

O PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO E O SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS BENS ARQUEOLÓGICOS

*THE BRAZILIAN CULTURAL HERITAGE AND THE
ARCHAEOLOGICAL SITES PROTECTION SYSTEM*

Genésia Marta Alves Camelo
Procuradora Federal em exercício na Procuradoria Federal junto ao Instituto do
Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (PF/IPHAN)
Especialista em Direito Público pela UCAM
graduada em Direito pela PUC/MG

Geraldo de Azevedo Maia Neto
Procurador Federal
Procurador-chefe da Procuradoria Federal junto ao Instituto do Patrimônio
Histórico e Artístico Nacional (PF/IPHAN)
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB)
graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do tombamento; 2 Do sistema de proteção de bens arqueológicos; 3 Da decisão judicial que reconheceu que os bens arqueológicos se encontram juridicamente tutelados, na forma preconizada pela Lei n.º 3.924/61, independentemente do tombamento; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho trata da confusão entre os regimes jurídicos do tombamento e o estabelecido pela Lei n.º 3.924/61 para a proteção dos bens arqueológicos. O enfoque será dado a partir da análise da sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Acre na Ação Civil Pública n° 1626-90.2012.4.01.3000.

PALAVRAS-CHAVE: Tombamento. Lei n° 3.924/61. Proteção Jurídica. Patrimônio Arqueológico.

ABSTRACT: This work deals with the confusion between legal regimes and the *tipping* established by Law n° 3.924/61 for the protection of archaeological property. The focus will be given from the analysis of the sentence pronounced by judge of 1st Federal Judicial Section of Acre in the Public Civil Action n° 1626-90.2012.4.01.3000.

KEYWORDS: *Tipping*. Law n° 3.924/61. Legal Protection. Archaeological Property.

INTRODUÇÃO

O patrimônio cultural brasileiro, de acordo com o art. 216 da Constituição, é constituído pelos bens materiais e imateriais, que fazem referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Ainda nos termos do art. 216 da Constituição, incluem-se dentre esses bens 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.

Nota-se que o texto constitucional avançou na definição da cultura e, mais especificamente, do patrimônio cultural, ao superar a “fase da excepcionalidade”¹ ou a sua dimensão meramente monumentalizada², e consolidou a reconformação do perfil da política patrimonial iniciado na década de 70 com o Centro Nacional de Referência Cultural, criado em 1975³. Assim, a ampliação do conceito de patrimônio cultural, com a incorporação de sua dimensão de processo social e a consequente apropriação também dos bens culturais imateriais, contemplou o reconhecimento (e a necessidade de proteção) da diversidade cultural brasileira.

Como registrou Carlos Frederico Marés⁴:

a relevância e a importância que vem assumindo a preservação destes bens se pode medir exatamente pela evolução de seus institutos,

-
- 1 Ou seja, para um bem integrar o patrimônio cultural brasileiro, era preciso que a arquitetura e a crítica de arte lhe atribuíssem elevado valor estético, que contava com referencial eurocêntrico (OLIVEIRA, Thiago Pires. Raízes históricas da proteção jurídica ao patrimônio cultural no Brasil. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Ano 11, n. 62. mar./abr. 2012. Versão digital)
 - 2 Nesse sentido, a crítica de Maria Coeli Simões Pires (Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Ano 7, n. 42. nov./dez. 2008. Versão digital): “Pelo caráter restrito do próprio conceito de patrimônio cultural adotado, pelo traço elitista das representações, ditas nacionais, e pela excludência das diferenças, a conformação do patrimônio não deixava de ser uma artificialização segregadora, já que os bens que o integravam eram, ao mesmo tempo, materialidade e idealização, num sistema de representação oficial hegemônica, e, portanto, alheio à própria dimensão social do processo de cultura.”
 - 3 PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Ano 7, n. 42. nov./dez. 2008. Versão digital.
 - 4 MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 2. jan. 1993. p. 20.

e esta evolução vem se dando no Brasil a partir de formulações constitucionais, isto é, os conceitos de preservação cultural estão cada vez mais inseridos diretamente na Constituição, a ponto da Carta de 1988 consagrar não apenas o princípio da preservação cultural, mas estabelecer com relativa precisão o alcance e os limites dessa preservação.

Além desse novo conceito de cultura acolhido no texto constitucional, este também trouxe explícita divisão de competência administrativa e legislativa entre os entes federativos para cuidar do tema, repartição essa que deixa clara a necessidade de colaboração entre os entes federativos para proteger e promover o patrimônio cultural. Neste sentido, é competência comum da União, Estados e Municípios proteger, divulgar e fomentar a cultura (Constituição, art. 23, incisos III, IV e V). A respectiva competência legislativa, por sua vez, é concorrente entre União e Estados (art. 24, incisos VII e IX). Além de competência material comum e legislativa, concorrente, também é dever de toda a comunidade promover e proteger a cultura brasileira (art. 216, § 1º).

