

DIREITOS CULTURAIS E A PROTEÇÃO JURÍDICA DO PATRIMÔNIO ARQUEOLÓGICO BRASILEIRO: NOTAS SOBRE A LEI 3.924/61

*Mário Ferreira de Pragmácio Telles**

Sumário: 1 Considerações Iniciais. 2 O Lugar do Patrimônio Cultural: Entre o Direito Ambiental e o Cultural. 3 Breve Histórico da Lei 3.924/61. 4 A Proteção Conferida pela Lei 3.924/61. 5 Princípios Jurídicos de Proteção ao Patrimônio Arqueológico. 6 Considerações Finais. 7 Referências.

Resumo: Este artigo pretende refletir sobre a proteção do patrimônio arqueológico brasileiro, analisando os principais aspectos da Lei 3.924/61, a partir de uma visão conferida pelos Direitos Culturais.

Palavras-chave: Direitos Culturais. Patrimônio arqueológico. Lei 3.924/61.

CULTURAL RIGHTS AND THE PROTECTION OF THE BRAZILIAN ARCHAEOLOGICAL HERITAGE: THE 3.924/61 FEDERAL LAW

Abstract: This article studies the protection of the Brazilian archaeological heritage and analyzes the 3.924/61 federal law, under a Cultural Rights vision.

Keywords: Cultural Rights. Archaeological heritage. 3.924/61 Federal Law.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este trabalho tem escopo de auferir reflexões acerca da proteção jurídica do patrimônio arqueológico brasileiro, através da análise da legislação federal que confere tal guarida, a saber, a Lei 3.924, de 26 de julho de 1961.

Serão apresentados alguns aspectos gerais dessa norma, referentes à identificação dos elementos medulares da Lei 3.924/61, tais como finalidade, efeitos, princípios etc.

Importante ressaltar que esta análise será feita a partir da ótica dos Direitos Culturais, novo ramo do Direito que está em fase de solidificação. Nada mais oportuno a se fazer numa revista homônima.

2 O LUGAR DO PATRIMÔNIO CULTURAL: ENTRE O DIREITO AMBIENTAL E O CULTURAL

Este item é um ponto de extrema importância não só para o presente trabalho, mas também a toda gama de estudos jurídicos concernentes ao patrimônio cultural, resvalando, ainda, na eficiência da aplicação de políticas públicas de preservação do patrimônio cultural.

Trata-se, resumidamente, em compreender a necessidade de se estudar o patrimônio cultural, no qual está inserido o patrimônio arqueológico, à luz dos Direitos Culturais, e não, exclusivamente, sob o manto do Direito Ambiental, como se faz atualmente.

A doutrina jurídica majoritária entende que o patrimônio cultural é objeto de investigação do Direito Ambiental - principal objeto de estudo da subárea denominada de meio ambiente cultural[1] - por se tratar de um bem ambiental, ou equiparado a um bem ambiental[2].

Tal entendimento se reflete na primeira conclusão da Carta de Ouro Preto (2009)[3], da qual são signatários muitos dos doutrinadores referidos[4]. Este

* Mestrando em Museologia e Patrimônio pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. É advogado, especializado em Direitos Culturais, com pesquisas no campo do patrimônio cultural.

documento, oriundo de um encontro de representantes do Ministério Público, dispõe logo na conclusão inaugural:

Os representantes do Ministério Público Federal e Estaduais, os representantes dos demais órgãos públicos vinculados à proteção do patrimônio cultural e os integrantes da sociedade civil presentes no IV Encontro do Ministério Público de Defesa do Patrimônio Cultural realizado nos dias 11, 12 e 13 de março de 2009 na cidade de Ouro Preto, MG, Monumento Nacional e Patrimônio Cultural da Humanidade, sob os auspícios da Associação Brasileira do Ministério Público do Meio Ambiente, ratificando as conclusões dos Encontros de Goiânia, Santos e Brasília, votam e aprovam as seguintes conclusões:

1) Devido ao tratamento constitucional recebido pelo patrimônio cultural, o mesmo regime jurídico aplicável constitucionalmente aos bens ambientais naturais será aplicável aos bens culturais. (grifo nosso)

O Ministério Público é, na visão do autor deste artigo, a instituição que melhor faz a discussão jurídica sobre patrimônio cultural, constituindo a vanguarda do pensamento jurídico sobre o assunto, além de ser uma grande guardiã do patrimônio cultural brasileiro.

A Carta de Ouro Preto é uma síntese das atuais discussões efetuadas na área jurídica, encabeçada, sobretudo, por representantes do Ministério Público - tanto federal, quanto estadual - razão pela qual se reconhece a importância de tal documento.

