

NOTA TÉCNICO-JURÍDICA

Análise da Subemenda Substitutiva Global de Plenário – Projeto de Lei que dispõe sobre o licenciamento ambiental e a avaliação ambiental estratégica, e dá outras providências – sob a ótica do patrimônio cultural

I – DESCRIÇÃO DO OBJETO DE ANÁLISE

Trata-se de Análise da Subemenda substitutiva global de Plenário – que dispõe sobre o licenciamento ambiental e a avaliação ambiental estratégica, e dá outras providências -, especialmente no tocante ao tratamento do patrimônio cultural¹.

Consiste na segunda versão da subemenda apresentada pelo Deputado Kim Kataguiri, a ser analisada na qualidade de texto-base do Grupo de Trabalho – Licenciamento Ambiental, sob sua coordenação, que tem por finalidade “analisar o marco legal concernente ao licenciamento ambiental brasileiro e apresentar propostas ao seu aperfeiçoamento”.

Dispõe a subemenda, na Seção 7, no tocante à Participação das Autoridades Envolvidas, que:

Art. 37. A participação, no licenciamento ambiental das autoridades envolvidas referidas no inciso III do art. 2º desta Lei ocorre nas seguintes situações:

I – quando na ADA ou na área de influência existir:

- a) terra indígena com portaria de declaração de limites publicada; ou
- b) área que tenha sido objeto de portaria de interdição em razão da localização de índios isolados;

II – quando na ADA ou na área de influência existir terra quilombola titulada;

¹ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/licenciamento-ambiental/documentos/outros-documentos/texto-base-licenciamento-ambiental-apresentado-em-02-07-19>. Acesso em 9 jul. 2019. Texto para debate – segunda versão do Relator (02/07/2019).



III – quando na ADA ou na área de influência existirem bens culturais formalmente identificados e acautelados;

IV – quando o empreendimento ou atividade afetar Unidade de Conservação da natureza ou sua zona de amortecimento; e

V – em outros casos relevantes justificados pela autoridade licenciadora.

§ 1º A manifestação das autoridades envolvidas não vincula a decisão final da autoridade licenciadora quanto à licença ambiental, exceto no caso de que tratam o inciso IV do *caput* e o § 2º deste artigo.

(...)

§3º As disposições do caput deste artigo são aplicadas sem prejuízo da legislação sobre o patrimônio arqueológico ou paleontológico.

Art. 38. A autoridade licenciadora deve solicitar a manifestação das autoridades envolvidas no prazo máximo de 30 (trinta) dias do recebimento do estudo ambiental ou de, planos, programas e projetos relacionados à licença ambiental.

§1º A autoridade envolvida deve apresentar manifestação conclusiva para subsidiar a autoridade licenciadora no prazo máximo equivalente à metade do prazo concedido a esta, contado da data de recebimento da solicitação.

§2º A ausência de manifestação da autoridade envolvida no prazo estabelecido no § 1º deste artigo não obsta o andamento do licenciamento, nem a expedição da licença ambiental.

§3º No caso de a manifestação da autoridade envolvida incluir propostas de condicionantes, elas devem estar acompanhadas de justificativa técnica que demonstre sua necessidade para evitar, mitigar ou compensar impactos ambientais negativos da atividade ou empreendimento, **podendo a autoridade licenciadora rejeitar aquelas que não atendam a esse requisito.**

§4º As autoridades envolvidas devem acompanhar a implementação das condicionantes ambientais incluídas nas licenças relacionadas a suas respectivas atribuições, informando a autoridade licenciadora nos casos de descumprimento ou inconformidade.

Dentre as autoridades envolvidas a que se refere o inciso III do art. 2º do Projeto de Lei estão os órgãos e entidades de proteção ao patrimônio cultural, incluindo o Instituto do Patrimônio Histórico Nacional – IPHAN.

Passa-se à análise sobre as consequências da alteração legislativa sobre a proteção do patrimônio cultural nacional, especialmente o patrimônio arqueológico.

II – ANÁLISE

A – Contextualização



A.1. Importância da Avaliação de Impacto Ambiental e do Licenciamento Ambiental na Proteção do Patrimônio Cultural

O patrimônio cultural tem importância cada vez maior para as sociedades. Muito mais que cimento, madeira, aço e formas arquitetônicas visíveis de um tempo já esquecido, são também bens culturais aqueles que tem valor pelo que expressam em termos históricos, estéticos ou religiosos, bem como aqueles que retratam a origem e evolução humana e do próprio planeta.

A Constituição Federal de 1988 reafirmou essa pluralidade e demarcou o conceito de patrimônio cultural, passando a salvaguardar os bens de natureza material e imaterial, individualmente ou em conjunto, que se referem à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos que compõem a Nação brasileira, em seu artigo 216.

Ainda, diante do fato de que a degradação ou desaparecimento de um bem do patrimônio cultural e natural constitui empobrecimento nefasto do patrimônio de todos os povos - conforme defende o preâmbulo da Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural da UNESCO, de 1972 -, nossa Carta Magna prossegue, estabelecendo que a preservação, conservação e manutenção dos bens pertencentes ao patrimônio cultural não é mera faculdade e sim uma imposição de ordem pública e interesse social em prol do bem coletivo (parágrafo 1º do art. 216).

Essa proteção é de competência comum a todos os entes federativos, nos termos do art. 23 da CF. Vejamos:

Art. 23. É competência comum da União, dos **Estados**, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - **proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;**

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;



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

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - **os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.**

§1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Desta feita, o Poder Público tem o dever de conformação das mais diversas atividades sociais, garantindo que o desenvolvimento econômico se compatibilize com a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, nele incluído o meio ambiente natural, urbanístico e cultural.

Nesta esteira, em 1988, a Constituição Federal previu que, para assegurar a todos o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o poder público deve “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

No plano legislativo federal brasileiro, a questão referente ao controle ambiental dos empreendimentos econômicos segue regida pela Lei 6.938/81, que institui a Política Nacional de Meio Ambiente brasileiro, a qual foi recepcionada pela Constituição Federal e regulamentada pelo Decreto 99.274/90. Dentre os instrumentos da PNMA estão (art. 9) “a avaliação de impactos ambientais” (AIA) e o “licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”.

Observa-se, portanto, que a legislação brasileira ordena a realização de avaliação de impacto ambiental e procedimento de licenciamento ambiental para instalação de obras, empreendimentos ou atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental, no bojo do qual deve haver elaboração de estudos sobre os impactos que a atividade ocasionará ao meio ambiente.

A Avaliação de Impactos Ambientais (AIA) é um dos instrumentos mais importantes para se buscar o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico, a adequada tutela do meio



ambiente e a busca pela justiça social. Isso porque só se pode pensar em harmonização entre os interesses de desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente quando conhecida a atividade e o contexto em que estará inserida, a fim de que sejam analisados seus impactos negativos e positivos para uma decisão sobre se, onde, como e quando a atividade é implantável.

A necessidade de que determinadas ações, consideradas potencial ou efetivamente degradadoras, estejam sujeitas a planejamento e avaliação prévios, evitando-se ou minimizando-se impactos indesejáveis ou imprevistos, consta da Declaração do Rio de 1992, especificamente no Princípio 17, produto da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), conhecida como RIO 92:

Deverá ser empreendida a avaliação de impacto ambiental, em termos de instrumento nacional, a despeito de qualquer atividade proposta que provavelmente produza impacto negativo considerável e que esteja sujeita à decisão de uma autoridade nacional competente. (ONU, 1992).

Também na Agenda 21, os Estados signatários, com a participação de ONGs, reconheceram a AIA como instrumento que deve ser fortalecido para estimular o desenvolvimento sustentável, inserindo-se, dentre os seus dispositivos, nos capítulos 07 (promoção do desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos), 09 (promoção da atmosfera), 11 (combate ao desflorestamento), 15 (conservação da diversidade biológica), 18 (proteção da qualidade de vida e do abastecimento do recursos hídricos: aplicação de critérios integrados no desenvolvimento, manejo e uso dos recursos hídricos), 20 (manejo ambientalmente sustentável dos resíduos perigosos, incluindo a prevenção do tráfico internacional ilícito de resíduos perigosos) e 38 (arranjos institucionais internacionais, acerca do papel do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento).

A Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) pode ser conceituada como o processo de identificação das futuras consequências de uma ação em curso ou proposta que serve, por um



lado, como instrumento de planejamento e, por outro, como procedimento usualmente associado a alguma forma de processo decisório, como o licenciamento ambiental².

Em sua dimensão de instrumento de planejamento, a Avaliação de Impactos Ambientais permite analisar se determinadas atividades têm um alto potencial de degradação e impacto, com a finalidade de julgar se tais atividades podem ou não serem implementadas, e, caso sejam, seus impactos negativos sejam mitigados ou compensados; assim, a AIA pode incitar empreendedores a optar por alternativas menos impactantes em suas atividades, sejam elas tecnológicas ou na escolha do local³. Em uma segunda dimensão, atribui-se à avaliação de impacto ambiental um sentido de processo de identificação, previsão e avaliação de atividades que tenham o potencial de causar algum impacto ao ambiente; de ferramenta que apresenta elementos técnicos para análise do empreendimento ou obra proposto e, conseqüentemente, possibilita a elaboração de juízo a respeito da viabilidade do licenciamento pretendido; e de instrumento de acompanhamento das atividades aprovadas.

Por sua vez, o licenciamento ambiental foi concebido como forma de operacionalização da AIA.

Como já foi salientado, o Licenciamento Ambiental - assim como a AIA - é instrumento da Política Nacional de Meio Ambiente e tem por finalidade “promover o controle prévio à construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”⁴.

Trata-se, portanto, de um procedimento que visa à tomada de decisão sobre empreendimento potencialmente impactante ao meio ambiente, ao passo que a AIA é procedimento mais amplo, de avaliação de impactos, que pode ou não vir associada a alguma forma de processo decisório, como o licenciamento ambiental, conforme já explicitado no

² SÁNCHEZ, Luiz Enrique. O processo de avaliação de impacto ambiental, seus papéis e funções. In: LIMA, A. L. B. R.; TEIXEIRA, H. R. & SANCHEZ, L. E. (orgs.) A efetividade da Avaliação de Impacto Ambiental no Estado de São Paulo: uma análise a partir de estudos de caso. São Paulo: Secretaria do Meio Ambiente, Coordenadoria de Planejamento Ambiental, 1995. Disponível em: <<http://ambiental.adv.br/ufvjm/aiaetapas.pdf>>

³ SANCHEZ, Luiz Enrique. Avaliação de Impacto Ambiental: conceitos e métodos. São Paulo: Oficina de Textos, 2008. 495p.

