

Licenciamento ambiental e proteção dos bens arqueológicos em áreas degradadas

*Inês Virgínia Prado Soares*¹

Desembargadora federal no Tribunal Regional Federal da 3ª Região

*Talden Farias*²

Advogado

Resumo: o presente artigo aborda a proteção jurídica do patrimônio arqueológico presente em áreas degradadas que serão utilizadas em empreendimentos submetidos ao licenciamento ambiental. Após apresentação das normas que tutelam o patrimônio arqueológico, procede-se à discussão sobre o papel do Iphan no Licenciamento Ambiental para a proteção do aludido patrimônio, com análise da Lei Complementar 140/2011 (LC 140/2011), na Portaria Interministerial 60/2015 e na Instrução Normativa Iphan 001/2015. Por fim, o texto trata do Termo de Referência como instrumento apto a minimizar os danos ao patrimônio arqueológico localizados em áreas degradadas.

Palavras-chave: Licenciamento ambiental e Patrimônio Arqueológico; Bens Arqueológicos e áreas degradadas; Iphan e licenciamento ambiental.

1. Considerações iniciais

O presente artigo aborda a proteção jurídica do patrimônio arqueológico presente em áreas degradadas que serão utilizadas em empreendimentos submetidos ao licenciamento ambiental.

O ponto de partida é a percepção da fragilidade na tutela jurídica dos bens culturais em processos de licenciamento ambiental, que não decorre da ausência de conjunto normativo apto a lhe conferir uma tutela mais efetiva, mas sim da necessidade de melhoria no arranjo institucional, com a finalidade de efetiva proteção dos bens arqueológicos, garantindo ao Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), órgão gestor do patrimônio arqueológico brasileiro, uma participação e contribuição qualificada nos processos administrativos dos órgãos ambientais, especialmente nos licenciamentos ambientais.

A análise se concentrará na proteção dos bens arqueológicos no licenciamento ambiental a partir dos marcos normativos indicados na Lei Complementar 140/2011 (LC 140/2011), na Portaria Interministerial 60/2015, que normatizou procedimentos administrativos que disciplinam a atuação dos órgãos e entidades da administração pública

1 Mestre e doutora em Direito pela PUC/SP e pós-doutora pelo Núcleo de Estudos da Violência da USP. Autora do livro *Direito ao (do) Patrimônio Cultural brasileiro* (Fórum, 2009).

2 Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB e doutor e pós-doutor em Direito da Cidade pela UERJ. Professor da UFPB e da UFPE. Autor do livro *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos* (8ª ed. Fórum, 2022).

federal em processos de licenciamento ambiental de competência do Ibama e na Instrução Normativa Iphan 001/2015, que estabeleceu procedimentos a serem observados quando o Iphan for instado a se manifestar nos processos de licenciamento ambiental federal, estadual e municipal.

Faremos o recorte para abordar a tutela dos bens arqueológicos localizados em áreas degradadas em caso de empreendimentos submetidos a licenciamento ambiental. É muito comum que o empreendedor não tenha ideia da existência de sítios ou artefatos arqueológicos no local que pretende desenvolver sua atividade ou serviço e que a descoberta destes só se dê quando os trabalhos de remoção do solo começam.

Nesses casos, mesmo não cadastrados oficialmente, os bens arqueológicos serão impactados, embora não estejam da área de influência direta da obra. Diferente da previsão do PL lei de licenciamento, os bens arqueológicos não precisam de qualquer reconhecimento oficial para sua proteção: são bens culturais e bens públicos federais, de propriedade da União por previsão constitucional.

2. Os bens arqueológicos e sua proteção jurídica

Os bens arqueológicos representam a projeção do espírito do homem e o seu exercício cotidiano da vida na realidade em que se encontraram. No âmbito jurídico, são bens culturais em essência, expressões de memória e história da humanidade e, por isso, foram incorporados à dominialidade pública federal e incluídos, por força constitucional (artigo 20, inciso X), sob a proteção do Poder Público. (SILVA, 2001)

No caso dos bens culturais arqueológicos, a Lei nº 3.924/61 é a matriz do sistema protetivo em nosso país. Esta lei deu um tratamento autônomo ao patrimônio arqueológico nacional e estabeleceu restrições e parâmetros para atividades econômicas que de algum modo possibilitassem a mutilação ou a destruição desses bens. Embora a proteção do patrimônio arqueológico tenha raiz constitucional, e da Constituição decorra sua característica de bem acautelado federal, são as normas infraconstitucionais que fornecem o aparato legal para o funcionamento do sistema de proteção desse patrimônio cultural.

Esse sistema, composto pela Lei nº 3.924/61 e por normas administrativas produzidas pelo Iphan e pelo Ministério da Cultura, é integrado, também, por subsistemas que tratam de outros bens culturais (com destaque para o Decreto-Lei nº 25/37) e dos bens ambientais (destaque para as leis nº 6.938/81 e nº 9.605/98 (Lei de crimes ambientais), de acordo com as especificidades e pertinências temáticas.

No artigo 225 da Constituição é estabelecido que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e à sadia qualidade de vida, cabendo à sociedade e ao poder público sua defesa e preservação para as gerações presentes e futuras. Os parágrafos desse artigo abordam o bem ambiental como um todo composto de partes imprescindíveis e, ao mesmo tempo, autônomas, que devem ter protegidas suas características essenciais.

O artigo 225 da Constituição direciona as condutas do Estado e da sociedade no sentido de compatibilização da ação humana no meio ambiente e valorização da função dos bens ambientais. O poder público e a sociedade devem também tutelar autonomamente os bens que integram o macrobem ambiental, já que somente com

equilíbrio entre interesses humanos e proteção per si do meio ambiente pode-se chegar à sadia qualidade de vida. Desse modo, o meio ambiente apresenta-se como direito fundamental e a proteção ambiental não é tratada em função do interesse exclusivo do homem (e da geração presente), mas sim em função de outros valores importantes para a manutenção da humanidade na Terra.

No âmbito jurídico, os bens arqueológicos são bens ambientais e bens culturais. Desse modo, são considerados vestígios arqueológicos todos os indícios da presença ou atividade humana em um determinado local. Quando esse local está em um contexto que abriga também elementos ecológicos merecedores de proteção, há incidência das normas ambientais para tutela dos sítios e vestígios arqueológicos, que são considerados partes do bem ambiental.

A consideração dos bens arqueológicos como bens ambientais traz uma consequência prática importante que é utilização da punição prevista nas leis ambientais para o caso de lesão do patrimônio arqueológico. É que as leis ambientais fornecem maior lastro protetivo e repressivo, já que contêm um aparato normativo mais efetivo no que toca à responsabilização dos que causam danos aos bens ambientais, com a previsão de responsabilidade objetiva no âmbito cível e da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Além disso, os princípios ambientais estão consolidados na jurisprudência brasileira, o que facilita a interlocução com o Judiciário nos casos de danos ao patrimônio arqueológico.

A inserção do patrimônio cultural e, por consequência, do patrimônio arqueológico no conceito de meio ambiente, no entanto, vem de longa data. Teve como primeiro marco a PNMA (Lei nº 6.938/81), que trouxe a concepção jurídica de meio ambiente como macrobem (visão integrada dos aspectos ecológicos e culturais) e a previsão de instrumentos específicos para proteção ambiental. Além disso, instituiu o Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama) e o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) que, logo em sua primeira Resolução, modificou a tutela do patrimônio cultural material atingido pelas obras e atividades de grande porte.