Contudo, discorda-se dessa primeira conclusão da Carta de Ouro Preto, entendendo que o patrimônio cultural não é um bem ambiental, é um bem cultural. E por essa razão deve ter a incidência de um regime jurídico condizente e específico ao bem cultural.

A CF/88, em momento algum, equipara o patrimônio cultural ao meio ambiente. Isto é construção da doutrina pátria, em muito influenciada pela doutrina italiana. A Carta Magna, ao revés, destina uma seção relacionada ao patrimônio cultural, principalmente o art. 216 - dentro da Seção II, da cultura - enquanto que às relacionadas ao meio ambiente estão concentradas, principalmente, no art. 225, em capítulo próprio da Constituição Federal.

Dito isto, questiona-se: qual a vantagem de se estudar o patrimônio cultural dentro dos Direitos Culturais? Isso significa ganhos à preservação do patrimônio cultural ou constitui mero debate acadêmico de uma área nova que está se solidificando?

Para auxiliar a presente argumentação, será utilizado, como base, o estudo da jurista portuguesa Carla Amado Gomes, professora da Universidade de Lisboa, em artigo publicado na revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa intitulado "Direito do patrimônio cultural, Direito do Urbanismo, Direito do Ambiente: o que os une e o que os separa".

Antes de analisar as colocações da autora lusitana, é importante destacar que em Portugal há a intenção, pela doutrina, de se criar uma seara própria ao patrimônio cultural. Trata-se do Direito do Patrimônio Cultural [5]. O autor deste trabalho, contudo, entende que o patrimônio cultural integra uma categoria maior, os chamados Direitos Culturais[6]. Mesmo assim, os estudos de Carla Amado Gomes, com as devidas adaptações, servem perfeitamente aos propósitos da reflexão aqui apresentada.

Retomando: a jurista portuguesa disserta sobre a abrangência do Direito do Ambiente, que pôde ser também vislumbrada na primeira conclusão da Carta de Ouro Preto de 2009, anteriormente transcrita[7]:

Esta constitui, salvo melhor opinião, um vício derivado da noção ampla de ambiente, da visão gianniniana, fatalmente não unitária, que pretende 'reduzir à escravidão os outros ramos ou procede[r] à sua anexação pura e simples'. O Direito do Ambiente só faz sentido se reduzido ao seu núcleo próprio, que é o da preservação da capacidade regenerativa dos recursos naturais, sujeitando os utilizadores a princípios de gestão racional daqueles. O resto é com os outros ramos do Direito.

Ainda sobre essa demasiada amplitude do Direito Ambiental, assim pensa a jurista portuguesa[8]:

Apelando uma vez mais ao ensinamento de Freitas do Amaral, 'uma coisa é haver sobreposições, implicações, interação de conceitos, políticas e normas de natureza distinta; outra coisa é integrar tudo numa única noção tão ampla e abrangente que tudo confunda, e não permita criar identidades próprias e particularidades específicas. Ou, por outras palavras, Direito do Patrimônio Cultural, Direito do Urbanismo e Direito do Ambiente, são todos diferentes, na medida das diferenças.

A bem da verdade a doutrina brasileira do Direito Ambiental trouxe para si os estudos sobre patrimônio cultural que, à primeira vista, estavam descobertos. Pela proposta contestadora e vanguardista que o Direito Ambiental assumiu, propondo uma verdadeira mudança de paradigma dos estudos jurídicos, antes concentrados apenas nos conflitos individuais originários do pensamento burguês pós-revolução francesa, ampliando-se para uma visão mais complexa dos direitos difusos, vê-se que o patrimônio cultural sempre esteve em boas mãos.

Entende-se, contudo, que o Direito Ambiental possui suas limitações. Isso não quer dizer que uma seara deva excluir a outra da investigação. Corroborar-se com o entendimento de Carla Amado Gomes quando afirma[9]:

Não é demais sublinhar a intercomunicabilidade dos ramos em causa. Autonomia disciplinar e científica não invalida convergência de objectivos, não obsta a sobreposições. Elas são mesmo essenciais, como forma de atestar a necessária articulação entre as várias políticas [...].

Carla Amado Gomes entende não ser mero purismo acadêmico tal investigação, mas é importante evidenciá-la[10]:

[...] poder-se-á questionar o porquê deste purismo. Não é uma mera teima acadêmica, antes pode revelar-se importante a vários títulos. Conforme refere Freitas do Amaral, definir objectos específicos dos vários ramos em questão - admitindo, obviamente, que existem razões que justifiquem a sua autonomização - pode ter conseqüências práticas, quer ao nível da interpretação da lei (uma vez que, em cada domínio, lidaremos com princípios diversos), quer ao nível da integração das suas lacunas, quer ainda para efeitos de apuramento das vias de tutela dos direitos dos particulares. Nós acrescentaríamos até mais um ponto: o da elaboração e implementação de políticas de protecção do património, do urbanismo e do ambiente que, sob pena de falta de coerência e dispersão, devem focalizar-se em objectos bem definidos.