⁴ Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/ultimo_caderno_pnc_licenciamento_caderno_de_licenciamento_ambiental_46.pdf. Acesso em: 09 jul. 2019, p. 9.



item anterior. Vale frisar que a “avaliação de impacto ambiental deve ser uma atividade contínua, antes e posterior à tomada de decisões, procedendo-se a sua revisão e atualização periodicamente, após o pleno funcionamento do projeto ou atividade”.

As informações relevantes coletadas e sistematizadas sobre a viabilidade socioambiental do empreendimento - trazidas ao processo por meio principalmente dos estudos ambientais e da consulta pública - servem de subsídio para a tomada da decisão final no procedimento de licenciamento. Caso não haja necessidade de modificação ou complementação dos estudos, o órgão competente decidirá pela: (i) não autorização do empreendimento; (ii) aprovação incondicional; ou (iii) aprovação com condicionantes.

Caso o empreendimento seja potencialmente impactante do meio ambiente cultural, outros estudos específicos – para além do Estado de Impacto Ambiental - deverão ser realizados, o que é preconizado, inclusive, na Carta de Mar del Plata, documento do Mercosul de 1997, que recomenda aos governos que,

aos estudos de impacto ambiental, acrescentem outros que ajudem a identificar o impacto cultural, para o qual devem ser convocados profissionais de reconhecida experiência na matéria.

Estes estudos devem ser avaliados pelos órgãos de proteção competentes, que têm expertise para verificar a viabilidade ou não do empreendimento em termos de meio ambiente cultural.

A.2 – Participação do órgão de proteção ao patrimônio cultural nacional (IPHAN) no procedimento de avaliação de impactos ambientais e licenciamento ambiental – Procedimento atual

Conforme dito alhures, nossa Carta Magna estabelece que a preservação, conservação e manutenção dos bens pertencentes ao patrimônio cultural não é mera faculdade e sim uma imposição de ordem pública e interesse social em prol do bem coletivo.



Neste viés, e com o objetivo de assegurar o cumprimento dos preceitos constitucionais, tanto em nível federal como estadual, órgãos e autarquias especializados na proteção do meio ambiente cultural – patrimônio cultural – foram criados.

Nesse sentido, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional-**IPHAN** é responsável por zelar pelo patrimônio cultural nacional, dentre o qual se encontra o patrimônio arqueológico.

O IPHAN, criado originalmente pela Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, é autarquia federal vinculada ao Ministério da Cultura, constituída pela Lei nº 8.113, de 12 de dezembro de 1990, e pelo Decreto nº 99.492, de 3 de setembro de 1990, com base na Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, e tem sede e foro em Brasília, Distrito Federal, circunscrição administrativa em todo o território nacional e prazo de duração indeterminado.

O Decreto 9.238/2017, determina que é finalidade do IPHAN:

Art. 2º O IPHAN tem por finalidade:

- I - preservar o patrimônio cultural do País, nos termos do art. 216 da Constituição;
- II - coordenar a implementação e a avaliação da Política Nacional de Patrimônio Cultural, de acordo com as diretrizes definidas em ato do Ministro de Estado da Cultura;
- III - promover a identificação, o reconhecimento, o cadastramento, o tombamento e o registro do patrimônio cultural do País;**
- IV - promover a salvaguarda e a conservação do patrimônio cultural acautelado pela União;
- V - promover a difusão do patrimônio cultural do País, com vistas à preservação, à salvaguarda e à apropriação social;
- VI - promover a educação, a pesquisa e a formação de pessoal qualificado para a gestão, a preservação e a salvaguarda do patrimônio cultural;
- VII - elaborar as diretrizes, as normas e os procedimentos para a preservação do patrimônio cultural acautelado pela União, de forma a buscar o compartilhamento de responsabilidades entre os entes federativos e a comunidade;
- VIII - fiscalizar e monitorar o patrimônio cultural acautelado pela União e exercer o poder de polícia administrativa nos casos previstos em lei;
- IX - manifestar-se, quando provocado, no âmbito do processo de licenciamento ambiental federal, estadual, distrital e municipal quanto à avaliação de impacto e à proteção dos bens culturais acautelados em âmbito federal e à adequação das propostas de medidas de controle, mitigação e compensação; e**
- X - fortalecer a cooperação nacional e internacional no âmbito do patrimônio cultural.

A Portaria nº 92/12, que aprova o Regimento Interno do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, determina ainda que:



Art. 2º O IPHAN tem como missão promover e coordenar o processo de preservação do patrimônio cultural brasileiro visando fortalecer identidades, garantir o direito à memória e contribuir para o desenvolvimento sócio-econômico do País.

§1º **É finalidade do IPHAN preservar, proteger, fiscalizar, promover, estudar e pesquisar o patrimônio cultural brasileiro, na acepção do art. 216 da Constituição Federal.**

Dessa forma, é competência deste Instituto assegurar a proteção ao patrimônio cultural nacional.

Atualmente, se o empreendimento for potencialmente capaz de causar intervenções em bens culturais acautelados em nível federal - assim considerados os bens culturais protegidos pela Lei nº 3.924, de 26 de julho de 1961; bens tombados nos termos do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937; bens registrados nos termos do Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000; bens valorados nos termos da Lei nº 11.483, de 31 de maio de 2007 - o empreendedor deverá realizar também estudos específicos e o procedimento de licenciamento ambiental deverá ser instruído, obrigatoriamente, com manifestação do Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN.

No caso de licenciamento ambiental em nível federal, o procedimento da consulta ao IPHAN é disciplinado atualmente pela Portaria Interministerial nº 60/2015⁵, segundo a qual o IBAMA constará no termo de referência do estudo ambiental as exigências de informações e de estudos referentes aos bens protegidos em nível federal, cujo conteúdo é pormenorizado em termos de referência também específicos⁶. A portaria define que os estudos sobre o Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, “devem localizar, mapear e caracterizar as áreas de valor histórico, arqueológico, cultural e paisagístico na área de influência direta da atividade

⁵ A Portaria Interministerial dos Ministérios do Meio Ambiente, Justiça, Cultura e da Saúde nº 60, de 24 de Março de 2015, “estabelece procedimentos administrativos que disciplinam a atuação dos órgãos e entidades da administração pública federal em processos de licenciamento ambiental de competência do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA.”

⁶ Em se tratando de licenciamento ambiental em nível federal, a avaliação de impactos ambientais deve contar com estudos para avaliação de impacto aos bens culturais tombados, valorados e registrados (Relatório de Avaliação de Impacto aos Bens Culturais Tombados, Valorados e Registrados) e para avaliação de impacto aos bens arqueológicos (a. Relatório de Acompanhamento Arqueológico, ou; b. Relatório de Avaliação de Impacto ao Patrimônio Arqueológico; ou c. Relatório de Avaliação de Potencial de Impacto ao Patrimônio Arqueológico, conforme classificação do empreendimento estabelecida pelo IPHAN).



ou do empreendimento, com apresentação de propostas de resgate, quando for o caso, com base nas diretrizes definidas pelo Instituto”.

Nos termos do Anexo II-D da Portaria, os estudos serão apresentados sob a forma de dois Relatórios, a saber:

- I - Para avaliação de impacto aos bens culturais tombados, valorados e registrados:
 - a. Relatório de Avaliação de Impacto aos Bens Culturais Tombados, Valorados e Registrados.
- II - Para avaliação de impacto aos bens arqueológicos, conforme classificação do empreendimento estabelecida pelo IPHAN, a saber:
 - a. Relatório de Acompanhamento Arqueológico, ou;
 - b. Relatório de Avaliação de Impacto ao Patrimônio Arqueológico; ou
 - c. Relatório de Avaliação de Potencial de Impacto ao Patrimônio Arqueológico.

De se destacar que será durante a realização dos levantamentos arqueológicos que se identificará o patrimônio arqueológico existente na área diretamente afetada ou de influência direta dos empreendimentos e que será na confecção dos relatórios de Avaliação de Impacto no Patrimônio Arqueológico que se caracterizará o patrimônio, inclusive com preenchimento das fichas de registro dos sítios arqueológicos.

Os estudos são submetidos ao IPHAN que procede à avaliação dos impactos provocados pela atividade ou pelo empreendimento nos bens culturais acautelados e à apreciação da adequação das propostas de medidas de controle e de mitigação decorrentes desses impactos, apresentando manifestação ao IBAMA. A manifestação deverá ser conclusiva, apontar a existência de eventuais óbices ao prosseguimento do procedimento de licenciamento ou, caso viável o empreendimento, indicar eventual necessidade de execução de medidas de proteção dos bens culturais da Área de Influência Direta (AID), envolvendo controle e mitigação de impacto, resgate arqueológico e demais medidas de salvaguarda dele decorrentes, executados sob a forma de Programas de Gestão, a saber: I - Programa de Gestão dos Bens Culturais Tombados, Valorados e Registrados; e II - Programa de Gestão do Patrimônio Arqueológico.

Nos casos de licenciamento ambiental estadual ou municipal, sendo o caso de existência potencial de bens culturais acautelados em âmbito federal na Área de Influência



Direta (AID) do empreendimento, o órgão licenciador ou o próprio empreendedor devem provocar o IPHAN a se manifestar no bojo do procedimento de licenciamento.

A Instrução Normativa IPHAN 01/2015 pormenoriza os procedimentos administrativos a serem observados pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional nos procedimentos de licenciamento ambiental dos quais participe. Ela prevê que a Superintendência do IPHAN, correspondente à base territorial do empreendimento, instaurará procedimento próprio e, com base nas informações do Formulário de Caracterização da Atividade (FCA) ou documento equivalente, emitirá o Termo de Referência Específico (TRE), indicando o conteúdo mínimo para a realização dos estudos, com vistas à avaliação do impacto do empreendimento sobre os bens culturais acautelados em âmbito federal.