Desde a PNMA, foi possível encontrar um espaço protetivo para o patrimônio arqueológico no conceito de meio ambiente e também no conceito de poluição, já que estas conceituações se deram dentro de uma visão ampla:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões

ambientais estabelecidos;

Sobre a visão holística do meio ambiente insculpida na PNMA, como primeiro marco paradigmático para o estágio atual do sistema de justiça ambiental que conhecemos hoje no Brasil, vale trazer as palavras de Herman Benjamin:

Somente a partir de 1981, com a promulgação da Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), ensaiou-se o primeiro passo em direção a um paradigma jurídico-econômico que holisticamente tratasse e não maltratasse a terra, seus arvoredos e os processos ecológicos essenciais a ela associados. Um caminhar incerto e talvez insincero a princípio, em pleno regime militar, que ganhou velocidade com a democratização em 1985 e recebeu extraordinária aceitação na Constituição de 1988³.

Depois a Resolução 01/86 do Conama dispôs de forma expressa sobre o patrimônio cultural, ao tratá-lo como item obrigatório do EIA/Rima:

Artigo 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

a) o meio físico - o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;

b) o meio biológico e os ecossistemas naturais - a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;

c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos.

Complementando a previsão acima, aplicável o art. 11 da Resolução Conama no 237/97, que dispõe que o exame técnico se baseará em estudos realizados por profissionais legalmente habilitados, que se darão às expensas do empreendedor. Uma decorrência do citado artigo 11 é que quando que os profissionais habilitados forem da área de patrimônio arqueológico devem submeter o projeto de pesquisa ao Iphan, mesmo que o

³ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (coords). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57/58.

licenciamento se dê no plano estadual ou municipal.

O patrimônio arqueológico é tratado como elemento integrante do chamado meio socioeconômico, tendo sido referido indiretamente no artigo 1º da citada resolução bem como no artigo 3º da PNMA:

Artigo 1º - Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II - as atividades sociais e econômicas;

III - a biota;

IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V - a qualidade dos recursos ambientais.

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

Vale a pena salientar a importância da Lei nº 9.605/98, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais, uma vez que os artigos 62 a 65 tipificam condutas criminosas contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural.

O Decreto nº 3.179 (artigos 49 a 52) e o Decreto nº 6.514/2008 (artigos 72 a 75), que o sucedeu, também tratam das infrações administrativas contra o meio ambiente, investindo os órgãos ambientais integrantes do Sisnama da atribuição de fiscalizar e de impor sanções administrativas nessa seara.

A LC nº 140/2011 reconheceu a aplicação do regime jurídico ambiental à proteção do patrimônio cultural quando menciona em sua ementa os incisos III e IV do artigo 30 da Constituição:

Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre

a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981.

A obrigatoriedade de contemplação da vertente cultural na análise da viabilidade do empreendimento encontra, portanto, esteio na concepção legal que o bem ambiental é composto por bens ecológicos e culturais. Nas lições de Marcos Paulo Souza Miranda:

Tendo em vista que o patrimônio cultural integra o conceito amplo de meio ambiente, obviamente que todos os impactos sobre os bens culturais materiais (tais como cavernas, sítios arqueológicos e paleontológicos, prédios históricos, conjuntos urbanos, monumentos paisagísticos e geológicos) e imateriais (tais como os modos de viver, de fazer e se expressar tradicionais, os lugares e referenciais de memória) devem ser devidamente avaliados para se averiguar a viabilidade do empreendimento e para se propor as correspondentes medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias. Em razão disso, podemos afirmar que o processo de licenciamento ambiental é um instrumento de acatamento e de proteção também do patrimônio cultural (...)⁴

No entanto, como alerta Carlos Magno de Souza Paiva, apesar dos bens culturais integrarem o conceito de macrobem ambiental e se beneficiarem das concepções protetivas do direito ambiental, é preciso que os traços característicos dos bens culturais sejam resguardados e valorizados:

Particularmente, uma grande preocupação que se tem, é com a confusão existente entre o tratamento jurídico dado aos bens culturais e aos bens naturais e que pode estar representada na utilização indiscriminada dos termos mencionados. (...) apesar da visão jurídico-holística predominante na doutrina nacional, que equipara bens culturais e bens naturais, tais objetos jurídicos não se confundem. visto que o código operativo próprio do Direito Ambiental, representado pelo binômio “equilíbrio/não equilíbrio ecológico”, e que foi assim fixado pela Constituição Brasileira de 1988, não é compatível com o contexto comunicacional e os jogos de linguagem aplicáveis ao Direito do Patrimônio Cultural, onde o código operativo definidor do que seria ou não bem cultural, juridicamente considerado, é o binômio “valor/não valor cultural”. Ou seja, cada um desses objetos jurídicos possuem especificidades distintas que precisam ser consideradas para garantir uma melhor eficácia e legitimidade das decisões jurídicas que o visam resguardar.

⁴ MIRANDA, M. P. de S. Análise dos Impactos ao Patrimônio Cultural no âmbito dos Estuados Ambientais. In: RODRIGUES, J. E. R.; MIRANDA, M. P. de S. Estudos de Direito do Patrimônio Cultural. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 20.

*Apenas para ilustrar, basta dizer que enquanto o meio ambiente natural (bens naturais) possui valor em si mesmo, independente da sua relevância para o ser humano, o meio ambiente cultural (bens culturais) só merece ser protegido enquanto tiver alguma relevância (ainda que potencial) para uma dada comunidade (...)*⁵

Como se verá adiante, a situação alertada por Carlos Magno de Souza Paiva acontece inclusive com os bens arqueológicos. É o que ocorre no licenciamento ambiental de empreendimentos em áreas degradadas, em que a proteção dos bens arqueológicos fica à mercê de fatores aleatórios, como a percepção da comunidade (local ou científica) sobre o sítio arqueológico já sabidamente existente ou descoberto pelas obras licenciadas. Isso num cenário normativo no qual a Constituição reconhece este bem como patrimônio cultural brasileiro, na apresentação do rol exemplificativo dos bens que o compõem (artigo 216 e inciso V), além de o artigo 20, inciso X, estabelecer que os sítios arqueológicos e pré-históricos são bens da União, independentemente da sua localização em propriedade pública de outros entes federativos ou em propriedade privada.

A previsão constitucional dos bens ambientais como bens de uso comum do povo e essenciais à sadia qualidade de vida (artigo 225) e a conceituação do bem cultural como bem portador de valor de referência ligado à memória, à identidade e à ação da sociedade brasileira (artigo 216) fornecem ao bem cultural o traço de bens de interesse público, independentemente de serem públicos ou privados.

No caso dos bens arqueológicos e pré-históricos estes são públicos (artigo 20, X, CF) e têm um interesse público qualificado (artigo 216, caput, e inciso V e artigo 225, caput, CF). Com isso, a discussão acerca da função social da propriedade e dos modos de compartilhamento de bem arqueológico que esteja em áreas degradadas, sejam públicas ou privadas, deve partir sempre da consideração do bem como bem público federal afetado ou acautelado, independentemente de seu registro oficial nos cadastros do Iphan. Por ser um bem acautelado por determinação constitucional e por possuir traços característicos que o qualificam objetivamente como bem arqueológico, não há necessidade de reconhecimento ou declaração de seu valor cultural por instrumentos administrativos (tombamento, por exemplo), como acontecem com outros bens.

