilegal entre Estados membros, apesar de ter sido precisamente esse o problema que visava solucionar. Os mecanismos de restituição criados pela Directiva têm sido muito pouco utilizados, o que não se fica a dever apenas aos termos restritivos com que foi criada.

12. O Estado Português não transpôs a Directiva, mas a legislação remete para os regimes internacional e comunitário de restituição, regulando aspectos desses regimes em sentido nem sempre conforme com os articulados a que se encontra vinculado.