

PROTEGER PARA PERPETUAR A MEMÓRIA ARQUEOLÓGICA: A SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO ARQUEOLÓGICO PRÉ-HISTÓRICO NACIONAL E OS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC'S) VIA IPHAN NO CONTEXTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONCERTADA

José Sérgio da Silva Cristóvam ¹

Jane Hilda Mendonça Badaró ²

Resumo

O artigo discute acerca da importância da proteção do patrimônio arqueológico pré-histórico nacional – que por sua vez integra o patrimônio cultural brasileiro –, desde a sua dimensão constitucional e a sua condição político-normativa de direito fundamental. O objetivo da pesquisa está em debater esta ordem de proteção no contexto da consensualidade, analisando as bases teóricas que fundamentam a importância da respectiva salvaguarda com enfoque na utilização do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como ferramenta protetiva, com os seus eventuais aspectos positivos e também suas externalidades negativas. A problemática da pesquisa consiste em perquirir se, dado que os bens arqueológicos pré-históricos não são renováveis e, portanto, uma vez perdidos, não podem mais ser recuperados, a utilização de TAC na arqueologia poderia redundar em mecanismo de menor rigor quanto às barreiras colocadas

¹ Professor Adjunto de Direito Administrativo na Graduação, Mestrado e Doutorado da UFSC. Doutor em Direito Administrativo pela UFSC (2014), com estágio de Doutoramento Sanduíche junto à Universidade de Lisboa – Portugal (2012). Mestre em Direito Constitucional pela UFSC (2005). Professor invitado de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), de la Universidad Autónoma de Nuevo León (México) y de la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador). Membro fundador e atual Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC), membro efetivo da Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA) y de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo (AMDA). Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC) e membro da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social (REDAS), da Red Internacional de Derecho Administrativo Contemporáneo (REDAC) e da Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo (REDOEDA). Advogado publicista em Santa Catarina. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8232-9122> - E-mail: jscristovam@gmail.com

² Professora Assistente do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual de Santa Cruz –UESC. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal de Pernambuco- UFPE. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenadora e professora (Prática Jurídica) do Escritório Modelo do Curso de Direito da UESC – ESAD. Advogada inscrita na OAB/Ba subseção Ilhéus. Integrante do GPEHD – Coordenadora da linha de pesquisa “Salvaguarda do Patrimônio Arqueológico. Histórico, arquivístico e cultural em perspectiva antropológica e dogmática. Coordenadora Projeto de Pesquisa Antropologia Jurídica, Patrimônio Cultural, Memórias e Direitos dos Povos Tradicionais: Avanços e Retrocessos (UESC). Membro da Academia de Letras de Ilhéus e da Academia de Letras Jurídicas de Ilhéus. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8169035901942775> - ORCID <https://orcid.org/0009-0008-4564-1406> - E-mail: jhmbadaro@uesc.br

pelo licenciamento ambiental, mais prejudicando do que beneficiando a salvaguarda do patrimônio arqueológico, ou se, por outro lado, as medidas para minimizar ou compensar os danos que nele são negociados contribuem efetivamente para sua proteção. Considerando o material colhido e analisado na pesquisa, verificou-se que a utilização do TAC é recorrente pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), e o seu uso apresenta alguns pontos disformes, mas também enseja benefícios importantes. A natureza consensual do TAC está no contexto da Administração Pública concertada, cujas manifestações vão além das formas contratuais típicas. A título de conclusão, é preciso ir além do instrumento consensual estudado, pois, a fragilidade protetiva em que atualmente se encontra o patrimônio arqueológico pré-histórico nacional impõe se avançar para o desenho institucional, execução e acompanhamento de uma articulada política pública de proteção capaz de dar maior efetividade ao arcabouço legislativo protetivo existente, e assim garantir a preservação deste patrimônio de modo a salvaguardá-lo para as gerações vindouras. Com políticas públicas eficientes, menores os riscos de danos, menores os danos, menos TAC e bens patrimoniais melhor preservados. A pesquisa possui abordagem exploratória e qualitativa, e o método é o dedutivo, com a consulta a fontes bibliográficas, dissertações de mestrado e doutorado, artigos publicados em revistas e plataformas digitais e análise da legislação brasileira relacionada ao tema.