Na dicção constitucional, a defesa dos bens culturais não cabe somente ao poder público. Além da previsão do artigo 225, caput da Constituição, que indica o dever da comunidade de defender o meio ambiente e todos os seus elementos (entre os quais se incluem os bens culturais), também é estabelecida a colaboração da comunidade na tutela do patrimônio cultural brasileiro, por meio da utilização de instrumentos nominados e inominados (artigo 216 parágrafo 1º da Constituição).

A Constituição também estabelece que para essa proteção, os entes federativos devem, no exercício de sua competência comum, impedir a evasão, a destruição e a descaracterização dos sítios ou dos artefatos de valor histórico, arqueológico e cultural (artigo 23, inciso IV), bem como proporcionar os meios de acesso à educação e à ciência que sejam revertidos em conhecimento na matéria arqueológica (artigo 23, inciso V). Assim, embora seja considerado bem público federal, os bens arqueológicos devem ser

⁵ Carlos Magno de Souza Paiva, Comentário do Recurso Especial nº 808.708-RJ, julgado em 18 de Agosto de 2009, Relator Ministro Herman Benjamin. In RSTJ, a. 27, (239): 587-751, julho/setembro 2015, p. 678. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2015_239_2.pdf, acesso em 12.10.2018.

protegidos por todos os entes federativos, já que há determinação constitucional de que o poder público (União, dos Estados e dos Municípios) deve atuar na sua proteção, proporcionando à sociedade o acesso aos mesmos (artigo 23, inciso III).

A competência legislativa concorrente está prevista no artigo 24 da Constituição. No que tange aos bens arqueológicos, cabe aos Estados e ao Distrito Federal suplementarem a legislação federal (artigo 24, parágrafo 2º) com a finalidade de tutelá-los, desde que sejam relevantes para memória, identidade ou ação da comunidade que habita a região. Os Municípios, por força dos incisos I e II do artigo 30 da Constituição, podem legislar para suplementar as normas federal e estadual que versem sobre bens culturais, com o objetivo de atender aos interesses culturais locais.

No que tange ao patrimônio arqueológico, os atos normativos gerais sobre esses bens são de competência da União. Nesse sentido, a Lei nº 3.924/61 estabelece as normas gerais que podem ser complementadas pelos Estados e Distrito Federal no que for cabível. Porém, vale ressaltar que as regras que estabelecem as atuações relativas ao controle e gestão desses bens (poder de polícia e de fiscalização do órgão federal) não podem ser suprimidas no âmbito da legislação concorrente. Ou seja, cabe sempre à União, na prática ao Iphan (autarquia federal), o controle e a gestão dos bens arqueológicos.

O STF decidiu que todos os entes federativos devem proteger e guardar sítios e bens culturais assim como têm o dever de se responsabilizar pelos mesmos. Na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 2544⁶), a Suprema Corte entendeu que o dispositivo de lei estadual que imputava apenas aos municípios a proteção, guarda e responsabilidade pelos bens arqueológicos seria inconstitucional.

Na ementa da ADI em comento fica destacado o entendimento de que não cabe atribuir ao Município exclusivamente o exercício da tarefa cuidar do patrimônio arqueológico; e que as funções devem ser compartilhadas entre União, Estados e Municípios. O STF julgou que a previsão do parágrafo único do artigo 23 da CF, de instituição de lei complementar que fixe normas de cooperação (v. sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos a Lei nº 3.924/61), não abrange o poder da União ou dos Estados de demitirem dos encargos constitucionais de proteção dos bens de valor arqueológico.

Em outra Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, a ADI 3525, discussão foi sobre a possibilidade de lei declarar bens arqueológicos (e também paleontológicos) como propriedade estadual. No voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, fica clara a distinção entre o dever comum dos entes da federação de zelar pelo patrimônio arqueológico e paleontológico e da propriedade exclusiva desses patrimônios pela União. No mesmo sentido, Ministro Carlos Ayres Britto, manifesta-se em seu voto, afirmando que a Constituição distingue a propriedade dos sítios arqueológicos da preservação, havendo, em suas palavras “um condomínio federativo no plano desse cuidado. Mas há um monopólio de propriedade (sobre os sítios arqueológicos)”. E continua afirmando que a propriedade sempre será da União.

A posição do STF, portanto, foi consolidada no sentido de que bens arqueológicos são de propriedade da União, mas devem ser tutelados por todos os entes federativos, sem que esta tarefa os sobrecarregue desproporcionalmente (ADI 2544).

6 O acórdão foi proferido em 28.06.2006 e julgou procedente a ADI. (ADI 2544/RS. Relator Ministro Sepúlveda Pertence).

Esse entendimento é essencial para a compreensão da tutela dos bens arqueológicos em áreas degradadas cujos empreendimentos estejam submetidos a licenciamento ambiental. Aliás, é válido destacar que o entendimento do STF orienta a atuação dos entes federativos no em qualquer licenciamento ambiental, independentemente da área ser degradada ou não.

A consideração legal de que há possibilidade da presença de patrimônio arqueológico em áreas sujeitas ao licenciamento ambiental exigiu uma mudança de postura dos atores públicos e privados. A obrigatoriedade do Estudo de Impacto Ambiental (EIA/Rima) e a incorporação de medidas protetivas para os bens arqueológicos impactados nesses estudos tem como consequência a constante busca de mecanismos e instrumentos que não somente protejam esses bens, mas que também deem maior estabilidade aos empreendedores, que já são obrigados a seguir um rígido catálogo de obrigações.

Nesse cenário, os Termos de Referência (TR) surgem como um instrumento de prevenção e proteção aos bens arqueológicos e também como ferramenta que confere maior segurança ao empreendedor, que não será surpreendido com uma descoberta de sítio arqueológico, que inviabilizará a realização da obra naquele local ou que retarde o processo ou que paralisará a obra até a adoção de todas as providências legais relativas à pesquisa e ao salvamento dos bens.

Dentro do espírito participativo, do dever da sociedade e poder público de preservar os bens arqueológicos e da necessidade de observância dos aspectos técnicos e científicos essenciais para o equilíbrio do meio ambiente, insculpidos na Constituição, o TR tem por objetivo estabelecer as diretrizes orientadoras, o conteúdo e a abrangência do estudo que será apresentado pelo empreendedor para autorização ou licenciamento de sua atividade ou obra em um determinado espaço territorial. É um instrumento da administração pública (especialmente do órgão responsável pela gestão e tutela do bem cultural ou ambiental), elaborado a partir das informações prestadas pelo próprio empreendedor (na fase de pedido de licenciamento ambiental, por exemplo) ou mesmo com base em registros, inventários ou pesquisas realizadas no local pelos órgãos de proteção dos bens culturais.