Dentre as diversas instituições públicas encarregadas da proteção, divulgação e fomento da cultura nos 03 (três) níveis de governo, destaca-se o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), autarquia federal criada pela Lei n.º 378, de 1937, e responsável por promover a identificação, a documentação, o reconhecimento, o cadastramento, o tombamento e o registro do patrimônio cultural brasileiro; promover a salvaguarda, a conservação, a restauração e a revitalização do patrimônio cultural protegido pela União; e promover e estimular a difusão do patrimônio cultural brasileiro, visando a sua preservação e apropriação social.

Destacam-se entre as agendas sob a tutela do IPHAN as relativas ao tombamento de bens móveis e imóveis (Decreto-Lei n.º 25/1937), o registro de bens imateriais (Decreto n.º 3.551/2000), o controle da saída de obras de arte para o exterior (Decreto-Lei n.º 25/1937 e Lei n.º 4.845/1965) e a proteção dos bens arqueológicos (Lei n.º 3.924/1961). Cada uma dessas agendas, na verdade, é apenas um instrumento para a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro, finalidade que deverá ser atingida, segundo o art. 216, § 1º, da Constituição, com a “colaboração da comunidade”, “por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

Cada um desses instrumentos existe por um propósito específico, e tem sua aplicabilidade adstrita a determinados requisitos, sob pena de ineficácia da proteção do patrimônio cultural. É como na medicina: há um remédio determinado para cada doença. O uso do medicamento equivocado, na área da saúde como na área da cultura, além de não trazer a cura pode agravar o problema. O presente artigo irá analisar justamente o equívoco conceitual de representante do Ministério Público Federal no Acre, que pretendeu submeter os sítios arqueológicos ao regime jurídico do tombamento.

Assim, será analisado o caso da ação civil pública n.º 1626-90.2012.4.01.3000, ajuizada pelo Ministério Público Federal junto à Subseção da Justiça Federal no Acre. Para tanto, serão analisados os regimes jurídicos próprios do tombamento e dos sítios arqueológicos, com a conseqüente demonstração da confusão conceitual levada a cabo pelo representante do MPF no Acre, conforme reconhecido na referida sentença.

1 DO TOMBAMENTO

O tombamento foi instituído pelo Decreto-lei n.º 25/1937, com o objetivo de proteger o patrimônio histórico e artístico nacional, composto pelo conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país, “e cuja conservação seja de interêsse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil” (art. 1º). A Constituição de 1988, como visto, expressamente se refere ao instituto do tombamento, ao dispor que o poder público promoverá e protegerá o patrimônio cultural por meio do tombamento, entre outras formas acautelamento (art. 216, § 1º).

Apesar de o instituto já contar com mais de 70 (setenta) anos de existência no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina não apresenta resposta pacífica para a sua natureza jurídica. Os autores se dividem em considerar o tombamento como servidão administrativa, limitação administrativa ou espécie autônoma de intervenção do Estado na propriedade. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, por exemplo, defende a tese de que o tombamento é uma espécie de servidão administrativa. Noutra posição está, também exemplificativamente, Themistocles Cavalcanti⁶, ao equiparar o tombamento às limitações administrativas. Alinha-se aqui com a tese de José Maria Pinheiro

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. Malheiros, 2009. p. 899.

6 CAVALCANTE, Themistocles. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. Freitas Bastos, 1956. p. 146.

Madeira⁷, que afasta a identificação do tombamento com os demais institutos:

No que toca ao primeiro posicionamento, que trata do tombamento como verdadeira servidão administrativa, é de se considerar que aquele não confere direito real incidente sobre o poder de uso da propriedade atingida à Administração Pública. [...] Em relação ao segundo posicionamento, que trata do tombamento como limitação administrativa, é de se verificar que esta é necessariamente genérica e abstrata, atingindo bens indeterminados, enquanto o tombamento, ao contrário, é intervenção concreta, dirigida a um ou mais bens determinados.

Na verdade, ainda segundo o referido autor⁸, o tombamento é mais uma espécie, autônoma, de intervenção do Estado na propriedade, que incide sobre propriedade determinada, tal como se dá com o instituto da servidão administrativa, todavia sem conferir para o Estado direito real incidente sobre o poder de uso da propriedade. No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho⁹ advoga que não se trata de limitação ou servidão, mas sim de “instrumento de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada”.