Para que o IPHAN analise a compatibilidade do empreendimento com a necessidade de proteção de bens protegidos em nível federal, o empreendedor deverá realizar estudos e instruir o procedimento em trâmite no IPHAN com Relatório de Avaliação de Impacto aos Bens Culturais Tombados, Valorados e Registrados contendo (art. 10):

- I - localização e delimitação georreferenciada dos bens culturais materiais;
- II - caracterização e avaliação da situação do patrimônio material existente;
- III - localização georreferenciada dos bens culturais imateriais acautelados e comunidades a eles associadas;
- IV - caracterização, contextualização e avaliação da situação do patrimônio imaterial acautelado, assim como dos bens culturais a ele associados;
- V - avaliação das ameaças ou impactos sobre o patrimônio material e imaterial acautelado;
- VI - proposição de medidas para a preservação e salvaguarda do patrimônio material e imaterial acautelado;
- VII - proposição de medidas para controlar e mitigar os impactos provocados pelo empreendimento; e
- VIII - proposição de Projeto Integrado de Educação Patrimonial [...]

Especificamente em relação ao patrimônio arqueológico, a exigência ou não de estudos, bem como a sua profundidade, depende das características do empreendimento ou atividade a ser licenciada. No caso de empreendimentos com média ou alta intervenção no solo, o IPHAN exigirá a elaboração de: Projeto de Avaliação de Impacto ao Patrimônio Arqueológico (PAIPA) (arts. 18 e 19), cuja execução deverá ser descrita em Relatório de Avaliação de Impacto ao Patrimônio Arqueológico, a ser submetido à aprovação do IPHAN



(art. 20); ou de Projeto de Avaliação de Potencial de Impacto ao Patrimônio Arqueológico⁷ (arts. 21 e 22), que, se aprovado, importará na autorização para que o arqueólogo contratado pelo empreendimento execute, em campo, o Projeto de Avaliação de Impacto ao Patrimônio Arqueológico. De se destacar que, nos casos em que o empreendimento se localizar em áreas tombadas em nível federal, os estudos arqueológicos a serem exigidos deverão considerar a preservação dos valores protegidos.

A análise da consolidação do Relatório de Avaliação de Impacto aos Bens Culturais Tombados, Valorados e Registrados (previsto no art. 13 da IN IPHAN 01/2015), bem como dos Termos de Compromisso e Relatórios previstos para os bens arqueológicos (arts. 15, 17, 20 e 23 desta Instrução Normativa) culminará na manifestação conclusiva a ser encaminhada pelo IPHAN ao órgão licenciador. A manifestação do IPHAN poderá (I) recomendar o prosseguimento do procedimento de licenciamento, sob aspecto dos bens acautelados em âmbito federal; ou (II) apontar a existência de eventuais óbices ao prosseguimento do procedimento de licenciamento, sob a óptica dos bens acautelados em âmbito federal. Se os óbices forem superáveis, o IPHAN deverá indicar medidas mitigadoras, compensatórias, programas ou condicionantes, que obrigatoriamente deverão integrar o Plano Básico Ambiental - PBA⁸ ou documento equivalente e ser observadas na próxima etapa do licenciamento ambiental.

Ademais, havendo impactos em patrimônio espeleológico, o órgão licenciador exigirá que os estudos apresentados pelo empreendedor sejam suficientemente aprofundados para possibilitar a classificação do grau de relevância da cavidade natural subterrânea, observando os critérios estabelecidos pelo Ministério do Meio Ambiente (art. 5-A do Decreto 99.556/90, incluído pelo Decreto nº 6.640/08), sendo que o IPHAN pode ser incitado a manifestar-se sobre o atributo “relevância histórico-cultural” de uma cavidade natural subterrânea, para fins de sua classificação como de máxima relevância.

⁷ Caso de empreendimentos de nível IV, de média e alta interferência sobre as condições vigentes do solo e cujo traçado e localização precisos somente serão passíveis de definição após a fase de Licença Prévia ou equivalente.

⁸ O conceito de Projeto Básico Ambiental - PBA encontra-se na Portaria Interministerial 60/2015: "conjunto de planos e programas identificados a partir da elaboração dos estudos ambientais, com cronograma executivo, plano de trabalho operacional e definição das ações a serem desenvolvidas nas etapas de implantação e operação da atividade ou empreendimento e ainda monitoramento de indicadores ambientais" (art. 2o, VII).



De se notar, portanto, que a normativa atual exige participação do IPHAN em todos os procedimentos de licenciamento, sendo ela fundamental para garantir a proteção do patrimônio cultural nacional. Especificamente quanto ao patrimônio arqueológico, é justamente no momento dos licenciamentos ambientais que são realizados os estudos necessários para se conhecer o patrimônio potencialmente atingido.

B - Análise da proposta legislativa

B.1. Inexistência de manifestação do IPHAN quando não existirem bens culturais formalmente identificados e acautelados – Natureza meramente declaratória do acautelamento – Prejuízos ao patrimônio arqueológico

1.1. De acordo com o texto da SUBEMENDA SUBSTITUTIVA GLOBAL DE PLENÁRIO, a anuência do IPHAN será exigida apenas “quando na ADA ou na área de influência existirem **bens culturais formalmente identificados e acautelados**” (art. 37, III).

A primeira consideração que se pode fazer sobre o dispositivo é que **muitos bens culturais ainda não se encontram formalmente acautelados**.

A proteção ao patrimônio cultural, que objetiva a tutela de interesses pertencentes ao gênero humano, é direito transindividual difuso, uma vez que pertence a todos ao mesmo tempo em que não pertence, de forma individualizada, a qualquer pessoa, não sendo juridicamente admissível qualquer lesão a tal bem jurídico.

Como visto, o legislador constituinte dispensou tratamento especial, impondo ao Poder Público, com a colaboração da sociedade, o dever solidário de proteger e assegurar nossos bens culturais preservando suas singularidades e também a responsabilidade de transmiti-los, na plenitude de sua integridade, às gerações vindouras.

Nosso ordenamento jurídico instituiu uma série de instrumentos para afirmar a proteção e acautelamento aos bens de valor cultural:



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

(...)

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

Parágrafo 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (grifos nossos).

Do dispositivo constitucional é possível extrair-se duas conclusões: a) os bens que constituem o patrimônio cultural são aqueles que, em si, portam referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira; b) o tombamento, assim como o inventário, registro, vigilância, a desapropriação etc., são apenas algumas das formas de acautelamento e de preservação de bens culturais e não ato constitutivo do valor cultural dos bens. O referido rol é exemplificativo (em razão da cláusula de abertura trazida pela expressão “outras formas de acautelamento e preservação”).

O Poder Público apenas reconhece e tutela o que já possui valor no seio da comunidade.

Nesse sentido encontram-se os ensinamentos de Ulpiano Toledo Bezerra de Meneses na Conferência Magna realizada no I Fórum Nacional do Patrimônio Cultural, cujo tema foi “O campo do patrimônio cultural: uma revisão de premissas”⁹:

[...] Ao inverso, a nova Constituição Federal reconheceu aquilo que é posição corrente, há muito tempo, nas ciências sociais: os valores culturais (os valores, em geral) não são criados pelo poder público, mas pela sociedade. O patrimônio é antes de mais nada um fato social – essa afirmação, nos órgãos de preservação, nas décadas de 1970 e 1980, provocava escândalos e alimentava mal-entendidos.

É claro que o estado e o governo podem participar da criação desses valores, privilegiando ou marginalizando uns e outros, mas sempre no jogo das práticas sociais. Estas é que são o ventre gerador. O poder público, agora, tem um papel declaratório e lhe compete, sobretudo, proteção, em colaboração com o produtor de valor, a comunidade (para usar um termo problemático pela sua ambiguidade e utilizado pelo constituinte). Entretanto, mesmo sem qualquer intervenção do poder público, existe o “patrimônio cultural nacional” [...] (p. 33/34).

⁹ Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/MENESES_Ulpiano_O-campo-do-patrimonio-cultural---uma-revisao-de-premissas.pdf. Acesso em: 9 jul. 2019.



Atribuir valor cultural implica fazer uma reflexão sobre o significado dos bens culturais. A existência de "bens culturais" materiais e imateriais, está vinculada à leitura que o ser humano faz do mundo. Isso significa que ao interpretar e modificar o espaço ao seu redor o homem acaba por criar manifestações e objetos nos quais estão expressos seus valores. Estes valores são criados, estabelecidos, moldados, apropriados, constantemente ressignificados pelo tempo e pelo valor dado pela sociedade de uma forma geral.

Dessa forma, o Poder Público não detém a chave para a criação de bens culturais, por meio dos instrumentos formais de acautelamento, dentre os quais se insere o registro e o tombamento. Existe uma infinidade de bens culturais não reconhecidos oficialmente pelo Poder Público e que, a despeito disso, são tutelados pela Constituição da República e pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Desta feita, o IPHAN não deveria manifestar-se unicamente nos casos em que há patrimônio já acautelado, mas em todo processo potencialmente impactante sobre o patrimônio cultural, para identificar sua presença ou não e, se for o caso, salvaguardá-lo.

Da forma como posta a redação do dispositivo, nem mesmo nos casos em que haja processo de reconhecimento formal ou de acautelamento em trâmite haveria a consulta ao IPHAN. Assim, bens cujo valor cultural nacional já esteja em processo de reconhecimento formal poderiam ser destruídos.

B.1.1. Inexistência de manifestação do IPHAN quando não existirem bens culturais formalmente identificados e acautelados – Prejuízos ao patrimônio arqueológico brasileiro

A nova redação se mostra ainda mais prejudicial quando se trata do **patrimônio arqueológico** uma vez que, embora seja legalmente acautelado pela Lei 3924/61, **nem sempre está formalmente identificado previamente.**

1. O patrimônio arqueológico constitui o registro básico das atividades humanas passadas e o conhecimento e a compreensão das origens e do desenvolvimento das sociedades humanas é de fundamental importância para a identificação das suas raízes culturais e sociais.



A sua proteção e correta gestão são, por isso, essenciais para permitirem aos arqueólogos e a outros estudiosos estudarem e interpretarem-nas, tendo em vista as gerações atual e futuras e o seu benefício.