O autor deste trabalho concorda com Amado Gomes, entendendo não haver purismo acadêmico, uma vez que há repercussões práticas nesse sentido. Faz diferença, sim, estudar o patrimônio cultural sob a ótica dos Direitos Culturais.

A dependência doutrinária e conceitual do patrimônio cultural ao Direito Ambiental interfere na eficiência de preservação do patrimônio cultural. Além da dificuldade de utilização da parte principiológica, que será aqui apresentado a partir dos estudos de Inês Virgínia Prado Soares[11], há ainda outros problemas que se refletem, por exemplo, na efetivação de políticas públicas para o setor. Apesar de haver um conjunto de normas relativas à proteção do patrimônio cultural, não é raro o Poder Público se valer, com dificuldade, do ordenamento ambiental para conseguir aplicar tais políticas.

Um exemplo dessa dependência é a impossibilidade de aplicação das multas existentes no Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937 (DL 25/37)[12]. Segundo estudos de Guilherme Cruz de Mendonça, a Lei 9.605/98, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais, revogou todas as sanções administrativas previstas no DL 25/37. Com a Lei de Crimes Ambientais, o IPHAN está impossibilitado de aplicar tais multas e, conseqüentemente, ter acesso aos recursos advindos delas, em virtude desta nova lei que delegou a competência de exercer o poder de polícia ambiental aos órgãos que integram o SISNAMA - Sistema Nacional do Meio Ambiente. Esse jurista propõe como uma das soluções possíveis - para que o IPHAN possa aplicar as sanções administrativas previstas no DL 25/37 - que esta septuagenária instituição entre no SISNAMA[13].

Ora, este é um exemplo claro do reflexo que a dependência ao arcabouço jurídico-ambiental pode vir a exercer nas políticas públicas de preservação ao patrimônio.

Para poder aplicar as multas previstas em lei é necessário aderir ao Sistema Nacional do Meio Ambiente. E porque não criar um Sistema Nacional do Patrimônio Cultural, onde se pode, a partir das próprias leis que regem o setor cultural, aplicar as sanções administrativas - multas - destinando o montante arrecadado a um fundo que reverta este dinheiro em ações de preservação ao patrimônio cultural?

O patrimônio cultural, na visão do autor deste trabalho, possui plenas condições de construir uma estrutura própria - independente - a partir de conceitos e de um arcabouço jurídico próprio - que já existe - com o fim de criar políticas públicas que visem à preservação do próprio patrimônio cultural. Desta feita, é de suma importância, e faz toda a diferença, estudá-lo no seu devido lugar.

3 BREVE HISTÓRICO DA LEI 3.924/61

Uma das pioneiras tentativas de se criar uma legislação protetora do patrimônio arqueológico brasileiro remonta à década de vinte do século passado. Trata-se do projeto de lei elaborado por Alberto Childe, em 1920, presidente da Sociedade Brasileira de Artes Plásticas e conservador de antiguidades clássicas do Museu Nacional.

Segundo Regina Coeli Pinheiro da Silva[14], apesar de bastante avançado para o contexto da época, pois reconhecia e elevava o patrimônio arqueológico à categoria de bem cultural, tal projeto de lei era incompatível com o ordenamento jurídico daqueles idos, razão pela qual não prosperou:

Destaca-se, nesse projeto, o entendimento do patrimônio arqueológico em conjunto com as demais categorias de bens culturais e o seu reconhecimento como riqueza nacional. Tinha por proposta a desapropriação, o que tornava seu projeto praticamente inviável, em razão do dispositivo constitucional em vigência na

época, que mantinha o direito à propriedade em toda a sua plenitude. (grifo original)

A Constituição de 1891 reconhecia a plenitude do direito de propriedade, ressalvando, apenas, os casos em que houvesse desapropriação por interesse público. Assim previa o §17 do art. 72 da primeira Constituição Republicana do país:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes.

[...]

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

Segundo a Constituição de 1891, caso fosse aprovado o projeto de lei de Alberto Childe, seria necessário, para efetivar a proteção ao patrimônio arqueológico, indenizar os proprietários onde eventualmente se encontrassem sítios arqueológicos, mediante desapropriação, motivo pelo qual, como asseverou Regina Coeli, restou completamente inviável tal esboço de lei.