Superada a questão conceitual relativa à natureza jurídica do instituto, e fixado seu caráter autônomo como intervenção do Estado, é preciso indicar no que consiste essa espécie de intervenção. O Decreto-Lei n.º 25/1937 traz, entre outras disposições, os efeitos do tombamento. O referido ato normativo prevê que os bens tombados da União, dos Estados e dos Municípios apenas podem ser alienados de uma a outra dessas entidades, de maneira que sua venda, apesar de restrita, é possível. No mesmo sentido, os bens tombados de propriedade particular também podem ser alienados, mas ao proprietário é imposta a obrigação de comunicar a transferência no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa. Ademais, neste último caso, haverá direito de preferência para a União, os Estados e os municípios. Ainda em relação ao seu regime diferenciado, a coisa tombada não pode sair do país, salvo por curto prazo e para fim de intercâmbio cultural, após autorização do IPHAN.

7 MADEIRA, José Maria Pinheiro. Institutos afins à desapropriação. *Fórum Administrativo*, ano 8, n. 91, set. 2008. Versão digital.

8 MADEIRA, op. cit.

9 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Lumen Juris, 2006. p. 652.

Mas os principais efeitos do tombamento sobre o bem tombado e sobre o seu entorno estão previstos nos arts. 17 e 18 do Decreto-Lei:

Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

Ou seja, o tombamento constitui para o proprietário obrigação de fazer (manutenção e restauro do bem) e de não fazer (não destruir ou mutilar), sob a fiscalização do IPHAN. Para os imóveis do entorno do bem tombado, é criada uma obrigação de não fazer, que consiste em garantir a visibilidade do imóvel protegido pelo tombamento. Trata-se, portanto, de um instituto que visa a preservação do bem para a atual e para as futuras gerações, como marco de referência cultural, sem possibilidade de destruição do imóvel tombado. Ao contrário, o Decreto-Lei prevê multa para o caso de dano ao bem tombado, e a Lei n. 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) tipifica essa conduta como crime (arts. 62 e 63).

2 DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DE BENS ARQUEOLÓGICOS

O texto da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, institui quais bens constituem o patrimônio cultural brasileiro, no qual estão incluídos os sítios de valor arqueológico. Vejamos:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

[...]

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (Grifo nosso)

Ademais, a Carta Magna, no art. 20, inciso X, expressamente prevê que os sítios arqueológicos são bens da União:

Art. 20. São bens da União:

[...]

X - *as cavidades naturais subterrâneas* e os sítios arqueológicos e pré-históricos; (Grifo nosso)

Por sua vez, impende enfatizar que a Lei n.º 3.924, de 1961, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos, conferindo-lhes a devida tutela, conforme se depreende da análise dos dispositivos a seguir transcritos:

Art. 1º Os monumentos arqueológicos ou pré-históricos de qualquer natureza existentes no território nacional e todos os elementos que neles se encontram ficam sob a guarda e proteção do Poder Público, de acordo com o que estabelece o art. 175 da Constituição Federal.

[...]

Art 2º Consideram-se monumentos arqueológicos ou pré-históricos:

- 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 aldeamento, «estações» e «cerâmicos», nos quais se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico;
- d) as inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios.

Art. 3º São proibidos em todo o território nacional o aproveitamento econômico, a destruição ou mutilação, para qualquer fim, das jazidas arqueológicas ou pré-históricas conhecidas como sambaquis, casqueiros, concheiros, berbigueiros ou sernambis, e bem assim dos sítios, inscrições e objetos enumerados nas alíneas b, c e d do artigo anterior, antes de serem devidamente pesquisados, respeitadas as concessões anteriores e não caducas.

[...]

Art. 5º - Qualquer ato que importe na destruição ou mutilação dos monumentos a que se refere o art. 2º desta lei, será considerado crime contra o Patrimônio Nacional e, como tal, punível de acordo com o disposto nas leis penais.

[...]

Art. 22 – O aproveitamento econômico das jazidas, objeto desta lei, poderá ser realizado na forma e nas condições prescritas pelo Código de Minas, uma vez concluída a sua exploração científica, mediante parecer favorável da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional ou de órgão oficial autorizado.

Parágrafo Único – de todas as jazidas, será preservada sempre que possível ou conveniente, uma parte significativa, a ser protegida pelos meios convenientes como blocos testemunhos.

[...]

Art. 27 – A Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional manterá um cadastro dos monumentos arqueológicos do Brasil, no qual serão registradas todas as jazidas manifestadas, de acordo como o disposto nesta lei, bem como das que se tornarem conhecidas por qualquer via.