Este conceito encontra-se na Carta patrimonial de Lausanne (1990)

O "patrimônio arqueológico" é a parte do nosso patrimônio material para a qual os métodos da arqueologia fornecem os conhecimentos de base. Engloba todos os vestígios da existência humana e diz respeito aos locais onde foram exercidas quaisquer atividades humanas, às estruturas e aos vestígios abandonados de todos os tipos, à superfície, no subsolo ou sob as águas, assim como aos materiais que lhes estejam associados.

O patrimônio arqueológico constitui legado das gerações do passado, representada pelos vários segmentos formadores da sociedade nacional, e a geração presente não pode interromper esse legado às gerações futuras.

A Carta Patrimonial de Nova Delhi, na Índia (1956), traz a recomendação advinda da conferência geral da UNESCO sobre os princípios internacionais a serem aplicados em matéria arqueológica, estipulando:

4. Cada Membro-Estado deveria garantir a proteção de seu patrimônio arqueológico, levando em conta, especialmente, os problemas advindos das pesquisas arqueológicas e em concordância com as disposições da presente recomendação.
5. Cada Estado-Membro deveria, especialmente: (...) f) dedicar-se ao estabelecimento de critérios de proteção legal dos elementos essenciais de seu patrimônio arqueológico entre os monumentos históricos.

A Constituição Federal de 1988, art. 216, V, reconhece esta importância e assegura proteção, para além dos sítios pré-históricos, que detém vestígios de produções humanas pré-cabralinas, indistintamente, a **todos os sítios arqueológicos**, *lato sensu*, entre os quais se encontram os sítios arqueológicos históricos, que detém vestígios de produção humana no período pós-descobrimento.



Com a divulgação da Carta de Lausanne¹⁰ (1990) sobre a proteção e a gestão do patrimônio arqueológico, fica mais concreta a percepção do patrimônio arqueológico como uma riqueza cultural frágil e não renovável:

A proteção do patrimônio arqueológico deve ser considerada uma obrigação moral de cada ser humano. Mas é também uma responsabilidade pública coletiva. Esta responsabilidade deve traduzir-se pela adoção de uma legislação adequada e pela garantia de fundos suficientes para financiar, eficazmente, os programas de conservação do patrimônio arqueológico.

A legislação deve garantir a conservação do patrimônio arqueológico em função das necessidades da história e das tradições de cada país e de cada região, dando especial relevo à conservação "in situ" e aos imperativos da investigação.

A legislação deve assentar na ideia de que o patrimônio arqueológico é uma herança de toda a humanidade e de grupos humanos, e não de pessoas individuais ou de nações em particular.

Sobre manutenção e conservação, a Carta Patrimonial estabelece que:

O objetivo fundamental da conservação do patrimônio arqueológico deverá ser a manutenção "in situ" dos monumentos e sítios, compreendendo a sua conservação a longo prazo e o cuidado dispensado aos respectivos arquivos, coleções, etc. Qualquer translação viola o princípio segundo o qual o patrimônio deve ser conservado no seu contexto original. Este princípio acentua a necessidade de operações de manutenção, de conservação e de gestão adequadas.

Tratando-se de bem cultural frágil e nem sempre de visualização ostensiva, é fundamental a realização de estudos arqueológicos nas áreas antes de iniciada a instalação de empreendimentos potencialmente degradadores ao patrimônio.

A necessidade de os estudos arqueológicos serem feitos em **caráter prévio** à eventual intervenção foi enfatizada na Recomendação Paris de Obras Públicas e Privadas¹¹:

As medidas destinadas a preservar ou a salvar os bens culturais deveriam ter **caráter preventivo** e corretivo. As medidas preventivas e corretivas deveriam ter por

¹⁰ Documento internacional aprovado na Convenção do ICOMOS/ICAHM (*Intern acional Committee of Monuments and Sites*) da UNESCO, em 1990, que enuncia recomendações e princípios voltados para a proteção e a gestão do patrimônio arqueológico.

¹¹ Recomendação Paris de Obras Públicas e Privadas, 15ª Sessão da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas, 19 de novembro de 1968.



finalidade assegurar a proteção ou o salvamento dos bens culturais ameaçados por obras públicas ou privadas, tais como¹²:

[...]

- d) A construção ou alteração de vias de grande circulação, o que constitui um perigo especialmente grave para os sítios, monumentos ou conjuntos de monumentos de importância histórica.
- e) A construção de barragens para irrigação, produção de energia hidroelétrica, ou controle de inundações.
- f) A construção de oleodutos e de linhas de transmissão de energia elétrica.
- g) Os trabalhos agrícolas, como a aradura profunda da terra, as operações de ressecação de irrigação, desmatamento e nivelamento de terras e reflorestamento.
- h) Os trabalhos exigidos pelo desenvolvimento da indústria e pelos progressos técnicos das sociedades industrializadas, como a construção de aeródromos, a exploração de minas e de pedreiras e a dragagem e recuperação de canais e de portos, etc.

Sobre métodos de preservação e salvamento dos bens culturais, a Recomendação Paris de Obras Públicas e Privadas estabelece:

Com a **devida antecedência** à realização de obras públicas ou privadas que ameacem os bens culturais, deveriam ser realizados aprofundados estudos para determinar:

- a) As medidas a serem tomadas para assegurar a proteção *in situ* dos bens culturais importantes.
- b) A extensão dos trabalhos de salvamento necessários, tais como a escolha dos sítios arqueológicos a serem escavados, os edifícios a serem trasladados e os bens culturais móveis cujo salvamento seja necessário garantir.

As medidas destinadas a preservar ou a salvar os bens culturais deveriam ser tomadas com suficiente antecipação ao início de obras públicas ou privadas [...] (grifo nosso).

Como visto, no sistema atualmente vigente, a IN n.º 1/2015 garante a participação de arqueólogo na maior parte dos empreendimentos potencialmente degradadores do patrimônio arqueológico, exceto naqueles de Nível 1, hipótese em que admite apenas Termo de Compromisso do Empreendedor – TCE (art. 15).

A IN exigiu a manifestação do IPHAN nos processos de Níveis I a IV, fechando o ciclo de avanços alcançados na proteção ao patrimônio cultural.

¹² Recomenda-se a leitura do rol elencado pela Recomendação Paris de Obras Públicas e Privadas em confrontação com o quadro constante no item técnico sobre os prejuízos da alteração proposta, colacionado adiante.



Art. 28. A manifestação conclusiva do IPHAN referente aos empreendimentos de Níveis I, II e III da tabela constante do Anexo I apontará, onde couber:

I - as ações necessárias à identificação, proteção ou resgate dos Bens Culturais Tombados, Valorados e Registrados e bens arqueológicos e mitigação ou compensação dos impactos aos referidos bens quando da implantação do empreendimento;

II - os sítios arqueológicos que serão preservados in situ; e

III - o resgate de sítios arqueológicos, quando não for viável sua preservação in situ e houver risco de perda de informações arqueológicas relevantes.

Art. 29. A manifestação conclusiva do IPHAN referente aos empreendimentos de Nível IV da tabela constante do Anexo I levará em consideração os resultados do Relatório de que trata o Art. 23, e apontará:

I - recomendações para a elaboração do projeto executivo do empreendimento, minimizando os impactos aos Bens Culturais Tombados, Valorados e Registrados e aos Bens Arqueológicos, apontando os sítios arqueológicos que porventura forem localizados nessa etapa e que poderão ser preservados in situ; e

II - necessidade de realização de todos os demais procedimentos previstos pelo Projeto de Avaliação do Impacto ao Patrimônio Arqueológico e subsequente Relatório de Avaliação do Impacto ao Patrimônio Arqueológico, de forma simultânea, na fase de obtenção da Licença de Instalação do empreendimento.

Art. 30. O IPHAN emitirá sua manifestação conclusiva, podendo:

I - recomendar o prosseguimento do processo de licenciamento, sob aspecto dos bens acautelados em âmbito federal; e

II - apontar a existência de eventuais óbices ao prosseguimento do processo de licenciamento, sob a óptica dos bens acautelados em âmbito federal, indicando, quando viável, as medidas ou condicionantes consideradas necessárias para superá-los.

Parágrafo único. As medidas mitigadoras, compensatórias, programas ou condicionantes previstas na manifestação conclusiva deverão integrar o Plano Básico Ambiental - PBA ou documento equivalente e ser observadas na próxima etapa do licenciamento ambiental.

No entanto, caso aprovado o Projeto de Lei na redação atual, esta proteção não existirá mais.

2. Vale salientar que o §3º do art. 37 do texto alterado, ao prever que “as disposições do *caput* deste artigo são aplicadas sem prejuízo da legislação sobre o patrimônio arqueológico ou paleontológico”, não resguarda verdadeiramente o patrimônio arqueológico.

A lei que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos é a Lei nº 3.924/61 que estabelece:

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



Parágrafo único. A propriedade da superfície, regida pelo direito comum, não inclui a das jazidas arqueológicas ou pré-históricas, nem a dos objetos nelas incorporados na forma do art. 152 da mesma Constituição.

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

a) as jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras não especificadas aqui, mas de significado idêntico a juízo da autoridade competente.

b) os sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha;

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

d) as inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios.

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

(...)

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. 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.

Art 19. A infringência da obrigação imposta no artigo anterior implicará na apreensão sumária do achado, sem prejuízo da **responsabilidade do inventor pelos danos que vier a causar ao Patrimônio Nacional**, em decorrência da omissão.

(...)

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

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

Assim, embora a legislação preveja a necessidade de preservação dos bens arqueológicos, o artigo 22 da Lei Federal nº 3.924/1961 permite a destruição ou mutilação de



um sítio arqueológico, por obras de aproveitamento econômico na área, uma vez concluída a sua exploração científica, mediante parecer favorável do órgão oficial autorizado (no caso, o IPHAN).

A Lei nº 3.924/61 garante a proteção apenas em caso das descobertas fortuitas e das pesquisas científicas, não exigindo realização de pesquisa no âmbito do licenciamento, que corresponde à maior fonte de localização de bens arqueológicos.