Com a instalação de uma nova ordem jurídica, através do advento da Constituição de 1934, vislumbrou-se, finalmente, assento constitucional para se criar instrumentos jurídicos capazes de proteger o patrimônio cultural brasileiro sem, necessariamente, utilizar o instituto da desapropriação. A Carta Magna de 1934, pela primeira vez, previu a função social da propriedade, mais especificamente em seu art. 113, §17, o qual transcreve-se na íntegra:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§17 - É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

Nesse novo contexto criado pela previsão constitucional da função social da propriedade é que foi possível criar, num primeiro momento, o Decreto-lei 25/37 - que criou o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - SPHAN[15] e o instituto do tombamento - considerado pela doutrina não só o pioneiro instrumento de proteção ao patrimônio histórico e artístico nacional, mas também da tutela dos direitos difusos, no Brasil.

As ideias do projeto de Alberto Childe e do anteprojeto de Mário de Andrade[16] foram incorporadas no texto do DL 25/37, através dos seus artigos 1º e 4º, conferindo guarida ao patrimônio arqueológico juntamente com os demais bens e criando um livro específico para a inscrição destes tipos de bens, o Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico.

Supunha-se, nos primeiros anos de vigência da referida norma, que os bens arqueológicos poderiam ser perfeitamente protegidos através do instituto do tombamento.

Contudo, tal instrumento jurídico não se revelou adequado à proteção do patrimônio arqueológico principalmente por dois motivos: primeiro, porque se tombavam, nos primeiros anos de instalação do SPHAN, os bens culturais que detinham um caráter excepcional[17]; segundo, porque há dispositivos no próprio DL 25/37 que inviabilizam a pesquisa arqueológica, tal como dispõe o art. 17 do DL 25/37 (grifo nosso):

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.

Parágrafo único. Tratando-se de bens pertencentes à União, aos Estados ou aos municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa.

Ocorre que a própria atividade relacionada à pesquisa arqueológica pode ser entendida como uma ação que, de alguma forma, danifica o bem arqueológico, sendo conflituosa a proteção pretendida pelo tombamento - que tem por objetivo a conservação do bem - com a pesquisa arqueológica, que objetiva a informação e conhecimento.

Independente dessa questão, é necessário entender que o espírito do DL 25/37 não abarca a proteção de todos os bens, ou seja, não protege toda uma categoria de bens, mas tão somente àqueles que lhes possa atribuir um valor individualizado, através de critérios a serem definidos - quer seja de excepcionalidade, memorabilidade, singularidade, exemplaridade etc.

Foi a partir da percepção desse conflito que se iniciaram os primeiros passos em busca de legislação própria, que atendesse às específicas necessidades do patrimônio arqueológico. Regina Coeli Pinheiro da Silva[18] lista algumas tentativas de adaptação do DL 25/37 à proteção dos bens arqueológicos, dentre as quais se encontra, em 1947, o projeto do Deputado Plínio Barreto, que postulava o imediato tombamento de todos os sambaquis existentes em território nacional, ou o substitutivo a esse projeto, apresentado pelo Deputado Aureliano Leite, o qual incluiu outras categorias de sítios arqueológicos, tais como grutas e lapas contendo vestígios arqueológicos, vinculando o aproveitamento dos recursos e a pesquisa à autorização federal.

É, então, que Paulo Duarte, em 1957, elabora um projeto de decreto federal que previa a proteção aos sambaquis e grutas, para fins de pesquisa, vinculado-as a uma prévia autorização do já existente Departamento do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - DPHAN. Tal esboço é apresentado ao então Ministro da Agricultura, Mário Meneguetti, que, ao mesmo tempo, publica uma portaria criando um grupo de trabalho para a elaboração de um projeto de lei à proteção do patrimônio pré-histórico e arqueológico nacional[19].

Inicia-se, então, uma forte pressão para a promulgação de uma lei de proteção ao patrimônio arqueológico. Assim, envolto a encontros e desencontros de informações entre os assessores da presidência, o consultor jurídico do Ministério da Justiça e as comissões específicas de elaboração da referida norma, eis que é aprovada no Congresso Nacional, em 26 de julho de 1961, a Lei 3.924.

4 A PROTEÇÃO CONFERIDA PELA LEI 3.924/61

A Lei 3.924/61 confere uma proteção genérica a todos os bens arqueológicos. É a chamada proteção ex vi legis, ou seja, por força de lei. Não há

necessidade de aplicação de instrumentos administrativos para a incidência desta proteção. É desnecessário declarar protegido um bem arqueológico; todos os bens já são protegidos pela referida norma.