Desse modo, o Termo de Referência-TR sempre antecede a implantação de atividade ou obra que cause impacto aos bens culturais, sejam estes bens materiais ou imateriais, rurais ou urbanos, construídos ou fixados a elementos naturais (paisagens, pinturas rupestres, grutas ou cavernas dentre outros). Embora nem todas as situações justifiquem ou obriguem a elaboração do TR pelo poder público, este é um instrumento de precaução ou prevenção e pode ser exigido pela sociedade, pelo Ministério Público ou pela comunidade científica, desde que existam indícios que justifiquem a adoção de cautela.

3. O papel do Iphan no licenciamento ambiental para a proteção do patrimônio arqueológico

O licenciamento ambiental tem como objetivo efetuar o controle das atividades efetiva e potencialmente poluidoras, através de um conjunto de procedimentos a serem determinados pelo órgão ambiental competente, com o intuito de defender o equilíbrio

do meio ambiente equilibrado e a qualidade de vida da coletividade. Essa busca pelo controle ambiental se manifesta através de uma série de exigências e de procedimentos administrativos que o Poder Público impõe, visto que existem normas e padrões de qualidade ambiental que devem ser obedecidos.

Paulo de Bessa Antunes⁷ destaca que o licenciamento ambiental é condição essencial para o funcionamento regular de uma atividade econômica e que a conformidade ambiental obtida por meio desse instrumento não é apenas uma exigência dos órgãos ambientais, mas da sociedade civil por meio de organizações não governamentais e do próprio mercado. Antônio Inagê de Assis Oliveira⁸ e José Cláudio Junqueira Ribeiro⁹ afirmam que o licenciamento ambiental é o principal instrumento de que o Poder Público dispõe para viabilizar a utilização racional dos recursos ambientais, de maneira a atingir a finalidade social priorizada pela Constituição Federal.

Trata-se, efetivamente, da base estrutural da gestão ambiental das empresas e demais atividades capazes de causar impacto ambiental, visto que cada licença ambiental aponta expressamente uma série de condicionantes que devem ser seguidas pelos empreendedores. Além de ser considerado o instrumento mais efetivo da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), o licenciamento adquire especial importância na medida em que serve como mecanismo de articulação entre os demais instrumentos, a exemplo da avaliação de impactos ambientais, dos padrões de qualidade ambiental e do zoneamento urbanístico ou ambiental.

Para a proteção do patrimônio cultural no licenciamento ambiental, além das normas de aplicação geral, pode-se mencionar como marcos: a LC nº 140/2011; a Portaria Interministerial nº 60/2015, que normatizou procedimentos administrativos que disciplinam a atuação dos órgãos e entidades da administração pública federal em processos de licenciamento ambiental de competência do Ibama; e a Instrução Normativa Iphan 001/2015, que estabeleceu procedimentos a serem observados quando o Iphan for instado a se manifestar nos processos de licenciamento ambiental federal, estadual e municipal.

No caso do patrimônio arqueológico, o Iphan, órgão gestor, não faz parte do Sisnama, embora seja responsável pela proteção de uma dimensão do meio ambiente. Por não fazer parte do licenciamento ambiental, o Iphan pode apenas participar deste na condição de órgão interveniente.

Contudo, nada impede que o IPHAN embargue uma atividade em razão de um possível desrespeito aos bens arqueológicos, uma vez que tais órgãos são dotados de poder de polícia. Isso implica dizer que esse órgão pode, na prática, interferir no licenciamento ambiental, embora não tenham a palavra final do procedimento, pois o seu poder fiscalizatório e o seu olhar mais técnico pode identificar o descumprimento da legislação específica ou das normas administrativas pertinentes à pesquisa, ao salvamento e às outras medidas de tutela dos bens arqueológicos.

Cumpra deixar claro que o licenciamento ambiental não é um fim em si mesmo, e que seu objetivo é dar concretude ao caput do artigo 225 da Carta Magna, de maneira que ele só se justifica que a proteção material do meio ambiente ocorrer de fato.

7 ANTUNES. A questão dos ativos ambientais. *Gazeta Mercantil*.

8 OLIVEIRA. *Introdução à legislação ambiental brasileira e licenciamento ambiental*, p. 367.

9 RIBEIRO. O que é licenciamento ambiental. In: RIBEIRO. *Licenciamento ambiental: herói, vilão ou vítima?*, p. 10.

A participação dos órgãos intervenientes no licenciamento ambiental deve se dar em diversos momentos, desde a contribuição ao TR até a análise crítica do estudo ambiental apresentado.

A Portaria Interministerial nº 60/2015 diz respeito à participação dos chamados órgãos intervenientes no licenciamento ambiental, que no caso seriam a Funai, a FCP, o Iphan e o Ministério da Saúde.

Entretanto, essa norma regulamenta apenas o procedimento junto ao Ibama, de forma que não existe uma norma específica que trate da relação entre esta autarquia e os órgãos de defesa do patrimônio cultural de âmbito estadual e municipal, nem que trate da relação entre o Iphan e os órgãos licenciadores estaduais e locais.

Com efeito, é preciso encontrar uma forma de garantir a participação do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios, sob pena de fragilizar a proteção do patrimônio arqueológico.

Uma forma de garantir a participação é abrir a fase de definição do TR às considerações da sociedade civil, deixando inclusive uma consulta pública virtual para facilitar o acesso daqueles que não estiverem fisicamente próximos ao órgão.

O parágrafo 3º do artigo 4º e o artigo 5º da Instrução Normativa nº 1/2015 do Iphan versam sobre os casos de licenciamento ambiental estadual e municipal. Porém, essa matéria deveria ser tratada por lei ou por um decreto regulamentador da Lei Complementar nº 140/2011.

É evidente que a citada portaria pode ser utilizada por analogia, no que couber, mas o ideal seria a edição de um decreto regulamentando a Lei Complementar nº 140/2011 no que pertine a esse assunto.

O artigo 5º dispõe sobre o prazo para manifestação sobre o TR, estabelecendo o prazo de 15 dias consecutivos para tanto, com a possibilidade excepcional de prorrogação por mais dez dias (vide os parágrafos 2º e 3º, respectivamente). O prazo é curto, por isso o órgão responsável deve trabalhar com modelos detalhados estabelecidos previamente para os mais variados tipos de empreendimentos.

Contudo, na hipótese de uma demanda mais complexa esse prazo deve ser relativizado, o que deve acontecer a partir de requerimento justificado do órgão responsável pelo patrimônio cultural.

Por serem citados expressamente na Instrução Normativa nº 1/2015 do Iphan (artigo 2º, II da Portaria Interministerial nº 60/2015 e artigo 2º da IN Iphan), como bens culturais acautelados em âmbito federal, protegidos pela Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961, fica afastada, no plano normativo, a alegação de desconhecimento da presença (ou da necessidade de averiguação de presença) desses bens em licenciamentos feitos pelas esferas estadual e municipal.

A regência da matéria está na Lei nº 3.294/61. Os artigos 4º e 5º desta Lei deixam claro o poder fiscalizatório e o poder de polícia do Iphan em relação aos bens arqueológicos:

Art 4º Toda a pessoa, natural ou jurídica que, na data da publicação desta lei, já estiver procedendo, para fins econômicos ou outros, à exploração de jazidas arqueológicas ou pré-históricas, deverá comunicar à Diretoria do Patrimônio Histórico Nacional, dentro de

sessenta (60) dias, sob pena de multa de Cr\$ 10.000,00 a Cr\$ 50.000,00 (dez mil a cinquenta mil cruzeiros), o exercício dessa atividade, para efeito de exame, registro, fiscalização e salvaguarda do interesse da ciência.