De fato, segundo a ex-diretora do Centro Nacional de Arqueologia – CNA do IPHAN:

Há 20 anos, com o estabelecimento do Licenciamento Ambiental para empreendimentos causadores de impactos negativos, as pesquisas arqueológicas no Brasil cresceram de alguns estudos de caráter acadêmico, para mais de 700 pesquisas/ano nos últimos dois anos, com o advento do PAC. Embora apenas 10% das pesquisas arqueológicas realizadas no Brasil sejam acadêmicas, enquanto 90% representam projetos da chamada arqueologia preventiva, decorrente do atendimento à legislação de proteção ao patrimônio cultural e ambiental, tal situação vem provocando uma verdadeira revolução no campo científico da arqueologia, oportunizando a ampliação do conhecimento sobre o patrimônio arqueológico de áreas até então desconhecidas.¹³

Dentre inúmeros outros casos, exemplificamos, a seguir, de forma apenas ilustrativa, sítios de alta relevância encontrados em diferentes tipos de empreendimentos que só foram estudados graças à legislação vigente de licenciamento ambiental/arqueológico e à participação do IPHAN no procedimento de licenciamento:

- Cais do Valongo – Rio de Janeiro/RJ – revitalização do Centro do Rio de Janeiro – Sítio na lista indicativa da UNESCO para se tornar patrimônio da humanidade
- Gruta do Gavião – Carajás/PA – área de mineração
- Sítio Lítico Morumbi – São Paulo/SP – área de construção civil
- Sítio Portocel – Aracruz/ES – área de silvicultura
- Geoglifos – Acre – linha de transmissão

¹³ MIGLIACIO, Maria Clara. Patrimônio Arqueológico em evidência. Ano 7 . Edição 62 - 23/07/2010 - Edição Especial.



- Sítio Pinheiros II – São Paulo/SP – área de construção civil
- Sítio arqueológico Caetetuba – São Manuel/SP – sítio de 12 mil anos – área de expansão de lavoura
- Porto de Santos – SP – dragagem do leito do porto
- Datação mais antiga para sambaquis no Espírito Santo – área de loteamento
- Arraial de São Francisco – Mato Grosso – área de mineração

Observando-se a relação que CALDARELLI (1996) faz dos principais impactos arqueológicos, de acordo com a natureza do empreendimento desenvolvido, fica evidenciada, claramente, a importância da realização de estudos prévios e a pouca probabilidade de ocorrência de descobertas fortuitas:

TIPO DE EMPREENDIMENTO	PROCESSO TECNOLÓGICO(1)	IMPACTO ARQUEOLÓGICO
Rodovias	Abertura de estradas de serviço.	Exposição e destruição de estruturas arqueológicas superficiais e sub-superficiais (-)
	Cortes de terreno	Destruição de estruturas arqueológicas (-)
	Aterros	Soterramento de estruturas arqueológicas (-)
	Obtenção de material natural de empréstimo	Destruição de fontes pretéritas de matéria-prima (-)
	Disposição de bota-fora	Soterramento de estruturas arqueológicas (-)
	Implantação de cobertura vegetal	Mascaramento de estruturas arqueológicas em estratigrafia (-)
Usinas	Remoção da cobertura vegetal	Exposição e destruição de estruturas arqueológicas superficiais (-)
	Terraplenagem para instalação do canteiro de obras	Destruição de estruturas arqueológicas superficiais e sub-superficiais (-)
	Escavações para instalações de vilas residenciais	Destruição de estruturas arqueológicas (-)
Hidrelétricas	Cortes e aterros para vias de acesso	Exposição e soterramento de estruturas arqueológicas (-)
	Empréstimo de materiais naturais de construção	Destruição de fontes pretéritas de matéria-prima (-)
	Disposição de bota-fora	Soterramento de estruturas arqueológicas (-)



	Execução de obras de realocação (infra-estrutura e assentamento)	Exposição, soterramento e destruição de estruturas arqueológicas (-)
	Desmatamento e deslocamento da vegetação da área a ser inundada	Exposição e destruição de estruturas arqueológicas (-)
	Enchimento do reservatório	Submersão de estruturas arqueológicas
Dutovias	Limpeza da faixa, com remoção da vegetação	Exposição de estruturas arqueológicas superficiais (-)
	Construção de estradas de serviço	Exposição e destruição de estruturas arqueológicas (-)
	Abertura de valas para colocação de dutos	Exposição de estratigrafia de vastas extensões lineares de terreno (+)
	Colocação de dutos na vala	Introdução de corpo estranho no interior dos sítios arqueológicos
	Reaterro da vala	Fechamento dos cortes estratigráficos, impedindo erosão dos sítios arqueológicos situados na faixa do duto (+)
Empreendimentos Urbanísticos	Cortes e aterros para implantação do sistema viário, quadras e lotes	Exposição, destruição e soterramento de estruturas arqueológicas/ descaracterização do território pretérito de captação de recursos (-)
	Implantação de cobertura vegetal	Mascaramento e perturbação de estruturas arqueológicas superficiais/ descaracterização do território pretérito de captação de recursos (-)
	Pavimentação asfáltica ou tratamento do leito viário com solo e material granular compacto	Compactação de solos arqueológicos (-)
	Edificações	Destruição de estruturas arqueológicas superficiais e enterradas

Fonte: CALDARELLI, Solange Bezerra. *Avaliação dos Impactos de Grandes Empreendimentos sobre a Base de Recursos Arqueológicos da Nação: Conceitos e Aplicações*. In: Atas do Simpósio sobre Política Nacional do Meio Ambiente e Patrimônio Cultural. Goiânia: Universidade Católica de Goiás, 1996.

3. Desta feita, fica evidente que, se exigida a manifestação do IPHAN apenas no caso de empreendimentos com impactos em áreas onde haja patrimônio arqueológico já formalmente identificado, o Brasil estará condenando a sua história.

Ressalte-se que o Cadastro Nacional de Sítios Arqueológicos-CNSA – que apresenta os sítios arqueológicos brasileiros cadastrados no IPHAN – é apenas um sistema organizacional para conter todo o detalhamento técnico e filiação cultural dos Sítios Arqueológicos.



Não se pode esquecer, no entanto, que existem inúmeros outros sítios arqueológicos não conhecidos e não cadastrados no referido instrumento. E não se pode ignorar que **todos os sítios arqueológicos** possuem importância histórica e cultural, bem como contribuem para uma melhor compreensão da ocupação pré-histórica e histórica do país.

Nesse sentido, consta do site do IPHAN¹⁴:

Não há qualquer previsão na IN sobre a dispensa dos estudos em função da inexistência, *a priori*, de bens arqueológicos cadastrados na área. Quem vai determinar a necessidade do estudo é o Iphan, no enquadramento do empreendimento. Este enquadramento (se Nível I, II, III, IV, ou NA) irá considerar as informações referentes ao tipo de empreendimento, o impacto deste no solo, a área em que será implantado, a existência, ou não, de bens culturais acatueados, dentre outras informações.

4. Merecem transcrição as considerações da historiadora Neise Mendes Duarte, do Setor Técnico da Coordenadoria das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico – CPPC/ MPMG.

Podem ser identificados na paisagem brasileira sítios pré-históricos que abrigam pinturas rupestres e artefatos líticos ou cerâmicos, bem como estruturas arqueológicas de grande visibilidade, representados, por exemplo, por ruínas em alvenaria de pedras, remanescentes de antigas edificações. Em contrapartida, há vestígios arqueológicos que, muitas vezes, associados aos de maior visibilidade, passam despercebidos ao observador comum e, por isso, ficam ainda mais suscetíveis à destruição.

Os grandes projetos de infraestrutura e de instalações industriais são potencialmente causadoras de impactos ao meio ambiente, sobretudo no que diz respeito a interferências no solo, que repercutem diretamente no patrimônio arqueológico. A intensa circulação de veículos, máquinas e equipamentos pesados nas áreas dos empreendimentos podem ocasionar a fragmentação e/ ou destruição de importantes vestígios arqueológicos. Sítios pré-históricos que abrigam artefatos líticos ou cerâmicos sofrem diretamente os impactos das intervenções praticadas no solo, que provocam perturbações no contexto arqueológico. Em sítios históricos, os impactos também são acentuados, tendo em vista o excesso de vibrações que pode ocasionar a desagregação e o desmoronamento de estruturas de pedra.

Desde a abertura dos primeiros acessos para a instalação do canteiro de obras, a implantação destes empreendimentos agride fortemente a paisagem, na medida em que envolve intensas atividades de movimentação de terra, que provocam perturbações no contexto arqueológico. Além disso, a supressão de vegetação nativa também consiste numa forte ameaça à preservação do patrimônio arqueológico, uma

¹⁴ Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/D%C3%Bavidas%20Frequentes%20-%20IN%20Iphan%20012015.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2019. P. 41.



vez que, na maioria das vezes, se configura como fator de proteção de vestígios arqueológicos.

É preciso considerar que os vestígios arqueológicos, como por exemplo, remanescentes de sistemas hidráulicos, constituídos por canais, tanques e barragens com arrimo de pedra, funcionavam de forma articulada. Portanto, a destruição de uma estrutura fragmenta todo o sistema, impossibilitando sua leitura como um todo. Neste contexto, fica evidente a importância de realização de estudos arqueológicos preventivos para caracterização e avaliação das áreas a serem afetadas pelos empreendimentos. Não se pode correr o risco de destruição de uma ocorrência arqueológica que pode comprometer de forma irremediável a compreensão da totalidade de um sistema.

Ressalta-se que, o que se verifica, na prática, é que a existência do patrimônio arqueológico só é constatada após a sua destruição pelas obras dos empreendimentos. Além disso, há que se considerar que é muito mais complicado a paralisação do calendário de uma obra que já está em pleno andamento, em virtude da descoberta fortuita de um bem arqueológico. Ressalta-se também que, na maioria das vezes, os trabalhadores dos empreendimentos não estão capacitados para identificação do patrimônio arqueológico, tornando imensa a possibilidade de sua destruição por desconhecimento técnico. Neste sentido, pode ocorrer a perda irreparável de bens culturais que representam importantes vestígios da ocupação humana, comprometendo a história das comunidades locais.

Corroborar-se, portanto, o argumento de que “não se pode delegar ao acaso a proteção da história e cultura de uma nação, sendo, substancial a realização de pesquisas prévias para identificação e proteção”¹⁵ do patrimônio arqueológico.