Costuma-se dizer que o tombamento é um instrumento demasiado forte, pois interfere em um dos elementos que constituem o direito de propriedade. Ora, no caso do patrimônio arqueológico, o ordenamento jurídico pátrio - art. 20, X da CF/88, art. 1.230 do CC e o art. 1º da Lei 3.924/61 - reservou algo muito mais incisivo que o tombamento, pois praticamente "expropria" o bem arqueológico do proprietário, ao afirmar, segundo determina a Carta Magna, que aquele bem que está eventualmente em propriedade particular pertence à União.

O art. 20, X, da Constituição Federal de 1988 diz que são bens da União "as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos", ou seja, o bem arqueológico encontrado em propriedade particular, com o advento da Carta Magna, passa a ser propriedade da União. Ademais, o próprio Código Civil de 2002, que regula as questões relativas à propriedade, corrobora com esse entendimento. É o que dispõe o art. 1.230 do Código Civil (CC):

A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.

Sobre essa questão, Inês Virgínia Prado Soares afirma que "a União é titular dos direitos (reais ou pessoais) sobre o patrimônio arqueológico. Assim, os bens arqueológicos são bens de interesse público, sendo a sua tutela supraindividual e intermediada por uma pessoa jurídica de direito público", leia-se IPHAN[20].

Marcos Paulo de Souza Miranda resume essa questão, introduzindo, ainda, o próximo tema a ser discutido neste item, a saber, o estudo do registro e cadastro dos bens arqueológicos[21]:

Com o advento da Lei 3.924/61 foi estabelecido um regime jurídico próprio para os bens de valor arqueológico cuja proteção passou a decorrer ex vi legis, não havendo mais a necessidade de tombamento. Atualmente todo sítio arqueológico submete-se à especial proteção estabelecida pela norma federal acima referida (art. 1º) e sua individualização, fundamental para se determinar exatamente qual o objeto tutelado, gerando segurança jurídica, é feita por meio do registro da jazida (ato administrativo individualizador) no Cadastro dos Monumentos Arqueológicos do Brasil, gerenciado pelo IPHAN (art. 27).

Conforme asseverou Miranda, o art. 27 da lei 3.924/61 criou a figura do cadastro dos bens arqueológicos. Assim dispõe o referido artigo:

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 com o disposto nesta lei, bem como das que se tornarem conhecidas por qualquer via.

Regina Coeli define o que é o cadastro arqueológico[22]:

A proteção desses monumentos arqueológicos existentes em território nacional exige um conhecimento do objeto a ser preservado, e para tal, a legislação criou o Cadastro dos monumentos arqueológicos do Brasil, que consiste no somatório de todas as fichas de registro de sítios arqueológicos existentes em território nacional. (grifo do original)

Cadastro arqueológico é, portanto, o somatório dos registros arqueológicos existentes. Diante disso, é fundamental indagar: qual a natureza jurídica do registro arqueológico? Quais são seus possíveis efeitos?

Regina Coeli advoga a tese de que tal registro arqueológico pode ser considerado como uma das outras formas de acautelamento e preservação contempladas no §1º do art. 216 da CF/88. Assim se posiciona a autora[23]:

As fichas de registro constituem, para a arqueologia, a forma de acautelamento prevista no parágrafo primeiro do artigo 216 da Constituição Federal. Entretanto, a proteção dos sítios não se encontra restrita unicamente àqueles cujas fichas constem do referido Cadastro. Por força de lei, todos estão sob a guarda do poder público, mesmo aqueles ainda não conhecidos, registrados ou cadastrados.

A proteção conferida ao bem arqueológico é, como já visto, *ex vi legis* e não se dá através do registro arqueológico. Tal instrumento não possui o mesmo status jurídico das outras formas de preservação previstas no mencionado dispositivo constitucional, como o registro do patrimônio imaterial ou o tombamento, mas consubstancia apenas uma ferramenta de gestão e conhecimento do patrimônio arqueológico ou mais especificamente, como afirmou Miranda anteriormente, serve à individualização do bem arqueológico, fundamental para se determinar qual o objeto tutelado.

A tese de que o registro arqueológico é uma forma de proteção não se sustenta porque essa medida não confere a necessária guarida ao bem arqueológico, relegando, em alguns casos, o referido bem à exposição ao dano, razão pela qual se advoga aqui pela simples proteção *ex vi legis*, por ser esta bem mais protetiva.

Exemplifica-se: um sítio arqueológico é descoberto por um arqueólogo. Após uma semana, o arqueólogo responsável pela descoberta envia comunicação ao IPHAN, sobre o achado, postulando o devido registro arqueológico. A grande questão é: o sítio arqueológico está protegido em que momento? (a) No momento em que o arqueólogo identifica se tratar de um bem arqueológico ou (b) apenas no momento do registro arqueológico pelo IPHAN?