Aqui, destaca-se a pesquisa arqueológica, fonte de conhecimento científico, a ser apropriado por toda a comunidade, integrante do que se convencionou chamar de arqueologia preventiva e de salvamento. Desta decorre a identificação, o estudo e o cadastramento de sítios arqueológicos, o que se constitui em registro científico do patrimônio valorado, contribuindo para a formação da memória e da identidade coletiva.

Como é cediço, a Lei n.º 3.924/1961, em especial o art. 27, instituiu o Cadastro Nacional de Sítios Arqueológicos (CNSA), implementado pelo IPHAN, estando cadastrados todos os sítios identificados pelas pesquisas arqueológicas.

Sobre o tema, e para regulamentar a referida lei, o IPHAN editou a Portaria n.º 07, de 1988, que dispõe sobre os pedidos de autorização e permissão prévia quando do desenvolvimento de pesquisas de campo e escavações arqueológicas. No mesmo sentido, o IPHAN também editou a Portaria n.º 230, de 2002, que estabelece os procedimentos necessários à comunicação prévia, às permissões e às autorizações para pesquisas e escavações arqueológicas em sítios arqueológicos e pré-históricos.

Neste particular, se mostra salutar trazer à colação trecho da Carta de Nova Delhi, que trata da Recomendação que define os princípios internacionais a serem aplicados em matéria de pesquisas arqueológicas (Conferência Geral da Unesco – 9ª Sessão, Nova Delhi, 05 de dezembro de 1956), *verbis*:

BENS PROTEGIDOS

2. As disposições da presente recomendação se aplicam a qualquer vestígio cuja conservação apresente um interesse público do ponto de vista da história ou da arte, podendo cada Estado-membro adotar o critério mais apropriado para determinar o interesse público dos vestígios que encontre em seu território. Deveriam estar, principalmente, submetidos ao regime previsto pela presente recomendação os monumentos, móveis ou imóveis, que apresentem interesse do ponto de vista da arqueologia no sentido mais amplo.

Infere-se, assim, a existência de um verdadeiro sistema de proteção dos bens arqueológicos enquanto objeto de referência de uma consciência coletiva. De fato, as particularidades inerentes ao patrimônio arqueológico requerem um modelo de proteção jurídica específico.

Como exemplo digno de nota de um modelo próprio para a proteção de bens arqueológicos no direito comparado, tem-se o estabelecido pelo direito português¹⁰:

10 MARTINS, Ana Margarida Nunes. *A Proteção do Patrimônio Arqueológico*: proteger o quê, como e porquê. Reflexões a partir do direito do patrimônio cultural e do ambiente. Trabalho apresentado no âmbito do Curso de Pós-Graduação em Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural 2009/2010.

Nesta reflexividade, a problemática relativa ao que é conhecer em Arqueologia, até onde pode ir o discurso arqueológico na sua pretensão de falar sobre o Homem através das suas materialidades, ou, a possibilidade de reunir várias versões do passado, deve ligar-se igualmente, a outra questão (central neste trabalho) que é discutir a protecção legal desse objecto de estudo, que é o património arqueológico, ou se quisermos os bens arqueológicos. De que meios dispomos para proteger legalmente esses bens arqueológicos?

Embora tratando-se de um conceito exterior ao Direito, uma noção extra-jurídica portanto, a doutrina jurídica não deixou de prestar atenção aos bens arqueológicos. Com efeito, surgiram noções jurídicas de bens arqueológicos, prescritas, tanto em Convenções Internacionais como nas diversas legislações dos Estados¹⁹.

Na legislação portuguesa, destacamos, a partir da segunda metade do século XX, a Portaria 269/78, de 12 de Maio, relativa ao regulamento de trabalhos arqueológicos e, sobretudo, a Lei n.º 13/85 de 6 de Julho que consagrou um regime específico para o património arqueológico, nos termos dos artigos 36.º e seguintes. O Decreto-Lei n.º 117/97 de 14 de Maio, que cria o Instituto Português de Arqueologia (IPA), refere, tanto a expressão “*bens de natureza arqueológica*” (alínea c do artigo 2.º) como “*bens arqueológicos*” (alínea f do artigo 2.º). Não admira assim que a expressão se mantenha na actual LPC.

3 DA DECISÃO JUDICIAL QUE RECONHECEU QUE OS BENS ARQUEOLÓGICOS SE ENCONTRAM JURIDICAMENTE TUTELADOS, NA FORMA PRECONIZADA PELA LEI N.º 3.924/61, INDEPENDENTEMENTE DO TOMBAMENTO

Extrai-se do conteúdo da petição inicial da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal em face do IPHAN, perante a 1ª Vara da Seção Judiciário do Estado do Acre (processo n.º 1626-90.2012.4.01.3000), substancial confusão entre os regimes jurídicos do tombamento e o estabelecido pela Lei n.º 3.924/61.