As pesquisas arqueológicas podem ser realizadas em âmbito acadêmico ou em projetos de licenciamento ambiental. Cerca de 90% delas se referem ao segundo caso. Esta participação, fundamentada, dentre outros, no princípio da prevenção, precaução e soberania do interesse público visa assegurar a identificação de sítios arqueológicos nas áreas impactadas pelos empreendimentos. A identificação deste tipo de bem cultural de natureza difusa, protegido por Lei Federal, ocorre em mais de 95% dos casos em que o órgão é instado a se manifestar nos processos de licenciamento ambiental¹⁶.

Apesar deste alto índice de identificação de sítios arqueológicos pelos estudos de licenciamento ambiental, o Cadastro Nacional de Sítios Arqueológicos - CNSA, gerido pelo IPHAN, encontra-se bastante desatualizado. Portanto, a consulta do CNSA pode ser enganosa, na medida em que há sítios identificados nos estudos de licenciamento ambiental que ainda não foram inseridos no referido banco de dados.

Desta forma, fica evidente que não se pode considerar apenas o patrimônio arqueológico registrado para fins de definição de áreas passíveis ou não de realização de estudos prévios relativos ao patrimônio arqueológico. A ausência de sítios arqueológicos cadastrados não significa a sua inexistência.

Portanto, na contramão das normas apresentadas e da tendência mundial, a alteração que se pretende promover no procedimento de licenciamento ambiental enfraquece a proteção ao patrimônio arqueológico.

¹⁵ Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-papel-da-arqueologia-no-licenciamento-ambiental-06062017. Acesso em 8- jul. 2019.

¹⁶ Ibidem.



5. Por fim, cabe levantar **argumento de natureza econômica**, consistente no fato de que a atual normativa fomentou o surgimento de novo nicho de mercado, consistente na formação acadêmica de arqueólogos, voltados à satisfação da demanda de empreendedores por técnicos capazes de atender às exigências do IPHAN nos procedimentos de licenciamento.

A alteração, ao excluir parte significativa dos empreendimentos do controle e manifestação do IPHAN, fará com que esses novos profissionais percam significativamente o mercado de trabalho, contribuindo com o já elevado índice de desemprego que assola o país.

B.2. Necessidade de prévia manifestação do IPHAN – Ente competente para proteção do Patrimônio Cultural Nacional - Sistemática do ordenamento protetivo brasileiro

1. Outro ponto que merece crítica na subemenda do Projeto de Lei é a norma expressa no § 2º do art. 38: “a **ausência de manifestação** da autoridade envolvida no prazo estabelecido no §1º deste artigo **não obsta o andamento do licenciamento, nem a expedição da licença ambiental**”.

A possibilidade de concessão de licença ambiental sem a efetiva participação do órgão competente para a proteção do patrimônio cultural fere a lógica do sistema protetivo existente no ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, o conceito de meio ambiente reconhecido pela CR/88 é ampliativo e engloba os aspectos natural, cultural, artificial e do trabalho¹⁷, de forma que a decisão sobre a

¹⁷ José Afonso da Silva, por exemplo, define o meio ambiente como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” (SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p.2). Leciona José Eduardo Ramos Rodrigues que “(...) embora ‘meio ambiente cultural’ e ‘patrimônio cultural’ sejam expressões idênticas e utilizemos predominantemente esta última neste trabalho, que é a preferida da Constituição Federal de 1988, consideramos aquela primeira como a mais adequada. Nossa preferência recai sobre a expressão ‘meio ambiente cultural’, no intuito de trazer os bens culturais para a esfera do Direito Ambiental, onde estarão melhor abrigados, se estudados na sua complexidade à luz dos princípios fundamentais inscritos nas Declarações de Estocolmo (1972) e do Rio de Janeiro (1992). Afinal, parece-nos que sua análise não pode resumir-se apenas ao tombamento, se este é limitação, servidão administrativa ou desapropriação, se o proprietário particular tem direito ou não a indenização. Na verdade, o meio ambiente cultural é muito mais que isso. Ele representa as diversas formas de expressão de um povo, elo formador e determinante dos sentimentos



viabilidade ambiental de um empreendimento deve também considerar todos esses aspectos, que são necessários ao desenvolvimento equilibrado da vida.

Neste sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal brasileiro:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RT J 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a **disciplina constitucional** que a rege, está subordinada, **dentre outros princípios gerais**, àquele que privilegia a "**defesa do meio ambiente**" (CF, art. 170, VI), que **traduz conceito amplo e abrangente** das noções de **meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral**. (grifos nossos) (STF. MC-ADI 3.540-1. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Julg. 01/09/2005, DJU 03/02/2006)

Como visto, o licenciamento ambiental busca introduzir a variável ambiental na decisão sobre a viabilidade de se autorizar a implantação de um empreendimento.

Em relação ao meio ambiente cultural, é o IPHAN que tem legalmente como missão promover e coordenar o processo de preservação do patrimônio cultural nacional visando a fortalecer identidades, garantir o direito à memória e contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do País.

Como enfatizado pelo próprio IPHAN, a Nota Técnica nº 3/2019/CNL/GAB PRESI: “não há dúvidas que, seja em âmbito federal, estadual ou municipal, existindo intervenção ou potencial impacto em bem acautelado pelo IPHAN na área de influência de uma atividade ou

de nação e cidadania. É preciso também que os juristas ambientalistas não se esqueçam de analisá-los com a profundidade merecida. Afinal, a preservação do meio ambiente cultural é fundamental para a formação e consolidação da nacionalidade, condição imprescindível para uma nação adentrar na esfera do primeiro mundo. Temos esperança que o aprofundamento do estudo e a ampliação das discussões em torno do tema contribuam para que neste país o patrimônio cultural finalmente deixe de ser o ‘primo pobre’ do meio ambiente natural, encontrando um lugar ao sol condizente com sua especial relevância” (RODRIGUES, J. E. R. Importância e responsabilidade dos conselhos municipais do patrimônio cultural. In: MIRANDA, M. P. S.; ARAÚJO, G. M.; ASKAR, J. A. (orgs.). *Mestres e conselheiros: manual de atuação dos agentes do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: IEDS, 2009).



empreendimento, é legítima, indispensável e indelegável a sua participação no licenciamento ambiental” (p. 1).

O órgão ambiental licenciador não possui *expertise* para definir exigências, traçar estratégias e prever medidas preventivas, mitigadoras e condicionantes acerca da proteção ao patrimônio cultural, sendo que tais ações escapam à sua atribuição legal.

Não atestada a viabilidade do empreendimento, sob o aspecto meio ambiente cultural, pelo IPHAN, mostra-se teratológica a possibilidade de concessão de licença ambiental¹⁸. **Eventual licença do órgão ambiental para intervenções no meio ambiente cultural será emitida por órgão legalmente incompetente para tanto e, portanto, será inválida.**

2. Pela mesma razão, a previsão pura e simples de que “a manifestação das autoridades envolvidas não vincula a decisão final da autoridade licenciadora quanto à licença ambiental, exceto no caso de que tratam o inciso IV do caput e o § 2º deste artigo” (art. 37, §1º) subverte a lógica de que a proteção ambiental visa à melhoria da qualidade ambiental e que, portanto, deve ser promovida com base em argumentos técnicos, como aqueles exarados pelas autoridades participantes. Para que sua manifestação não vincule, deve haver a previsão de recusa devidamente motivada por parte da autoridade licenciadora.

3. De se destacar que o estabelecimento de prazo exíguo para manifestação da autoridade envolvida, previsto no §1º do art. 38 agrava a situação, pois faz com que, na prática, a exigência da manifestação, já relegada a hipóteses restritas, não vinculativa e não prejudicial ao trâmite do procedimento, transforme-se em mera formalidade, contando com pouca ou nenhuma efetividade.

4. Não se pode deixar de considerar que, caso mantida a previsão de que a licença ambiental pode ser concedida independentemente da manifestação do IPHAN, a lei do licenciamento pode estar a permitir, de forma transversa, até mesmo intervenções em áreas já protegidas, o que é vedado pelo Decreto-Lei 25/37 (Lei do Tombamento) que estabelece:

¹⁸ Não se ignora que a norma é repetição do art. 7º, §4º, da Portaria Interministerial n.º 60/2015: “A ausência de manifestação dos órgãos e entidades no prazo estabelecido não implicará prejuízo ao andamento do processo de licenciamento ambiental, nem para a expedição da respectiva licença”. No entanto, entende-se que a elaboração de Lei geral de Licenciamento constitui oportunidade adequada para a inclusão de normas que fortaleçam a proteção ao patrimônio cultural.



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.

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

(...)

Art. 20. As coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-los sempre que for julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa de cem mil réis, elevada ao dobro em caso de reincidência.

4. Relacionado ao item anterior, também a previsão de que **a autoridade licenciadora possa rejeitar proposta de condicionante formulada pela autoridade responsável pela proteção ao patrimônio cultural (art. 38, §3º)**¹⁹ inverte a lógica do sistema de proteção erigido pelo ordenamento jurídico. Isso porque, como já ressaltado, a *expertise* para tratar do tema é do órgão de proteção ao patrimônio cultural, que decide de forma técnica sobre matéria submetida à sua análise.

C – Oportunidade para melhoria no procedimento de licenciamento ambiental – Adequação aos princípios da Prevenção, Precaução e da Responsabilidade Intergeracional

O dano ambiental não respeita fronteiras geográficas e sociais, além de possuir potencial de irrecuperabilidade, já que dificilmente se consegue recompor o ambiente e

¹⁹ Art. 38 (...) §3º No caso de a manifestação da autoridade envolvida incluir propostas de condicionantes, elas devem estar acompanhadas de justificativa técnica que demonstre sua necessidade para evitar, mitigar ou compensar impactos ambientais negativos da atividade ou empreendimento, podendo a autoridade licenciadora rejeitar aquelas que não atendam a esse requisito.



recursos associados ao estado anterior (*status quo ante*) à sua ocorrência. Daí porque a maior preocupação das normas de Direito Ambiental reside no esforço de se evitar o dano.

1. Em se tratando de meio ambiente cultural, caso haja ameaça de dano a sua integridade, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou incerteza, também se deve agir prevenindo; a dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a precaução. Ambos princípios objetivam proporcionar meios para impedir que ocorra a degradação do patrimônio cultural, ou seja, são medidas que, essencialmente, buscam evitar a existência do risco.