Este exemplo expõe a fragilidade de se compreender a proteção conferida apenas pelo registro arqueológico, uma vez que o sítio arqueológico pode passar uma semana - entre a descoberta e o efetivo registro - desprotegido. Ao se entender a proteção conferida ao bem arqueológico pela simples identificação de que aquele bem é um bem arqueológico (a), mediante a análise de um expert, no caso o arqueólogo, aufere-se uma guarida mais restritiva, dividindo assim, com a colaboração da comunidade, a responsabilidade de proteção ao patrimônio cultural brasileiro, tal como dispõe o §1º do art. 216 da CF, reforçando, sobretudo aos arqueólogos, o dever ético de zelar por ele.

Daí, portanto, defende-se que a proteção ao patrimônio arqueológico é conferida no simples ato de identificação do bem: é bem arqueológico, está protegido.

Cabe, ainda, um último questionamento: qual a diferença entre os efeitos do registro arqueológico e os da proteção *ex vi legis*? Entende-se, por fim, que o registro arqueológico é apenas uma ferramenta de gestão, não gerando efeitos sobre a coisa, ou até mesmo para os sujeitos envolvidos com o bem arqueológico, enquanto que a proteção *ex vi legis*, aquela conferida pela própria Lei 3.924/61, sim, possui efeitos sobre a coisa, mudando, inclusive, seu estatuto jurídico.

5 PRINCÍPIOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO ARQUEOLÓGICO

As ideias contidas no terceiro capítulo da obra de Inês Virgínia Prado Soares vão ao encontro dos anseios do autor deste trabalho. A autora busca suprir a lacuna doutrinária acerca da proteção jurídica do patrimônio arqueológico, traçando, para tanto, os princípios jurídicos que devem nortear a ação dos sujeitos envolvidos nesta seara, principalmente Poder Público e sociedade. Ressalte-se que o faz com ineditismo e sem dependente submissão, como bem atenta a autora na introdução do referido capítulo, aos princípios advindos do Direito Ambiental. Assim defende Soares[24]:

O arcabouço principiológico ambiental é extremamente importante e influente na tutela dos bens arqueológico, mas a aplicação desses princípios não abarca todas as situações de dano ou ameaça de dano ao patrimônio arqueológico, nem garante uma ampla possibilidade de se atingir sua efetiva proteção, em decorrência das especificidades que a disciplina e os bens arqueológicos possuem.

Mais adiante, Inês Virgínia Prado Soares explicita a origem e procedência de tais princípios[25]:

Os princípios jurídicos para a proteção e gestão do patrimônio arqueológico ainda não estão desenvolvidos e estruturados no sistema jurídico brasileiro, mas já estão fixadas as premissas básicas para o tratamento da questão. Por isso, os princípios pertinentes à matéria arqueológica podem ser formulados a partir do sistema normativo e das características dos bens da disciplina arqueológica no Brasil. A conjugação da legislação sobre o assunto e das possíveis destinações dos bens com as características da disciplina e dos bens arqueológicos, possibilita que sejam delineados os princípios jurídicos arqueológicos, os quais seriam os vetores do sistema normativo na gestão dos bens arqueológicos.

A contribuição da autora é imprescindível para a solidificação e desenvolvimento dos estudos sobre patrimônio arqueológico e reforça, sobretudo, o comprometimento de alguns juristas com o aperfeiçoamento do campo do patrimônio cultural. Diante disso, os princípios apresentados por Inês Virgínia Prado Soares serão aqui resumidamente reproduzidos, no intuito de divulgá-los e fomentar, talvez em outra ocasião, o debate acerca deles.

O princípio da matriz finita "indica que a atuação do Poder Público e dos particulares na preservação e proteção dos bens arqueológicos deve partir da característica essencial do patrimônio arqueológico, que é a finitude de sua base de dados"[26].

O princípio da conservação in situ, inspirado na Carta de Nova Dheli (1956), "atribui ao Estado a obrigação de manutenção de um determinado número de sítios arqueológicos, de diversas épocas, intactos, total ou parcialmente, para que sua exploração possa ser beneficiada pelos progressos da técnica e pelo avanço dos conhecimentos arqueológicos". O princípio da conservação pelo registro científico consiste na publicidade dos dados colhidos pelos pesquisadores/arqueólogos, em decorrência de pesquisa programada e autorizada pelo Poder Público. No dizer de Inês Virgínia, o princípio da educação arqueológica tem como pressuposto a produção e divulgação da informação arqueológica. Vai mais além, portanto, que o registro científico, pois envolve não só a comunidade acadêmica e interessados, mas, sobretudo, a comunidade diretamente envolvida com o bem arqueológico. O princípio da equidade

geracional direciona a atuação do Estado e da sociedade no sentido de reservar parte do patrimônio arqueológico já identificado para a geração futura, que exercerá sobre este parcela decisória acerca de sua destinação[27].