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 6º As jazidas conhecidas como sambaquis, manifestadas ao governo da União, por intermédio da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, de acordo com o art. 4º e registradas na forma do artigo 27 desta lei, terão precedência para estudo e eventual aproveitamento, em conformidade com o Código de Minas.

Em atenção ao artigo 5º supracitado, os artigos 62, 63 e 64 da Lei nº 9.605/98 (Lei de crimes ambientais), estabelecem as penas para destruição, inutilização ou deterioração dos bens culturais e são aplicáveis, logicamente, aos bens arqueológicos. Vale lembrar também que a Lei de crimes ambientais traz uma sessão dedicada aos “Dos Crimes contra a Administração Ambiental”, que estabelece penas para o funcionário público, que se aplicam à participação dos funcionários no Iphan nas autorizações e permissões de pesquisas arqueológicas, bem como nos licenciamentos ambientais. Alguns dos tipos penais se aplicam também aos arqueólogos responsáveis pelas pesquisas, inclusive os contratados pelo empreendedor, já que estes profissionais representam no licenciamento ambiental uma longa manus do Iphan:

Art. 66. Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental:

Art. 67. Conceder o funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público:

Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental:

Art. 69. Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais:

Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão.

Os artigos 8º e seguintes (Capítulos II e III) da Lei nº 3.294/61 tratam da competência do IPHAN, autarquia federal vinculada ao Ministério da Cultura, para as questões administrativas e procedimentais para a realização de escavações e pesquisas, inclusive as realizadas por particulares. É interessante lembrar o teor do art. 16 da lei em comento, que destaca que nenhum órgão da administração federal, dos Estados ou dos Municípios, poderá realizar escavações arqueológicas ou pré-históricas, sem

prévia comunicação ao Iphan, para fins de registro no cadastro de jazidas arqueológicas, mesmo nos casos em que a União delegue, a qualquer unidade da Federação, atribuições estabelecidas na Lei nº 3.924/61 (artigo 28).

Há ainda a previsão legal das descobertas fortuitas, situação muito comum em licenciamentos ambientais:

Art 17. A posse e a salvaguarda dos bens de natureza arqueológica ou pré-histórica constituem, em princípio, direito imanente ao Estado.

Art 18. A descoberta fortuita de quaisquer elementos de interesse arqueológico ou pré-histórico, histórico, artístico ou numismático, deverá ser imediatamente comunicada à Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou aos órgãos oficiais autorizados, pelo autor do achado ou pelo proprietário do local onde tiver ocorrido.

Parágrafo único. O proprietário ou ocupante do imóvel onde se tiver verificado o achado, é responsável pela conservação provisória da coisa descoberta, até pronunciamento e deliberação da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Ou seja: nos termos da Lei nº 3.924/61, não há exceções para a realização de escavações arqueológicas ou pré-históricas sem prévia comunicação ao Iphan. Isso significa, no âmbito jurídico, que este órgão detém o poder de polícia na matéria arqueológica e que nenhuma atividade arqueológica pode começar sem o aval do Iphan (mais especificamente do Centro Nacional de Arqueologia (CNA)).

A resposta à possibilidade da presença de bens arqueológicos em áreas a serem licenciadas foi dada com a edição da Portaria Iphan nº 7/88, que estabeleceu os procedimentos necessários à comunicação prévia, às permissões e às autorizações para pesquisa e escavações arqueológicas em sítios arqueológicos. Essa Portaria permanece em vigor naquilo que é compatível com a Instrução Normativa nº 1/2015 (praticamente todo seu texto está em vigor). Atualmente, as autorizações são feitas pelo Centro Nacional de Arqueologia/CNA, unidade do Iphan criada em 2009 para fortalecimento institucional da gestão do patrimônio arqueológico, nos termos do Decreto nº 6.844, de 7 de maio de 2009.

No entanto, ao mencionar a solicitação de informações do Ibama ao Iphan, por meio da FCA, o artigo 5º da portaria interministerial nº 60/2015 desconsidera as descobertas fortuitas dos bens arqueológicos, que sempre foram uma realidade. Essa situação é muito frequente e de conhecimento dos órgãos e dos pesquisadores, em razão da experiência acumulada por décadas, pela experiência no licenciamento ambiental. A Arqueologia de Contrato, praticamente inexistente até a década de 1980, atualmente é a principal modalidade que atuação dos profissionais¹⁰. E certamente essa demanda de arqueólogos contratados por empreendedores não é proporcional aos sítios identificados

¹⁰ Assim, em estudo que apresenta dados até 2014, desde a exigência da Resolução Conama 001/86, passando pelas Portarias Iphan 7/88 e 230/02, nota-se um aumento significativo no número de emissão de Portarias pelo Iphan para o que hoje se denomina Arqueologia de Contrato, centrada na Avaliação Ambiental de Projetos (CALDARELLI e SANTOS, 2000). Com a edição da Portaria Iphan 230 em 2002, que inseriu a imprescindibilidade das pesquisas de arqueologia preventiva, estabelecendo procedimentos necessários para a obtenção das licenças ambientais (Licenças Prévia - LP, de Instalação - LI e de Operação - LO) no curso do procedimento de licenciamento, os pedidos de pesquisa arqueológica cresceram demasiadamente: de 201 (em 2002) para 1454 (em 2013), num aumento de 723% em onze anos (Iphan, 2014).

antes do início do licenciamento. Como não há, em geral, mapeamento de sítios pelo Poder Público, com a finalidade de elaboração de cartas arqueológicas (o que seria guarda ideal), as descobertas são uma variável externa bem previsível em determinadas regiões.

Seria deveras importante que o MMA e o Iphan criassem um sistema eletrônico de comunicação e de troca de informações entre os órgãos integrantes do Sisnama e os órgãos responsáveis pela gestão do patrimônio arqueológico. De um lado isso poderia funcionar como um banco de compartilhamento de dados; e de outro como um sistema oficial de notificações e de troca de informações entre os órgãos administrativos, além de conferir maior transparência e, talvez, até maior agilidade ao procedimento.

Quando o parágrafo 11 do artigo 7º dispõe que a manifestação dos órgãos “deverá ser conclusiva, apontar a existência de eventuais óbices ao prosseguimento do processo de licenciamento e indicar as medidas ou condicionantes consideradas necessárias para superá-los”, é importante considerar o seguinte: a) é possível que excepcionalmente em função da complexidade do caso concreto o órgão não consiga se manifestar conclusivamente, o que exigirá mais tempo; e b) também a título excepcional o órgão poderá se manifestar pela inviabilidade do licenciamento ambiental, seja parcial ou no todo, tendo em vista os bens e valores que estiverem em jogo.

De acordo com o parágrafo 12 do artigo 7º e com o artigo 16, as condicionantes e medidas indicadas deverão obrigatoriamente guardar relação direta com os impactos identificados, o que deve ser justificado tecnicamente. O intuito do dispositivo é evitar o uso indevido das chamadas condicionantes sociais, que muitas vezes são exigidas pelo mero deleite do servidor público sem a necessária base fática ou legal. É claro que na hipótese de rejeição da manifestação deve o Ibama comunicar ao órgão interveniente para que este possa fazer a sua contradita.