A prevenção está prevista no princípio 6 da Declaração de Estocolmo, assim redigido: “O despejo de substâncias tóxicas ou de outras substâncias e de liberação de calor em quantidades ou concentrações que excedam a capacidade do meio ambiente de absorvê-las sem dano, deve ser interrompido com vistas a impedir prejuízo sério e irreversível aos ecossistemas”²⁰.

O princípio da precaução está previsto na Declaração do Rio, princípio 15, que preconiza:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para prevenir a degradação ambiental²¹.

O princípio também está presente no preâmbulo da Convenção da Diversidade Biológica – CDB²², que determina que, “quando exista ameaça de sensível redução ou perda

²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano, Estocolmo, 5-16 de junho de 1972. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 9 fev. 2019.

²¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**, Rio de Janeiro, 3-14 de junho de 1992-a. Disponível em: <http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Developmen to.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2019.

²² Assinada no âmbito da Conferência Rio 92, ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n.º 2, de 3 de fevereiro de 1994 e promulgada pelo Decreto n.º 2.519, de 16 de março de 1998. Entrou em vigor no país em 25 de maio de 1994.



de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça”²³.

Sampaio, Wold e Nardy ensinam que “o princípio da precaução deve ser aplicado quando houver incerteza científica sobre a plausibilidade da ocorrência de danos ambientais graves”²⁴. Os referidos autores lembram que o Direito não tem condições de prever todas as situações de risco grave, a indicar a discricionariedade do aplicador da norma, que deve estar atento ao conjunto principiológico como um todo e à premissa de que o dano ambiental deve ser evitado:

[...] outro aspecto que merece nota consiste na relação que se estabelece entre, de uma parte, o limiar de gravidade da ameaça de dano que deflagra a aplicação do princípio da precaução e, de outra, o grau de incerteza científica presente em cada caso concreto. Nesse sentido, naquelas circunstâncias em que o dano sob apreciação é considerado muito grave, pode ser observado um relaxamento nas exigências de indicativos objetivos da plausibilidade de sua concretização. Já nas hipóteses em que a ameaça não é considerada tão grave, exige-se um grau maior de certeza científica para se tornar obrigatória a adoção de medidas de precaução [...]”²⁵.

O raciocínio é simples: quanto mais grave o risco, menor a exigência de indicativos fáticos de sua ocorrência. A aplicação no caso concreto dessa premissa, no entanto, pode não ser tão fácil, uma vez que se está diante de interesses contrapostos, normalmente ligados ao exercício de atividade econômica, também tutelada constitucionalmente (Título VII da CR/88).

No Direito brasileiro, a CR/88 trouxe o princípio da precaução no bojo do capítulo que trata sobre o meio ambiente, em seu art. 225, especialmente no inciso IV, que traz a obrigatoriedade de elaboração de EIA para atividade ou obra potencialmente causadores de impacto ambiental.

²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Convenção sobre Diversidade Biológica - CDB**, Rio de Janeiro, 3-14 de junho de 1992-b. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2019.

²⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite et al. Princípio de direito ambiental na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 17.

²⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite et al. Princípio de direito ambiental na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 19.



Por sua vez, no plano infraconstitucional, a Lei n.º 12.608/2012²⁶ dispõe em seu art. 2º, §2º, que “a incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco”.

Da leitura dos referidos dispositivos não se encontra a exigência de que os riscos sejam graves, lembrando-se que risco, de acordo com o dicionário Michaelis, é “possibilidade de perigo, que ameaça as pessoas e o meio ambiente”²⁷.

Paulo Affonso Leme Machado anota que

Controlar o risco não é aceitar qualquer risco. Há riscos inaceitáveis, como aquele que coloca em perigo os valores constitucionais protegidos, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, os processos ecológicos essenciais, o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, a diversidade e a integridade do patrimônio biológico – incluído o genético – e a função ecológica da fauna e da flora. Repita-se que o princípio da precaução é uma ferramenta para evitar o dano ambiental e implantar o direito de todos ao meio ambiente equilibrado e à sadia qualidade de vida²⁸.

Importante lembrar que o princípio da precaução não induz ao ostracismo, mas sim ao movimento de busca da certeza científica ainda não alcançada. Como ensina Machado, “o princípio da precaução não quer conservar ou perenizar a ignorância, mas, pelo contrário, quer vencê-la, com a pesquisa, com o estudo e com a constante avaliação dos fatos e dos métodos” (MACHADO, 2018, p. 111). Assim, um empreendimento que hoje é inviável ambientalmente, amanhã poderá ser implementado com base em nova tecnologia que impeça o risco, ou alternativa locacional.

2. Ademais, o princípio da solidariedade intergeracional, com sede constitucional no art. 225, *caput*, da CR/88, sustenta a manutenção da qualidade ambiental para as futuras gerações. Além disso, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um dos objetivos elencados no art. 3º da CR/88.

A Convenção para a proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural da UNESCO, de 1972, prescreve:

²⁶ Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil – SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil – CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres, altera leis e dá outras providências.

²⁷ MICHAELIS. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br>>. Acesso em 9 fev. 2019.

²⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 26ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 107.



ARTIGO 4.º

Cada um dos Estados parte na presente Convenção deverá reconhecer que a obrigação de assegurar a identificação, proteção, conservação, valorização e transmissão às gerações futuras do patrimônio cultural e natural referido nos artigos 1.º e 2.º e situado no seu território constitui obrigação primordial. Para tal, deverá esforçar-se, quer por esforço próprio, utilizando no máximo os seus recursos disponíveis, quer, se necessário, mediante a assistência e a cooperação internacionais de que possa beneficiar, nomeadamente no plano financeiro, artístico, científico e técnico²⁹.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio 92, reafirmando a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (adotada em Estocolmo em 1972), e buscando avançar a partir dela, proclama que:

Princípio 3 - O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras.

Princípio 4 - Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste.

No mesmo sentido, a Declaração sobre Responsabilidades das Gerações Presentes para as Futuras Gerações, de 12 de novembro de 1997, pela Conferência Geral da UNESCO, em sua 29ª sessão, artigo 5º, item 4, prevê que “as gerações presentes devem considerar possíveis consequências para as gerações futuras de grandes projetos, antes de esses serem executados”³⁰.

Referida determinação indica a necessidade de cautela na condução de autorizações, especialmente de grandes empreendimentos, sob o enfoque do princípio da solidariedade intergeracional.

²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURAL - UNESCO. Convenção para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural, Paris, 17-21 de novembro de 1972. Disponível em: <<https://whc.unesco.org/archive/convention-pt.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

³⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURAL - UNESCO. Declaração sobre Responsabilidades das Gerações Presentes para as Futuras Gerações, Paris, 12 de novembro de 1997. Disponível em: <http://mapacultural.es.gov.br/files/agent/27797/declaracao_responsabilidade_geracoes_presentes_geracoes_futuras.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2019.



Sobre o tema, Bruno Torquato argumenta que “inaugura-se uma nova projeção dos direitos fundamentais, estendendo-os aqueles que não têm existência atual. Abre-se, a bem da verdade, uma nova espécie de integração social, em uma nova dimensão de tempo”³¹. Para o autor, trata-se de dever das presentes gerações em relação às gerações futuras, sem que haja um direito correlato, devendo ser abandonada a antiga noção de obrigatoriedade de que a um direito subjetivo corresponda um dever e vice-versa, pois “a sociedade de risco impõe novos deveres a que a doutrina tradicional não poderia conceber”³².

3. Assim, os princípios da prevenção, precaução e da responsabilidade intergeracional podem ser responsáveis por fundamentar a decisão legislativa de **exigir a prévia manifestação do IPHAN em todos os procedimentos de licenciamento ambiental potencialmente impactantes no meio ambiente cultural**, especialmente naqueles de interesse nacional, e não apenas quando houver patrimônio cultural acautelado em nível federal.

Ainda, há oportunidade para corrigir a previsão atualmente vigente, passando-se a vedar que o órgão ambiental conceda licença sem a prévia manifestação favorável do IPHAN no tocante ao meio ambiente cultural.

Outra questão que pode ser aprimorada é a previsão da obrigatoriedade das medidas de controle, mitigação e compensação previstas pelo IPHAN, sem ingerência do órgão licenciador em tais condicionantes.

Neste sentido, a Subemenda Substitutiva Global de Plenário – Projeto de Lei que dispõe sobre o licenciamento ambiental e a avaliação ambiental estratégica, e dá outras providências – é uma oportunidade para que ocorra o aprimoramento da legislação, adequando os dispositivos referentes ao meio ambiente cultural ao sistema protetivo preventivo preconizado pela Constituição, na forma acima sugerida.

D – Do princípio da vedação do retrocesso

³¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REIS, Émilien Vilas Boas Reis. Bioética ambiental: premissas para o diálogo entre a Ética, a Bioética, o Biodireito e o Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 198.

³² NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REIS, Émilien Vilas Boas Reis. Bioética ambiental: premissas para o diálogo entre a Ética, a Bioética, o Biodireito e o Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 199.



1. Sobre a inviabilidade de alterações prejudiciais à proteção ambiental, invoca-se o princípio da proibição de retrocesso, reconhecido mundialmente como um escudo contra as mais diversas ameaças que pairam sobre a proteção do patrimônio ambiental³³.

Para sustentar o reconhecimento de tal princípio, o autor ressalta a razão de ser do Direito Ambiental, que implicaria uma “obrigação de resultado, qual seja, a melhoria constante do estado do ambiente” (p. 17).

Além disso, Prieur faz importante leitura sistemática dos consagrados princípios de Direito Ambiental que conduzem à inteligência que a vedação do retrocesso se encontra no âmago do sistema protetivo ambiental:

A prevenção impede o recuo das proteções; a sustentabilidade e as gerações futuras enviam à perenidade e à intangibilidade para preservar os direitos de nossos descendentes de poderem gozar de um ambiente não degradado; a precaução permite que a irreversibilidade seja evitada, está um exemplo claro de regressão definitiva; a participação e a informação do público permitem a garantia de um nível de proteção suficiente, graças a um controle cidadão permanente. Enfim, segundo Ost (1999), a manutenção de um nível de proteção, ao menos equivalente àquele que já se chegou, não faz senão introduzir “a posta em prática pensada de um projeto de sociedade, inscrito na perenidade”. (p. 17/18).