Inês Virgínia Prado Soares, segue adiante, enumerando os demais princípios jurídicos arqueológicos, dentre os quais se encontra o princípio da unidade do regime de proteção dos bens arqueológicos. Por tal princípio entende a autora[28]:

Os bens arqueológicos, sejam emersos ou submersos, históricos ou pré-históricos, estão submetidos a um sistema jurídico tutelar comum, que estabelece os valores e princípios básicos para seu tratamento e gestão e que tem por finalidade o alcance de amplo espectro protetivo, sem a previsão de regimes diferenciados, baseados na diferenciação geográfica dos bens na sua posse.

Mais a frente, dissertando sobre o alcance deste princípio, Inês Virgínia faz uma importante abordagem sobre a ideia de um subsistema de proteção ao patrimônio arqueológico que, segundo a autora, faz parte do sistema nacional de proteção ao meio ambiente, o qual é fundamental reproduzir[29]:

O direito ao patrimônio arqueológico é direito fundamental e a proteção desses bens tem raiz constitucional. Porém, são as normas infraconstitucionais que fornecem o aparato legal para o funcionamento do sistema nacional de proteção ao meio ambiente. Esse sistema é integrado, também, por subsistemas que tratam dos bens ambientais de acordo com as suas especificidades e que contêm valores e princípios próprios. No caso dos bens arqueológicos, a Lei nº 3.924/61 é a matriz do sistema protetivo em nosso país.

É aí que o autor deste trabalho diverge da autora. Não obstante ser o patrimônio arqueológico - ao se falar em sistema de proteção ao patrimônio cultural - o que mais apresenta afinidades com os princípios jusambientais, ao passo de receber a incidência direta de algumas normas do Direito Ambiental, entende-se que essa análise deve ser compartilhada com outra seara. Entende-se que tal subsistema - o do patrimônio arqueológico - deve ser investigado não somente pelo Direito Ambiental, mas, sobretudo, sob o manto dos Direitos Culturais, como já abordado no início deste arrazoado.

Noutras palavras, o que se defende aqui é que a proteção ao patrimônio arqueológico faz parte do sistema de proteção ao patrimônio cultural, que, por sua vez, integra uma estrutura maior ligada às normas de cultura, ou seja, aos Direitos Culturais. Contudo, admite-se que, pela própria natureza dos bens arqueológicos, o patrimônio arqueológico é uma das pontas mais inclinadas ao Direito Ambiental, sendo uma zona de convergência entre as duas searas: Direito Ambiental e Direitos Culturais.

Dando-se continuidade à exposição dos princípios jurídicos arqueológicos explicitados por Inês Virgínia Prado Soares, tem-se o princípio do interesse preponderante do órgão competente que norteia, dentre outras questões, a pesquisa em bens arqueológicos. O princípio da gestão patrimonial cooperativa dispõe que o poder público atue em cooperação entre si, conjuntamente com os demais representantes dos entes federativos, e com a sociedade civil, consoante determina o §1º do art. 216 da CF/88.

Por fim, o princípio da responsabilidade pública coletiva "aduz que os achados fortuitos, os ocorridos em decorrência de empreendimentos passíveis ou não de licenciamento ambiental [...] estão sob a responsabilidade de quem os encontrou no curso do processo administrativo que decidirá a sua destinação".[30]

Estas são, portanto, as considerações que se tinha a fazer sobre a Lei 3.924/61 e a proteção do patrimônio arqueológico brasileiro, sob o enfoque dos Direitos Culturais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho apresentou, em linhas gerais, os principais elementos que caracterizam a proteção ao patrimônio arqueológico brasileiro, em âmbito federal, a partir do estudo da Lei 3.924/61.

Ademais, foi estudado o contexto em que tal norma foi criada e os princípios que regem esta seara. Outrossim, defendeu-se, neste artigo, que a proteção conferida pela Lei 3.924/61 é ex vi legis, sendo efetuada pelo simples ato de identificação do bem, não sendo necessário o registro arqueológico do bem para se obter tal guarida, ou seja, é bem arqueológico, está protegido.

Foi debatida, ainda, a importância de se estudar o patrimônio cultural, dentre os diversos ramos da Ciência jurídica, sob o manto dos Direitos Culturais, sendo argumentada a vantagem de se aproximar as atuais discussões sobre patrimônio cultural - que são efetuadas, principalmente, no Direito Ambiental - ao novel Direitos Culturais.