A consideração extemporânea do órgão interveniente deve ser acatada, desde que seja relevante para os bens e valores que este deve proteger. Contudo, deve ser apurado se o órgão em questão já dispunha daquela informação (ou se tinha como dispor) ou se é uma informação nova, uma vez que não se deve retardar o licenciamento ambiental sem uma justificativa pertinente.

No licenciamento ambiental, a última palavra é do órgão licenciador, consoante dispõe a Lei Complementar nº 140/2011, nos termos do artigo 13:

Art. 13. Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar.

§ 1º. Os demais entes federativos interessados podem manifestar-se ao órgão responsável pela licença ou autorização, de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos do licenciamento ambiental.

A questão é que os órgãos intervenientes podem e devem se manifestar sobre o TR, sobre os estudos ambientais, sobre as condicionantes e até sobre a própria concessão ou não da licença ambiental (podendo ser questionamento ser integral ou parcial).

Deste modo, o órgão licenciador pode rejeitar motivadamente tais questionamentos, mas jamais imotivadamente tendo em vista que nessas situações a discricionariedade é técnica. Nesse sentido:

As limitações à atividade administrativa abrangem, inclusive, a denominada discricionariedade técnica, no âmbito da qual se atribui à Administração o poder de fixar juízos de ordem técnica, mediante o emprego de noções e métodos específicos das diversas ciências ou artes. Tal poder é assegurado a algumas agências reguladoras com eminente função técnica, como as que atuam nas áreas de energia elétrica, telecomunicações e exploração de petróleo. Embora se revele possível o controle de legalidade nesses casos, sempre poderá haver alguma margem eminentemente discricionária, particularmente quando presente o intuito de auxiliar a Administração quanto aos critérios de conveniência e oportunidade, não parecendo razoável o entendimento de que “nunca” haverá espaço para a discricionariedade¹¹.

Com efeito, as decisões devem ser amparadas no conhecimento científico mais abalizado, a fim de fazer com que o órgão ambiental cumpra a sua missão institucional. Isso implica dizer que o ato não deve ser apenas motivado, mas deve ser o mais bem motivado possível tecnicamente.

Nas decisões do órgão ambiental sobre o patrimônio arqueológico presente em área de empreendimento licenciado, como não há conceitos indeterminados na identificação do bem e nas medidas legais estabelecidas para sua tutela, cabendo ao Iphan aprovar, desde que observadas os requisitos formais, o projeto de pesquisa elaborado e firmado por arqueólogo, sem adentrar no mérito ou metodologia da pesquisa, o espaço para discricionariedade do órgão licenciador é restrito e limitado à flexibilização de prazos, à escolha de medidas de compensação ou à reapreciação das medidas sugeridas pelo Iphan, com ampliação ou redução destas.

O impasse está quando o órgão licenciador mantenha a sua discordância e não acata a manifestação do Iphan. Nesse caso, a autarquia cultural, além de adotar as medidas urgentes para proteção dos bens arqueológicos, como o embargo, deverá tomar providências mais drásticas, levando o caso ao Ministério Público, que apurará o dano coletivo, a improbidade administrativa e o crime ambiental, à Polícia para investigação do crime ambiental e/ou ao Poder Judiciário, já que ele está legitimado à interposição de ações civis públicas.

O Iphan é obrigado a tomar essas medidas, sob pena de ser considerado conivente com eventual irregularidade ambiental a ser identificada posteriormente, podendo ser enquadrado por improbidade administrativa ou até por crime ambiental¹². O intuito disso é construir uma compreensão que garanta a um só tempo a efetividade da proteção do meio ambiente e a segurança jurídica, nortes maiores da lei sob debate.

11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 84.

12 Em face do que estabelece o caput do art. 225 da Constituição Federal, o Poder Público é obrigado a proteger o meio ambiente, inexistindo qualquer discricionariedade nesse sentido.

4. A proteção do patrimônio arqueológico em áreas degradadas licenciadas

Sem perder de vista que a IN nº 1/2015 oferece a possibilidade de melhor organização do Iphan para gestão dos bens arqueológicos e para sua participação qualificada nos procedimentos de licenciamento, não se pode deixar de notar que essa norma também tem pontos de fragilidade em seu texto.

Um desses pontos é a previsão que delimitou a participação do Iphan a partir da existência de bens apenas na Área de Influência Direta (AID) do empreendimento. Essa restrição é uma afronta às normas ambientais, aos princípios ambientais consagrados, como os princípios da prevenção e da precaução bem como aos ditames da Lei nº 3.924/61. Todos os impactos devem ser considerados, sejam principais ou secundários, permanentes ou temporários, devendo ser analisado os possíveis efeitos destes sobre o patrimônio arqueológico (parágrafo 4º do artigo 11 da IN). Isso decorre do princípio holístico da avaliação ambiental, segundo o qual todos os impactos efetivos e potenciais devem ser objeto de consideração.

A pesquisa na Área de Influência Indireta está prevista pelo Conama e visa conferir a proteção adequada aos bens afetados. E a IN em comento poderia ter deixado uma “porta aberta” para que, em empreendimentos de níveis III E IV e em certas situações devidamente justificadas, a autarquia pudesse exigir a pesquisa na Área de Influência Indireta.

Outro ponto que merece destaque na IN é a liberação de quaisquer estudos sobre os bens arqueológicos para o licenciamento de empreendimentos em áreas degradadas, contaminadas, eletrificadas, ou de alto risco (art. 60).

Em relação à dispensa de estudos em áreas degradadas, contaminadas etc, prevista no artigo 60 da IN nº 1/2015, houve questionamento judicial pelo Grupo de Trabalho Patrimônio Cultural vinculado à Câmara de Meio Ambiente e Patrimônio Cultural do Ministério Público Federal (MPF). O trecho da notícia sobre a ação civil pública proposta, em fevereiro de 2016, contra o artigo 60 resume o objeto da demanda judicial:

O MPF alerta que o dispositivo “é desastroso”, já que o IPHAN contraria a Constituição ao deixar de exigir os estudos. O procurador da República Jaime Mitropoulos, que assina a ação, exemplifica que se um empreendimento quiser se estabelecer em trecho do centro antigo da cidade do Rio de Janeiro, com valor histórico e cultural, mas que, atualmente, encontra-se degradado pelo tempo, pela sociedade ou pelo Poder Público não seria esse motivo suficiente para deixar de exigir do empreendedor a apresentação de estudo. Para o MPF, as circunstâncias apontadas pelo artigo 60 não afastam os ‘deveres de guarda e vigilância permanente confiados ao poder público’

Na ação, o MPF pede que o Iphan seja obrigado a exigir os estudos e indique o conteúdo mínimo para realização dos levantamentos para avaliar o impacto do empreendimento sobre os bens culturais acautelados ou em processo de acautelamento também nas hipóteses de áreas degradadas, contaminadas, eletrificadas ou de alto risco¹³.

13 Disponível em: (<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-ajuiza-acoes-civis-para-garantir-protecao-de-bens-culturais-em-licenciamento-ambiental>).

Os prejuízos de seguir à risca do artigo 60 da Portaria em comento são evidentes. Por exemplo, áreas degradadas como a área portuária do Rio de Janeiro, que nos últimos dez anos tem tido melhorias e sido reurbanizada, com a concepção do Porto Maravilha, estariam liberadas de apresentação de estudos arqueológicos., nos termos do artigo 60 da IN nº 1/2015. Além disso, segundo a Instrução em comento, o Iphan deveria se manter inerte à espera da provocação do órgão licenciador.

O exemplo é exagerado, já que o sítio do Cais do Valongo, localizado nessa área portuária, pelo seu gritante valor histórico, e elevado potencial arqueológica, não poderia passar despercebido pelo Iphan. Não poderia e não passou: a autarquia exerceu seu poder de polícia e cumpriu seu papel de gestor nesse caso. Em 2010 vigorava a Portaria Iphan nº 230/02 para os casos de licenciamento. Como relatado no documento que encaminha à Unesco a candidatura do Cais do Valongo a Patrimônio Mundial, o Iphan tomou a iniciativa de solicitar à prefeitura do Rio de Janeiro a realização de pesquisa arqueológica:

Nesse sentido, em 2010, quando a Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro iniciou as intervenções urbanas necessárias à implantação do Projeto Porto Maravilha⁴ naquela praça, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, órgão gestor do patrimônio arqueológico no Brasil, baseado na legislação vigente de preservação do patrimônio arqueológico, solicitou a Prefeitura a realização de projeto de pesquisa arqueológica, uma vez que somente através da Arqueologia seria possível dimensionar o grau de conservação dos potenciais danos causados pelo crescimento urbano ou por outros agentes, que derivaram no encobrimento do Cais e da trágica história ligada a ele. À época, já era de conhecimento, tanto dos gestores públicos quanto dos pesquisadores, o elevado potencial arqueológico da área. Além de ser uma área estratégica de convívio e interação social entre a população negra cativa e liberta, era também a área de chegada e comercialização do enorme contingente de africanos escravizados, o que se confirmou durante as escavações preventivas levadas a efeito pela equipe da Professora Tania Andrade Lima, arqueóloga do Museu Nacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro-MN/UFRJ.

Ao mesmo tempo, como relatado pela gestora de licenciamento do Inea, órgão municipal do Rio de Janeiro, na Audiência Pública, intitulada “Patrimônio Cultural no Licenciamento Ambiental”, realizada em 2014, na Procuradoria da República no Rio de Janeiro, o Iphan deveria ter condições de fazer o georreferenciamento de áreas com potencial arqueológico para melhor trabalho do órgão licenciador. A experiência da gestora do Inea, compartilhada na Audiência está baseada na Portaria Iphan nº 230/02:

Foi conduzido um estudo de impacto ambiental e solicitou-se a participação do IPHAN. Encontrou-se sítios arqueológicos na área de Duque de Caxias. A partir daí o IPHAN estendeu sua influência naquela região. Descobriu-se um areal com um sítio naquela atividade, há muito

tempo estamos tentando junto do IPHAN averiguar a possibilidade de um georreferenciamento das áreas com mais provável incidência de sítios arqueológicos. Desculpem, não estou tão a par da questão arqueológica. Mas sempre disseram para nós que este era um processo em andamento e sem retorno. Pela sua apresentação acredito que isto está mais desenvolvido, e acho que devíamos nos preocupar mais com estes detalhes. Só para se ter uma ideia de como se faz esse nosso licenciamento, georreferenciamos a área, lançamo-la no nosso BDE e aí levantamos todas as unidades de conservação das quais temos registro, estaduais, federais e municipais. As últimas são um pouco mais difíceis de conseguirmos, mas temos algumas. Identificamos a necessidade de se ouvir um gestor de uma unidade de conservação. Se já estivesse georreferenciado e identificado, saberíamos que teríamos que ouvir o IPHAN, mas sabemos que esta questão da grandeza da atividade não importa muito¹⁴.

Como se nota, nas duas situações em que se dispensam estudos arqueológicos, as áreas com potencial arqueológico que não tenham georreferenciamento ou mesmo que sejam desconhecidas do Iphan ficariam totalmente desprotegidas.

A presença de sítios ou artefatos arqueológicos deve ser levada em conta pelo órgão licenciador, tanto por determinação legal como pelo teor do princípio da precaução (parágrafo 2º do artigo 10 da IN). É também por causa do princípio da precaução que o TR e o estudo ambiental não podem se limitar à confirmação dos bens arqueológicos já cadastrados, já que em determinadas regiões, há chance de novas descobertas.

Na realidade, o próprio órgão ambiental integrante do Sisnama deve solicitar no TR o levantamento do patrimônio arqueológico a ser possivelmente afetado, bem como verificar se o estudo apresentado está adequado nesse sentido.

Desse modo, o Termo de Referência-TR sempre antecede a implantação de atividade ou obra que cause impacto aos bens culturais, sejam estes bens materiais ou imateriais, rurais ou urbanos, construídos ou fixados a elementos naturais (paisagens, pinturas rupestres, grutas ou cavernas etc). Embora nem todas as situações justifiquem ou obriguem a elaboração do TR pelo poder público, este é um instrumento de precaução ou prevenção e pode ser exigido pela sociedade, pelo Ministério Público ou pela comunidade científica, desde que existam indícios que justifiquem a adoção de cautela.

Vale destacar que apesar de ser um instrumento de cautela, o TR é útil e necessário em situações nas quais o bem arqueológico integre um espaço já tenha sido significativamente degradado, como, por exemplo, no caso de sítio arqueológico encontrado em local anteriormente explorado para retirada de terra, para extração de minérios ou para atividades agrícolas, linhas de transmissão, dentre outras. Nessas situações, constatada a presença do bem arqueológico, deve-se exigir que o poder público elabore um TR para as explorações futuras.

Assim, no Termo de Referência para a tutela para o patrimônio cultural construído em área urbana (geralmente identificada como sítio histórico), podemos citar, com base

14 BRASIL. Ministério Público Federal. Audiência Pública: Patrimônio Cultural no Licenciamento Ambiental. Degravação realizada na Procuradoria da República, no Rio de Janeiro, em 13 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/eventos/audiencia-publica/patrimonio-cultural-no-processo-de-licenciamento-ambiental/DEGRAVACAO13102014AUDIENCIAPUBLICA.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

no texto de Paulo Tadeu de Souza Albuquerque e Miriam Cazzetta, dois pilares: a) a necessidade de elaboração de um documento que sirva de instrumento técnico a pautar todos profissionais envolvidos na gestão administrativa do patrimônio construído da área em estudo.; e b) a concepção de que o estudo e o conhecimento do patrimônio construído de uma cidade deve servir para agregar novos elementos ou singularizar os já existentes, oferecendo soluções arquitetônicas e estratégias de parcelamento ou subdivisão do espaço, “pois sem investigação não há elementos juízo que permitam valorar um elemento construído adequadamente. Atribuir aprioristicamente uma não singularidade de um bem devido ao desconhecimento deste é cientificamente incorreto”¹⁵.

Com isso, a existência de áreas urbanas de valor cultural significativo com grau de degradação, mesmo que densamente habitadas e gravadas pelo interesse imobiliário, também comporta a elaboração de TR. Este se apresentará, dentro do espaço urbano, como não somente como instrumento de preservação dos elementos culturais mas, principalmente, como base para a adoção de medidas dentro de uma gestão compartilhada entre órgãos públicos (responsáveis pelos setores da cultura, turismo, urbanismo, engenharia de tráfego etc).

Considerações finais

No âmbito jurídico, os bens arqueológicos são bens ambientais e culturais. Desse modo, são considerados vestígios arqueológicos todos os indícios da presença ou atividade humana em um determinado local. Quando esse local está em um contexto que abriga também elementos ecológicos merecedores de proteção, há incidência das normas ambientais para tutela dos sítios e vestígios arqueológicos, que são considerados partes do bem ambiental.

Numa interpretação dos dispositivos da Constituição, os traços mais importantes e específicos sobre patrimônio arqueológico são: a) a propriedade pública federal do bem arqueológico; b) a gestão exclusiva dos bens arqueológicos por órgão público federal designado em lei (atualmente este órgão é o Iphan), o qual detém o poder de polícia; c) o acautelamento decorrente diretamente da Constituição, sem a necessidade da submissão dos bens arqueológicos a um instrumento protetivo específico (como o tombamento, o registro etc.), o que lhe confere o traço de bem público acautelado; e d) a previsão de responsabilidade civil, administrativa e penal para o causador de dano ao patrimônio arqueológico

Apesar de serem bens públicos da União, devem ser tutelados por todos os entes federativos. Esse entendimento é essencial para a compreensão da tutela dos bens arqueológicos em áreas degradadas cujos empreendimentos estejam submetidos a licenciamento ambiental, principalmente quando o órgão licenciador não é da esfera federal.

A obrigatoriedade do Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) e a incorporação de medidas protetivas para os bens arqueológicos impactados nesses estudos tem como consequência a constante busca de mecanismos e instrumentos que não somente prote-

15 Paulo Tadeu de Souza Albuquerque e Miriam Cazzetta, Programa de Arqueologia Urbana para a cidade do Recife e os passivos arqueológicos, in Dossiê do Simpósio “A problemática dos passivos arqueológicos decorrentes de obras de impacto ambiental no Brasil”, coordenado por Solange Bezerra Caldarelli, Florianópolis, 2007. Disponível em: https://scientiaconsultoria.com.br/site2009/pdf/estudos/A_problemativa_dos_passivos_arqueologicos.pdf. Acesso em 7 set. 2023.

jam esses bens, mas que também deem maior estabilidade aos empreendedores, que já são obrigados a seguir um rígido catálogo de obrigações.

Para a proteção do patrimônio cultural no licenciamento ambiental, além das normas de aplicação geral, pode-se mencionar como marcos: a LC nº 140/2011, a Portaria Interministerial nº 60/2015, que normatizou procedimentos administrativos que disciplinam a atuação dos órgãos e entidades da administração pública federal em processos de licenciamento ambiental de competência do IBAMA, e a Instrução Normativa Iphan nº 1/2015, que estabeleceu procedimentos a serem observados quando o Iphan for instado a se manifestar nos processos de licenciamento ambiental federal, estadual e municipal.

Seria deveras importante que o MMA e o Iphan criassem um sistema eletrônico de comunicação e de troca de informações entre os órgãos integrantes do Sisnama e os órgãos responsáveis pela gestão do patrimônio cultural. De um lado isso poderia funcionar como um banco de compartilhamento de dados, e de outro como um sistema oficial de notificações e de troca de informações em processos administrativos.

Apesar de a IN nº 1/2015 oferecer a possibilidade de melhor organização e participação do IPHAN, as previsões de liberação de quaisquer estudos sobre os bens arqueológicos para o licenciamento de empreendimentos em áreas degradadas, contaminadas, eletrificadas, ou de alto risco e de delimitação da participação do Iphan a partir da existência de bens apenas na Área de Influência Direta (AID) do empreendimento criam situações que colocam as áreas com potencial arqueológico, que não tenham georreferenciamento ou mesmo que sejam desconhecidas do Iphan, em risco.

Para essas situações, assume especial importância a elaboração de Termo de Referência (TR). Este instrumento, apesar de se prestar à prevenção e à cautela, também é útil e necessário em situações nas quais o bem arqueológico integre um espaço que já tenha sido significativamente degradado, como, por exemplo, no caso de sítio arqueológico encontrado em local anteriormente explorado para retirada de terra, para extração de minérios ou para atividades agrícolas, linhas de transmissão, dentre outras. O TR serviria para as explorações futuras.

A solicitação do TR para levantamento do patrimônio arqueológico a ser possivelmente afetado, bem como a verificação sobre a adequação do estudo apresentado pode ser feita tanto pelo IPHAN como por órgão ambiental integrante do Sisnama.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. BRASIL.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Audiência Pública: Patrimônio Cultural no Licenciamento Ambiental*. Degravação realizada na Procuradoria da República, no Rio de Janeiro, em 13 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/eventos/audiencia_publica/patrimonio-cultural-no-processo-de-licenciamento_ambiental/DEGRAVACAO13102014AUDIENCIAPUBLICA.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011,.

FUNARI, P. P. *Arqueologia*. São Paulo: Contexto, 2003

LEAL, C. F. B.; SOUZA E SILVA, L. de. *A preservação do patrimônio cultural no contexto do licenciamento ambiental: possibilidades sociais e produção de (des)conhecimento sobre ambiente*, *Cultura e Patrimônio*. Rev. CPC, São Paulo, n. 21, p. 8-35, jan./jul. 2016.

MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MIRANDA, M. P. de S. *Análise dos Impactos ao Patrimônio Cultural no âmbito dos Estudos Ambientais*. In: RODRIGUES, J. E. R.; MIRANDA, M. P. de S. *Estudos de Direito do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MORATO LEITE, J. R. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PAIVA, Carlos Magno de Souza. *Comentário do Recurso Especial nº 808.708-RJ, julgado em 18 de agosto de 2009, Relator Ministro Herman Benjamin*. In *RSTJ*, a. 27, (239): 587-751, julho/setembro 2015, p. 678. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-electronica-2015_239_2.pdf, acesso em 21 ago.2023

RODRIGUES, J. E. R. *Meio ambiente cultural: tombamento - ação civil pública e aspectos criminais*. In: MILARÉ, E. (Coord.) *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Meio ambiente cultural: tombamento - ação civil pública e aspectos criminais*. In: MILARÉ, E. (Coord.) *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

SENA, N. L. A. *Os crimes contra o meio ambiente em áreas militares ambientais*. In: SILVA, J. A. da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, J. A. da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOARES, Inês Virginia P. *Direito ao (do) Patrimônio Cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

_____. *Proteção Jurídica do Patrimônio Arqueológico no Brasil: Fundamentos para Efetividade da Tutela em Face de Obras e Atividades Impactantes*. Erechim: Habilis, 2007.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Ata nº 43/2007. Plenário, Data da Sessão: 17/10/2007 - Ordinária, Auditor Augusto Sherman Cavalcanti, Acórdão nº 2.164/2007, Processo TC 022.813/2006-8. Decisão publicada no DOU nº 202, de 19.10.2007.

Coordenação editorial e revisão
Marcelo Alexandre Barbosa

Diagramação
Maria de Oliveira Barra Costa

Capa
Esmeralda Luana Wonke Scopesi

Formato
175 x 245 mm

Mancha
140 x 210 mm

Tipologia
Trebuchet MS

Março de 2023