O autor francês defende, analisando a CR/88, que

esse seria um princípio constitucional implícito, que se impõe ao legislador em nome da garantia constitucional dos direitos adquiridos, do princípio constitucional de segurança jurídica, do princípio da dignidade da pessoa humana e, finalmente, em

³³ Michel Prieur promove contextualização da forma de tratamento do princípio nos diferentes países; “Para descrever esse risco de “não retrocesso”, a terminologia utilizada pela doutrina é ainda hesitante. Em certos países, fala-se num princípio de *stand still* (imobilidade). É o caso da Bélgica (HACHEZ, 2008). Na França, utiliza-se o conceito de efeito *cliquet* (trava), ou regra do *cliquet anti-retour* (trava anti-retorno). Os autores falam, ainda, da “intangibilidade” de certos direitos fundamentais (de FROUVILLE, 2004). O não retrocesso está assimilado, igualmente, à teoria dos direitos adquiridos, quando esta última pode ser atacada pela regressão. Evoca-se também a “irreversibilidade”, notadamente em matéria de direitos humanos. Enfim, utiliza-se a ideia de cláusula de *status quo*. Em inglês, encontramos a expressão *eternity clause* ou *entrenched clause*, em espanhol, *prohibición de regresividad o de retroceso*, em português, proibição de retrocesso. Utilizaremos a fórmula de “princípio de não regressão”, para mostrar que não se trata de uma simples cláusula, mas de um verdadeiro princípio geral do Direito Ambiental, na medida em que o que está em jogo é a salvaguarda dos progressos obtidos para evitar ou limitar a deterioração do meio ambiente” (Princípio da proibição do retrocesso ambiental. In O princípio da proibição de retrocesso ambiental. Senado Federal - Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Brasília/ DF, p. 13/14. Disponível em: <https://mpma.mp.br/arquivos/CAUMA/Proibicao%20de%20Retrocesso.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2019.



nome do princípio de efetividade máxima dos direitos fundamentais (nos termos do artigo 5º, § 1º, da Constituição brasileira de 1988). (p. 32).

Também o Ministro do STJ, Antônio Herman Benjamin³⁴ entende que se trata de princípio geral do direito ambiental:

É seguro afirmar que a proibição de retrocesso, apesar de não se encontrar, com nome e sobrenome, consagrada na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, e não obstante sua relativa imprecisão – compreensível em institutos de formulação recente e ainda em pleno processo de consolidação –, transformou-se em princípio geral do Direito Ambiental, a ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente (...). (p. 62).

O Ministro igualmente concorda com Michel Prieur ao defender que seria “um princípio sistêmico, que se funda e decorre da leitura conjunta e diálogo multidirecional das normas que compõem a totalidade do vasto mosaico do Direito Ambiental” (p. 61/62).

O referido princípio foi acolhido no Acordo Regional de Escazú para América Latina e Caribe sobre Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental (2018)³⁵, em seu art. 3º. “c”:

Na implementação do presente Acordo, cada Parte será guiada pelos seguintes princípios:

[...]

c) princípio de vedação do retrocesso e princípio de progressividade;

[...]

e) princípio de prevenção;

f) princípio de precaução;

g) princípio de equidade intergeracional;

[...]

Para Ingo Sarlet, uma das principais questões ligadas ao princípio da vedação ao retrocesso “é a possibilidade de se controlar e sindicar, a partir dele, as ações e omissões do poder público em todas as suas dimensões, de modo a impedir e ou sancionar aquelas que

³⁴ Princípio da proibição do retrocesso ambiental. *In* O princípio da proibição de retrocesso ambiental. Senado Federal - Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Brasília/ DF. Disponível em: <https://mpma.mp.br/arquivos/CAUMA/Proibicao%20de%20Retrocesso.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2019.

³⁵ Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf. Acesso em: 9 jul. 2019.



resultam em efetiva e mesmo potencial violação dos níveis indispensáveis (e normativamente exigidos) de proteção do ambiente”³⁶.

Por outro lado, o autor identifica o princípio da progressividade à vinculação do Estado “no sentido de não apenas vedar recuos no regime legislativo e administrativo em matéria ambiental, mas, também, como um dever estatal, de atuar progressivamente, ou seja, por meio do fortalecimento e melhoramento do regime estatal de proteção da natureza”.

O princípio funciona, então, tanto para vedar alterações legislativas prejudiciais ao nível de proteção ambiental já alcançado (como no caso ora analisado), mas também para alcançar as tentativas de enfraquecimento do sistema protetivo, por meio da precarização das estruturas de atuação, por exemplo. Assim:

O princípio da proibição de retrocesso ecológico, de tal sorte, opera como espécie de “blindagem protetiva” em face da atuação dos poderes públicos em geral, incidindo, para além de limitar a discricionariedade do legislador (Estado-legislador), também sobre eventuais recuos no tocante à adequação e capacidade da estrutura administrativa e organizacional do Estado (Estado-administrador) já consolidada para a proteção e promoção de determinado direito fundamental.

O Judiciário brasileiro tem cada vez mais se deparado com o tema. Michel Prieur, no artigo já citado, faz levantamento sobre a abordagem jurisprudencial do princípio da vedação de retrocesso:

No Brasil, a não regressão já foi admitida no âmbito dos direitos sociais³⁷. Várias ações estão em curso na seara ambiental, sob a pressão de parte da doutrina, que busca fazer com que o princípio de proibição de retrocesso ecológico seja consagrado judicialmente, o que se faz com fundamento no princípio constitucional de não regressão, estendido aos atos legislativos dos entes federados. Nesse sentido, merece destaque a ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, em face de uma lei estadual que reduzia os limites do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro: “o princípio da proibição do retrocesso ecológico significa que, afora as mudanças de fatos significativos, não se pode admitir um recuo tal dos níveis de proteção que os leve a serem inferiores aos anteriormente consagrados. Isso limita as possibilidades de

³⁶ “A proibição do retrocesso ecológico e as mudanças no Ministério do Meio Ambiente”, 15 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/direitos-fundamentais-proibicao-retrocesso-ecologico-ministerio-meio-ambiente>. Acesso em: 9 jul. 2019.

³⁷ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgamento de 18 de dezembro de 2008, processo n. 7002162254; Tribunal de Justiça de São Paulo, julgamento de 25 de agosto de 2009, processo n. 5878524400.



revisão ou de revogação”³⁸. No mesmo Estado, outra ação visa o então recém-promulgado Código Ambiental de Santa Catarina, norma considerada pelas associações requerentes como redutora do nível de proteção ambiental. Essa ação está ainda sub judice diante do Supremo Tribunal Federal, que faz as vezes de corte constitucional³⁹. Uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já anulou uma modificação na constituição daquele Estado por se tratar de retrocesso ecológico, o que se fez com fundamento na doutrina relativa à regressão social (trata-se de permitir a queima dos campos como técnica de limpeza agrícola)⁴⁰. O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão do ministro Antônio Herman Benjamin, mesmo não havendo reconhecido formalmente o princípio de não retrocesso, já o levou em conta em vários casos. A vedação de emenda constitucional em matéria ambiental leva a considerar que o Poder Executivo, como o Poder Legislativo, estejam vinculados pelos objetivos enunciados constitucionalmente. (p. 38/39).

Podem ser citados, ainda, o EREsp 418.526/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 13.10.2010 e o REsp 302.906/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1.12.2010, dentre outros precedentes do STJ.

No âmbito do TJMG, o Des. Wander Marotta decidiu que “é inconstitucional o art. 62 da Lei Federal nº 12.651/12, sobretudo em virtude do princípio da proibição do retrocesso em matéria ambiental, porquanto caracteriza redução desproporcional e injustificada de direitos arduamente conquistados pela coletividade, tudo em nome de uma precária exploração econômica do negócio, que, em última análise, se faltar água (como consequência da exploração desmedida), resultará a falência do próprio negócio” (grifo nosso).

Os julgados citados demonstram que o princípio vem sendo aplicado pelo Judiciário brasileiro

2. No caso do Projeto de Lei em análise, não há dúvida que a alteração pretendida é um retrocesso, já que, atualmente, há previsão de participação do IPHAN em todos os procedimentos de licenciamento de empreendimentos que possam vir a ocasionar impactos ao patrimônio cultural acautelado.

No caso do patrimônio arqueológico, todo ele é acautelado pela lei, ao passo que, com a subemenda, da forma como se encontra redigida, apenas haverá participação do IPHAN em caso de patrimônio arqueológico formalmente identificado, prejudicando muito a proteção dos referidos bens, como amplamente explanado ao longo da presente nota técnica.

³⁸ Ministério Público do Estado de Santa Catarina, ADIN n. 14.661/2009, de 26 de maio de 2009.

³⁹ ADIN n. 4252.

⁴⁰ ADIN n. 70005054010, decisão de 16 de dezembro de 2002.



A questão é bem analisada na Nota Técnica o IPHAN n. 3/2019/CNL/GAB PRESI:

Na prática, resultará na impossibilidade de preservação dos bens culturais acautelados pelo IPHAN no processo de licenciamento ambiental, especialmente na incapacidade absoluta de preservação do patrimônio arqueológico, bem cultural protegido pela Lei Federal nº 3.924/61 e que, conforme o Art. 20 da CF/88, é um bem da União de caráter finito, difuso e não renovável.

Desta forma, não é forçoso afirmar que a versão atual do PL, caso aprovado com a sua redação, configurará inequívoco retrocesso à preservação do patrimônio cultural brasileiro, resultando em grave mácula à memória nacional ao desconsiderar a possibilidade de identificação de bens culturais acautelados em áreas que sequer foram avaliadas em momento anterior à instalação de atividade ou empreendimento. (p. 03/04).

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, a Coordenadoria das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Histórico, Cultural e Turístico posiciona-se de forma contrária à alteração legislativa prejudicial à proteção do patrimônio cultural, especialmente ao patrimônio arqueológico.

Belo Horizonte, 15 de julho de 2019.



Giselle Ribeiro de Oliveira
Promotora de Justiça
Coordenadora das Promotorias de Justiça de
Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais