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mário de. Anteprojeto de Mário de Andrade. In: BRASIL. Ministério da Cultura. Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil: uma trajetória. Brasília: Sphan/Pró-Memória, 1980.

BRASIL. República Federativa do Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil: texto promulgado em de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais nos 1/92 a 52/2006. Brasília: Senado, 2006.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Texto promulgado em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 15 jul. 2008.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Texto promulgado em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 15 jul. 2008.

_____. Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del0025.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2008.

_____. Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961. Dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos do país. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L3924.htm>. Acesso em: 15 jul. 2008.

- [1] O Direito Ambiental estuda, além do citado meio ambiente cultural, o meio ambiente natural, o meio ambiente artificial e o meio ambiente do trabalho.
- [2] Cf. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- [3] Disponível em: <[4] Estavam presentes no encontro: Ana Maria Marchesan, José Eduardo Ramos Rodrigues, Marcos Paulo de Souza Miranda, Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Sandra Cureau, dentre outros.
- [5] Cf. NABAIS, José Casalta. Introdução ao direito do patrimônio cultural. Coimbra: Almedina, 2004.
- [6] Cf. CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica, 2000; e Cf. CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Por uma Disciplina de Direitos Culturais. In: CUNHA FILHO, Francisco Humberto; TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio; COSTA, Rodrigo Vieira. (Org.). Direito, Arte e Cultura. Fortaleza: Sebrae, 2008, p. 229-240.
- [7] GOMES, Carla Amado. Direito do patrimônio cultural, direito do urbanismo, direito do ambiente: o que os une e o que os separa. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2001, XLII, nº 1, p. 353-360, p. 358.
- [8] Idem, p. 360.
- [9] Ibidem, p. 360.
- [10] Ibidem, p. 360.
- [11] SOARES, Inês Virgínia Prado. Proteção jurídica do patrimônio arqueológico no Brasil: fundamentos para a efetividade da tutela em face de obras e atividades impactantes. Erechim: Habilis, 2007.
- [12] Lei que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.
- [13] Cf. MENDONÇA, Guilherme Cruz de. Das sanções administrativas em matéria de patrimônio histórico e artístico nacional. In: Patrimônio: práticas e reflexões. Rio de Janeiro: IPHAN/COPEDOC, 2007, p. 266.
- [14] SILVA, Regina Coeli Pinheiro da. Os desafios da proteção legal: uma arqueologia da Lei nº 3.924/61. Revista do patrimônio histórico e artístico nacional, Brasília, nº 33, p. 50-73, 2007, p. 59.
- [15] O SPHAN, atual IPHAN, já teve outros nomes, de acordo com a seguinte cronologia: Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - SPHAN (1937 - 1946); Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - DPHAN (1946 - 1970); Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN (1970 - 1979); Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - SPHAN (1980 - 1990); Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural - IBPC (1990 - 1994); Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN (1994 - 2009).
- [16] O anteprojeto marioandradiano (1936) previa a criação do SPAN - Serviço do Patrimônio Artístico Nacional. O anteprojeto do autor de Paulicéia Desvairada é cultuado até hoje por prever uma considerável preocupação com o que atualmente é denominado de patrimônio cultural imaterial, mormente através da previsão de proteção para algumas vertentes "novas" do patrimônio, tais como as artes ameríndias e populares.
- [17] A excepcionalidade ainda é um dos critérios utilizados pelo Poder Público na atribuição e reconhecimento de valor cultural de um bem, não sendo, contudo, o de única e exclusiva utilização, como sói acontecer nos primeiros anos do atual órgão de preservação do patrimônio.
- [18] Op. cit. p. 60.
- [19] Em artigo publicado no número 33 da Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, Regina Coeli Pinheiro da Silva narra a saga deste projeto, o qual serve de referência primordial a este trabalho. Cf. SILVA, Regina Coeli Pinheiro da. Os desafios da proteção legal: uma arqueologia da Lei nº 3.924/61. Revista do patrimônio histórico e artístico nacional, Brasília: IPHAN-MinC, nº 33, 2007, p. 50-73.
- [20] Op. cit. p. 57.
- [21] MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Tutela do patrimônio cultural brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 74.
- [22] Op. cit. p. 67.
- [23] Idem, p. 67.
- [24] Op. cit. p. 87.
- [25] Idem, p. 87.
- [26] Ibidem, p. 111.
- [27] Ibidem, p. 118.
- [28] Ibidem, p. 121.
- [29] Ibidem, p. 121-122.
- [30] Ibidem, p. 136.