A referida Ação Civil Pública foi proposta com a finalidade de se obter provimento jurisdicional capaz de obrigar o IPHAN a concluir, em prazo razoável a ser determinado pelo juízo, o processo administrativo n.º

Faculdade de Direito de Lisboa. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Julho de 2010. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/663-1094.pdf>>. Acesso em 14 fev. 02 2013

01410.000094/2007-32, promovendo a correta identificação, delimitação e tombamento dos sítios arqueológicos conhecidos como “geoglifos”, localizados no Estado do Acre.

Observa-se, consoante trecho da petição inicial a seguir transcrito, que o representante do Ministério Público Federal reputa indispensável o tombamento de qualquer bem cultural, inclusive de sítio arqueológico, para a definição do regime jurídico de uso e gozo de tais bens.

Em plena compatibilidade com a normatização internacional sobre o tema e com o comando constitucional, a legislação brasileira também determina expressamente a proteção dos sítios arqueológicos pelo Poder Público. Este é o teor da lei 3.924/61.

[...] Por força constitucional e legal, independentemente de qualquer ato declaratório do Poder Público, todo indivíduo tem o dever jurídico de não agredir ou fazer mau uso de sítio arqueológico. Ocorre que esta obrigação é um dever genérico que precisa ser concretizado, especificado pela autoridade pública. Esta, em nome do Poder Público, deve definir o regime jurídico específico de gozo do bem cultural. No Brasil essa definição do regime jurídico de uso e gozo de um bem cultural deve ser definido por meio de seu tombamento, que é ato previsto na própria Constituição da República (art. 216, já citado) e, entre outros documentos legais, no Decreto-lei 25/37.

[...] Como bem podemos verificar, os geoglifos, por configurarem sítios arqueológicos, são bens da União. Porém, em geral, eles se inserem dentro de imóveis particulares, fazendas; são, logo, bens públicos federais dentro de bens particulares. Ainda que sua gestão possa ser feita por órgãos federais, compete aos particulares também zelar para que tais sítios arqueológicos não pereçam em razão de uso privado. Para saber, logo, sobre o que pode ser feito na área de impacto do sítio arqueológico, ou mesmo a fim de melhor identificá-lo e delimitá-lo, faz-se necessário o tombamento do geoglifo com a ciência do proprietário do imóvel rural em que ele está encravado.

Com muita propriedade, o MM. Juiz da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Acre, em sede de sentença, datada de 20 de novembro de 2012, sintetizou a causa de pedir da demanda proposta pelo *parquet*:

Aqui, chega-se à conclusão de que a causa de pedir da qual parto era somente aparentemente divergente da qual parte o MPF. Assim, o

delineamento da causa de pedir acima feito é também a desenhada pelo autor: *deve haver tombamento, pois sua inexistência acarreta a desproteção dos geoglifos. Mais especificamente, a causa de pedir diz respeito à desproteção dos geoglifos.* (grifos nossos)

No entanto, equivoca-se o Ministério Público Federal ao supor que os sítios arqueológicos estariam juridicamente desprotegidos, uma vez não efetivado o tombamento. Passemos, pois, à análise da sentença proferida na mencionada Ação Civil Pública que extinguiu o processo, sem exame de mérito, por entender que sequer assistia ao autor o interesse de agir, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Ressalve-se, contudo, que não obstante a sentença tenha extinguido o processo sem julgamento de mérito, nela foi integralmente acolhida a tese de defesa do IPHAN desenvolvida pela Advocacia-Geral da União, ao se reconhecer que os sítios arqueológicos se encontram sob a tutela da Lei n.º 3.924/1961, independentemente do seu tombamento, consoante se depreende de trechos da decisão judicial a seguir transcritos:

[...] Uma demorada incursão na pretensão, por óbvio, não deixa dúvida de que mesmo o direito à razoável duração do processo, deduzido pelo Parquet, deve ter como causa algum fato da vida. Do contrário, não surgiria relação jurídica alguma entre o autor e o réu, da qual adviria sua pretensão. O fato jurídico é elemento indispensável à concretização da relação jurídica. *“A relação jurídica tem como pressuposto um fato que adquire significação jurídica se a lei o tem como idôneo à produção de determinados efeitos, estatuídos ou tutelados”*. E o fato da vida é o transcurso de um tempo irrazoável, segundo o Parquet. Segundo seu sentir (uso tal verbo consciente de seu significado), o prazo é irrazoável, tanto que deixa ao alvedrio do juízo a determinação da razoabilidade dele.

Ao fim desta incursão na causa da exigibilidade de seu direito à razoável duração do processo, segundo o entendimento do MPF, não posso deixar de deduzir que a irrazoabilidade do prazo venha de uma causa, haja vista a inexistência de prazo para conclusão do processo de tombamento e o pressuposto de que as declarações do autor são realmente queridas. Este pressuposto não é somente uma declaração extravagante. Como o tempo é relativo, a alegação de demora no procedimento deve ter relação com alguma situação que demande um tempo não compatível com o adotado pelo Iphan. E a situação que não comporta o tempo do procedimento, já disse o MPF na inicial, é

justamente o comprometimento da proteção adequada desses sítios arqueológicos, “*o que representa ofensa ao patrimônio cultural brasileiro e ao direito humano por fundamento correlato*” (fl. 18 da inicial).

Aqui, chega-se à conclusão de que a causa de pedir da qual parto era somente aparentemente divergente da qual parte o MPF. Assim, o delineamento da causa de pedir acima feito é também a desenhada pelo autor: deve haver tombamento, pois sua inexistência acarreta a desproteção dos geoglifos. Mais especificamente, a causa de pedir diz respeito à desproteção dos geoglifos.

Com olhos nela, portanto, será analisada o preenchimento da condição da ação que o Iphan reputa inexistente.

Então, surge a questão fundamental: sem o tombamento, os geoglifos estão desprotegidos? A Lei 3924/1961 disciplina:

Art. 2º Consideram-se os monumentos arqueológicos ou pré-históricos:

[...]

c) os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, “estações” e “cerâmicos”, nos quais se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico;

[...]

Art. 3º São proibidos em todo o território nacional, o aproveitamento econômico, a destruição ou mutilação, para qualquer fim, das jazidas arqueológicas ou pré-históricas conhecidas como sambaquis, casqueiros, concheiros, birbigueiras ou sernambis, e bem assim dos sítios, inscrições e objetos enumerados nas alíneas b, c e d do artigo anterior, antes de serem devidamente pesquisados, respeitadas as concessões anteriores e não caducas.

É o caso dos geoglifos. Já há norma a protegê-los. Segundo o material informativo, que ora determino a juntada aos autos, divulgado pelo Iphan, geoglifos são “remanescentes de gigantescas construções de terra feitas pelos povos nativos que habitavam o Acre, sul do Amazonas, oeste de Rondônia e a vizinha Bolívia há 2 ou 3 mil anos.

Eram locais de encontro, realização de rituais religiosos, festas e, ocasionalmente, moradia”. Tal conceito subsume-se à alínea “c” do art. 2º da lei por último citada.

[...] Uma pesquisa no Cadastro nacional de sítios Arqueológicos dá conta que no Estado do Acre todos os geoglifos conhecidos pelo Iphan (e não todos os geoglifos do Estado do Acre, por óbvio) estão cadastrados (http://www.iphan.gov.br/sgpa/cnsa_resultado.php).

Finalmente, se há a justa preocupação com a desproteção de tais monumentos arqueológicos, esta não é causada pela ausência de tombamento, como parece estar claro, mas pela ineficiência no exercício do poder de polícia (através da necessidade de licenciamento ambiental para atividades que possam vir a causar degradação ambiental) de todos os obrigados na preservação de ditos monumento, além da ausência de efetiva educação ambiental da população.

[...] Por tudo quanto foi exposto, conluo que, a despeito de ser impossível delimitar um prazo para o término do procedimento de tombamento, que envolve a busca do conhecimento necessário de tais monumentos, já há a proteção de tais geoglifos, como exposto.

Portanto, se a causa de pedir circunscreve-se à desproteção experimentada pelos geoglifos em razão da ausência de tombamento, viu-se que isso não condiz com o ordenamento jurídico e nem com a atuação que vem desenvolvendo o Iphan no sentido de sua proteção.

De fato, a proteção dos sítios arqueológicos independe da efetivação do tombamento, sendo conferida pela Lei n.º 3.924/61. Não há previsão na Constituição, ou mesmo em lei, de que o tombamento é o único mecanismo capaz de instituir regime jurídico protetivo de bem cultural, de natureza arqueológica ou não.

É preciso assentar que a Lei n.º 3.924/61 não institui mero dever genérico de proteção, não dependendo para a sua efetivação de qualquer ato administrativo a ser concretizado pelo Poder Público. Com efeito, a Lei n.º 3.924/61 estabelece regime jurídico protetivo de sítios arqueológicos, proibindo a sua destruição ou mutilação, antes de serem devidamente pesquisados, além de condicionar o aproveitamento econômico das jazidas e as escavações arqueológicas ou pré-históricas à prévia autorização do IPHAN, instituindo, ainda, sanção penal e/ou administrativa.

Importante divisar que o instituto do tombamento tem por finalidade a conservação e preservação do bem tombado, ao passo que nos casos de sítios arqueológicos admite-se a sua destruição, pois o próprio estudo arqueológico (e eventual resgate) importa também em destruição. Assim, quando se trata de patrimônio arqueológico, certamente, almeja-se a produção de conhecimento científico, sacrificando, em alguns casos, o próprio bem.

Isso ocorre porque a fruição do conhecimento científico a ser perquirido através das pesquisas arqueológicas é incompatível, na maioria das vezes, com a imutabilidade e a conservação integral da estrutura do bem, finalidade primordial do tombamento. Note-se que o tombamento dos sítios arqueológicos inviabilizaria a realização da pesquisa arqueológica, prevista na Lei n.º 3.924/61.

Com efeito, no caso dos sítios arqueológicos, o tombamento seria impeditivo da produção de conhecimento científico, impedindo que as gerações futuras tenham acesso ao conhecimento teoricamente produzido com a pesquisa destas estruturas. Portanto, a geração de conhecimento e informação são particularidades relacionadas ao patrimônio arqueológico que justificam a instituição de regime jurídico diferenciado, objeto da Lei n.º 3.924/61. Nessa perspectiva, o arqueólogo Carlos Xavier de Azevedo Netto¹¹ destaca a informação como importante instrumento de preservação do patrimônio arqueológico:

Estamos vivendo a era da explosão do patrimônio (DODEBEL, 2007), como forma de delimitação de identidades e memórias. Os processos de preservação cultural e o arqueológico de modo mais contundente demandam uma série de questionamentos que implicam esclarecer quais patrimônios devem ser preservados, quem escolhe quais serão preservados e para quem é necessária essa preservação? E como todo questionamento complexo, tem a mesma complexidade como resposta. Para iniciar essa discussão, deve-se ter em mente que o principal instrumento de preservação que se pode dispor é a informação quanto ao patrimônio arqueológico. (grifos nossos)

11 NETTO, Carlos Xavier de Azevedo. *Preservação do Patrimônio Arqueológico – reflexões através do registro e transferência da informação*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v37n3/v37n3a01.pdf>>. Acesso em: dez. 2008

[...] Assim, a preservação do patrimônio arqueológico pode ser efetivada quando se promoverem ações que façam com que a comunidade se aproprie desses bens como maços de sua memória e identidade, mesmo que focada no território. Para tanto, esses grupos devem ser motivados a abandonar uma postura passiva no processo de transferência da informação, passando a um papel ativo, de ator, em que, além da informação transferida pelos pesquisadores, eles constroem as referências de significação dessa informação. E essas mudanças posturais só são desencadeadas com uma metodologia própria que faça com que os atores sociais partilhem as informações patrimoniais e construam seus significados, permitindo a sua interlocução.

Merece destaque, também, o trecho da decisão que enfatiza a desnecessidade do tombamento dos sítios arqueológicos para sua tutela penal:

É de se apontar a existência de tutela penal para os monumentos cujo tombamento pretende o autor: Lei 9605/1998, art. 63 e 64:

Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concebida:

Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Muito bem lembra o Iphan da desnecessidade de qualquer tombamento para incidência da proteção penal, bastando o reconhecimento por quem de direito da natureza de sítio arqueológico do monumento. Nesse sentido, é a lição lembrada pelo Iphan:

[...] para a identificação oficial do bem arqueológico mister se faz, pelo menos, o seu cadastro pelo órgão competente. Com efeito, a

Lei 3.924, de 26 de julho de 1961, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos, determina em seu art. 27 a criação e manutenção pela Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional de um cadastro dos monumentos arqueológicos do Brasil. Gerenciado atualmente pelo Instituto Histórico e Artístico Nacional, o Cadastro Nacional de Sítios Arqueológicos conta em sua base de dados com mais de 20.000 sítios registrados em todo o país.

As decisões judiciais mais recentes, harmonizadas com o espírito protecionista da nova Carta Constitucional, já se manifestam no sentido de que basta o registro de um sítio arqueológico no cadastro do IPHAN para que o mesmo seja merecedor da proteção jurídica dispensada ao patrimônio cultural brasileiro, conforme se extrai do seguinte aresto:

Pela regra constitucional em vigor, há várias formas pelas quais o Poder Público promoverá a proteção do patrimônio cultural brasileiro, e o tombamento é apenas uma das formas. O regime dos sambaquis é estabelecido pela Lei nº 3.924/61 que, em seu art. 27, determina a manutenção de um Cadastro dos monumentos arqueológicos do Brasil, pelo Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. No caso em exame, o “Sambaqui da Barra da Lagoa” está devidamente cadastrado no SPHAN. 5. A apelante não é proprietária, nem do terreno, que é de marinha (CF, art. 20, X). Evidentemente que, mesmo que o fosse tal situação jurídica não lhe conferiria o direito de destruir o sítio arqueológico em questão.” (TRF 4ª R. – AC 95.04.33492-0 – SC 3ª T. – Relª. Juíza Luíza Dias Cassales – DJU 18.11.1998 – p. 645)

No mesmo sentido, Marcos Paulo de Souza Miranda¹²:

A nova Lei de Crimes Ambientais tem sido considerada como um marco de eficiência no aparato legislativo brasileiro de proteção ao meio ambiente. Especificamente no que tange aos delitos contra o patrimônio cultural, estão atualmente tipificadas condutas culposas violadoras de tal bem jurídico e *não há mais a necessidade de prévio tombamento para que se viabilize*

12 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Tutela penal do patrimônio arqueológico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n.55, 1 mar. 2002. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/2738>>. Acesso em: 21 set.

a tutela penal dos bens de valor arqueológico, como veremos mais detalhadamente quando tratarmos dos tipos penais em espécie.

[...] Segundo o entendimento de alguns estudiosos do assunto, o tombamento de sítios arqueológicos seria desnecessário tendo em vista que a teor do disposto no art.1º. da Lei 3924/61, a proteção de todas as jazidas arqueológicas se daria *ex vi legis*, prescindindo-se de qualquer processo ou ato administrativo subsequente.

É imprescindível que se perceba o grande perigo da tese defendida pelo Ministério Público Federal. É que, ao se sustentar que a proteção dos sítios arqueológicos depende do regime jurídico do tombamento, não só os “geoglifos” do Acre, mas praticamente todos os sítios arqueológicos do país estariam sem a devida proteção.

Ultrapassada essa discussão, não obstante a existência de tutela legal, a efetiva proteção dos sítios arqueológicos deverá ser obtida através da observância do processo de licenciamento ambiental pelos empreendedores e do exercício do poder de polícia pelo IPHAN, bem como por meio de ações de educação patrimonial e, quando necessário, através do ajuizamento de ação civil pública.

Assim, não pairam dúvidas de que os sítios arqueológicos já são objeto de tutela, a mais adequada à sua natureza, nos termos da Lei n.º 3.924/1961.

Revela-se, diante disso, a desnecessidade de obtenção de provimento jurisdicional, configurando ausência do interesse de agir na modalidade necessidade, conforme reconhecido pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Acre ao proferir a sentença objeto do presente estudo, reconhecendo a ausência de interesse de agir do Ministério Público Federal.

4 CONCLUSÃO

Ante o exposto, delineados os conceitos de patrimônio cultural, do instituto do tombamento e do regime de proteção dos bens arqueológicos, percebe-se que a Lei n.º 3.924/1961 conferiu a devida tutela aos sítios arqueológicos, estabelecendo inclusive sanções administrativas e penais diante do descumprimento de suas disposições, sendo desnecessário outro regime jurídico para a sua proteção.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO NETTO, Carlos Xavier de. *Preservação do Patrimônio Arqueológico – reflexões através do registro e transferência da informação*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v37n3/v37n3a01.pdf>>. Acesso em: dez. 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Lumen Juris, 2006. p. 652.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro. Institutos afins à desapropriação. *Fórum Administrativo*, ano 8, n. 91, set. 2008. Versão digital.
- MARÉS, Carlos Frederico. A proteção jurídica dos bens culturais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 2, jan.1993. p. 20.
- MARTINS, Ana Margarida Nunes. *A Proteção do Patrimônio Arqueológico: proteger o quê, como e porquê*. Reflexões a partir do direito do patrimônio cultural e do ambiente. Trabalho apresentado no âmbito do Curso de Pós-Graduação em Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural 2009/2010. Faculdade de Direito de Lisboa. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Julho de 2010. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/663-1094.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2013
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Tutela penal do patrimônio arqueológico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n.55, 1 mar. 2002. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/2738>>. Acesso em: 21 set.
- OLIVEIRA, Thiago Pires. Raízes históricas da proteção jurídica ao patrimônio cultural no Brasil. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, ano 11, n. 62, mar./abr. 2012. Versão digital.
- PIRES, Maria Coeli Simões. Proteção do patrimônio cultural: da monumentalidade aos bens imateriais. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, ano 7, n. 42, nov./dez. 2008. Versão digital.