Palavras-chave: Proteção ao Patrimônio Cultural. Patrimônio Pré-Histórico. Termo Ajustamento Conduta e o IPHAN. Administração Pública concertada.

Abstract

The article discusses the importance of protecting the national prehistoric archaeological heritage – which in turn integrates Brazilian cultural heritage –, from its constitutional dimension and its political-normative condition of fundamental right. The objective of the research is to debate this order of protection in the context of consensuality, analyzing the theoretical bases that underlie the importance of the respective safeguard with a focus on the use of the Conduct Adjustment Term (TAC) as a protective tool, with its possible positive aspects and also its negative externalities. The research problem consists of investigating whether, given that prehistoric archaeological assets are not renewable and, therefore, once lost, they can no longer be recovered, the use of TAC in archeology could result in a less rigorous mechanism regarding barriers imposed by environmental licensing, harming rather than benefiting the safeguarding of archaeological heritage, or whether, on the other hand, the measures to minimize or compensate for the damages negotiated therein effectively contribute to its protection. Considering the material collected and analyzed in the research, it was found that the use of the TAC is recurrent by the National Historical and Artistic Heritage Institute (IPHAN), and its use presents some irregularities, but also provides important benefits. The consensual nature of the TAC is in the context of concerted Public Administration, whose manifestations go beyond typical contractual forms. By way of conclusion, it is necessary to go beyond the consensual instrument studied, as the protective fragility in which the national prehistoric archaeological heritage currently finds itself requires moving towards the institutional design, execution and monitoring of an articulated public protection policy capable of to give greater effectiveness to the existing protective legislative framework, and thus guarantee the preservation of this heritage in order to safeguard it for future generations. With efficient public policies, the risk of damage is reduced, there is less damage, less TAC and better preserved heritage assets. The research has an exploratory and qualitative approach, and the method is deductive, with consultation of bibliographic sources, master's and doctoral

dissertations, articles published in magazines and digital platforms and analysis of Brazilian legislation related to the topic.

Keywords: Protection of Cultural Heritage. Prehistoric Heritage. Conduct Adjustment Term and IPHAN. Concerted Public Administration.

1 INTRODUÇÃO

Considere-se, de logo, que os bens arqueológicos pré-históricos não são renováveis, e, portanto, uma vez perdidos, não podem mais ser recuperados. Daí a grande importância de sua efetiva salvaguarda. A importância da proteção do patrimônio arqueológico pré-histórico nacional – que integra o patrimônio cultural brasileiro – vem tatuada em diversas normas de proteção que consubstanciam verdadeiro sistema constitucional cultural, a ostentar a condição de direito fundamental implícito³. Explicando, conforme lição de Luana de Carvalho Silva Gusso e Nestor Castilho Gomes, “o direito ao patrimônio cultural deve ser caracterizado e/ou reconhecido como direito fundamental. Nesse sentido, o referido reconhecimento se desdobra em dois aspectos: (i) possibilidade de identificá-lo como direito implícito ao catálogo de direitos fundamentais do Título II, da Constituição de 1988, mediante operação hermenêutica; (ii) subsunção do referido direito ao critério de direito fundamental formal e materialmente constitucional, mas fora do catálogo” (Gusso; Gomes, 2017). E ainda, o direito à memória e ao patrimônio cultural são considerados direitos humanos fundamentais, vez que se relacionam com a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo.

Convém destacar neste aspecto, que o reconhecimento e a concretização dos direitos fundamentais constituem a base do Estado democrático de direito, e que o patrimônio cultural, enquanto direito fundamental de preservação da memória coletiva - que é a base de formação da sociedade-, goza de proteção jurídica assegurada pela Constituição de 1988, além de legislação infraconstitucional e convenções internacionais das quais o Brasil é signatário.

Uma das medidas previstas por lei, passível de uso na proteção do Patrimônio Arqueológico Pré-Histórico nacional, é o TAC, instrumento recorrentemente utilizado pelo IPHAN. O presente artigo é resultado de um esforço de pesquisa no sentido de compilar dados que permitam refletir sobre o TAC como instrumento utilizado na proteção do patrimônio

³ Para uma análise sobre a teoria dos direitos fundamentais, ver: Sarlet, 2011.

arqueológico pré-histórico nacional, seus eventuais pontos positivos e possíveis externalidades negativas. Vez que o TAC é instrumento firmado entre o Poder Público e o autor de um suposto dano, ou da ameaça de dano, o assunto está no contexto da Administração Pública concertada, consensual ou dialógica, que se constitui num movimento, ou fenômeno, em que, sob o manto de um Estado de direito republicano, democrático e social, prima pela participação, negociação e busca de consenso como condição prévia à sua manifestação nos procedimentos de decisão administrativa.

Sobre a estrutura do trabalho, a mesma está distribuída a partir de três tópicos principais: (i) a questão da Proteção do Patrimônio Arqueológico Pré-Histórico nacional; (ii) o uso do Termo de Ajustamento de Conduta pelo IPHAN; (iii) o debate sobre o tema a partir da dimensão da Administração Pública concertada, que ligados, fazem cumprir o objetivo geral do estudo.

As manifestações da Administração concertada vão além das formas contratuais típicas, de modo a responder a novas necessidades que se impõem ao Estado contemporâneo (Bitencourt Neto, 2018). Afinal, o Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo passa também (Canotilho, 2001). Para além das situações em que a Administração já fazia uso de uma dimensão contratualizada, a atuação administrativa concertada utiliza a participação e o consenso a partir de instrumentos procedimentais diversos, como meios do exercício de poderes públicos, sendo que, conforme leciona Eurico Bitencourt Neto (2018), são dois os campos gerais de expressão da Administração Pública concertada: a Administração por contratos, e a administração por acordos. Aqui, para os fins e limites do presente estudo, será ressaltada a possibilidade da “expansão da Administração contratual na substituição da instauração de um procedimento que visa a aplicar uma sanção por um compromisso acordado de reparação de danos, alteração de comportamentos, correção de uma atuação administrativa ou medidas compensatórias” (Marques Neto, 2011, p. 3).

No caso, o TAC, celebrado com base no art. 5º § 6º da Lei nº 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública –, que autoriza os órgãos públicos legitimados a tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações (Bitencourt Neto, 2018), serve de importante exemplo desses respectivos instrumentos no Direito brasileiro, e o que aqui interessa enfocar, ainda que numa visão panorâmica, e especialmente quanto a sua utilização na arqueologia, em prática de gestão, como solução extrajudicial a litígios que envolvem interesses e direitos difusos, ligados a proteção do patrimônio pré-histórico nacional.

Apenas para adiantar e para os fins aqui debatidos, a natureza jurídica dos TAC's em procedimentos sancionatórios regulatórios seria de um "ato administrativo negocial, constitutivo e emanado com discricionariedade" (Saddy; Greco, 2015, p. 183).

2 POR QUE PROTEGER O PATRIMÔNIO ARQUEOLÓGICO PRÉ-HISTÓRICO NACIONAL?

O patrimônio arqueológico pré-histórico⁴ nacional abre portas para desvelar conhecimentos sobre os primórdios da humanidade. Tudo o quanto se sabe do *modus vivendi* dos primeiros *homo sapiens* que habitaram a Terra é devido a estudos realizados a partir dos achados arqueológicos, como, por exemplo, as pinturas rupestres, fósseis e artefatos. Ou seja, a importância da preservação da memória coletiva e do patrimônio cultural se dá pela necessidade de resguardar a identidade de um povo, e/ou da própria humanidade, e impactos nestes bens podem ser irreversíveis. Ainda há muito a ser pesquisado e entendido a partir dos bens arqueológicos já descobertos. E certamente muitos outros destes bens ainda existem para serem encontrados. São preciosos rastros deixados pelo Homem ao longo de sua existência que nos permitem entender aspectos da evolução humana, física, cognitiva e social, ou seja, proporcionam desvendar parte substancial da história da espécie humana. Por isso é importante que sejam adotadas medidas de proteção e mitigação de estragos, para salvuardá-los.

A Carta de Lausanne (IPHAN, 1990) explica que o patrimônio arqueológico é definido como a porção do patrimônio material para a qual os métodos da arqueologia fornecem os conhecimentos primários, englobando todos os vestígios da existência humana, não importando quais sejam eles, que podem ser encontrados na superfície, no subsolo ou sob as águas. Trata-se este patrimônio arqueológico de um recurso frágil e não renovável, razão pela qual a proteção dos bens de valor para a arqueologia constitui obrigação moral de todo ser

⁴ "A Pré-História, é, basicamente, dividida entre Paleolítico, Mesolítico (período intermediário) e Neolítico. Nesses períodos, acompanhamos o desenvolvimento dos hominídeos com a elaboração de novas ferramentas, além do surgimento do *homo sapiens sapiens*, há cerca de 300 mil anos". É o período mais longo na linha do tempo da história da humanidade. O termo pré-história é rejeitado por alguns cientistas sociais visto que, para eles, o que existe é a História da Humanidade, e os povos ágrafos do paleolítico, mesolítico e neolítico fazem parte desta História, ainda que tivessem vivido antes da existência da escrita. Termo utilizado com maior aceitação para os povos que viveram antes da existência da escrita: povos ágrafos. Neste sentido, ver: História do Mundo, s./d.

humano e constitui também responsabilidade pública coletiva, que deve traduzir-se na adoção de uma legislação adequada que proíba a destruição, degradação ou alteração de qualquer monumento, sítio arqueológico ou seu entorno, sem a anuência das instâncias competentes, prevendo-se a aplicação de sanções adequadas aos degradadores desses bens (Miranda, 2021).

No Brasil, a representatividade do bem ou conjunto de bens para a memória (referente ao passado e à ação passada) são os parâmetros de seleção de bens protegidos estabelecidos no art. 216 da Constituição de 1988.⁵

Dentre os que possuem o *status* de bens preserváveis, estão os bens arqueológicos e paleontológicos. Os bens inscritos pela Unesco na Lista do Patrimônio Cultural e Natural da Humanidade também integram esta categoria. Outros podem ser escolhidos através da discricionariedade administrativa do IPHAN.

Como se vê, cabe ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, além de outras formas de acautelamento e proteção. O texto constitucional oferece também garantias processuais cabíveis para salvaguarda destes direitos fundamentais, como por exemplo Ação Civil Pública (legitimidade do Ministério Público), e Ação Popular (legitimidade para qualquer cidadão). É importante deixar consignado que muitos autores já realizaram “extensas e dedicadas revisões sobre o quadro de proteção legal ao patrimônio arqueológico no Brasil, [...] identificando lacunas e contradições” (Polo, 2014, p. 57).

Conforme já assentado, o patrimônio arqueológico pré-histórico nacional integra o patrimônio cultural brasileiro, que tem o *status* de direito humano fundamental implícito na Constituição de 1988, a partir da interpretação sistemática de quinze dos seus dispositivos, dentre os quais os artigos 215 e 216.⁶ Os bens de natureza material de valor arqueológico pré-

⁵ 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. § 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 nosso) (Constituição, 1988).

⁶ “[...] é possível chancelar o direito ao patrimônio cultural como direito fundamental na ordem constitucional brasileira. O conteúdo e a importância do direito ao patrimônio cultural exsurtem em pelos menos 15 (quinze) dispositivos da Constituição Federal. Como visto, o legislador constitucional erigiu um verdadeiro Estado Cultural na Constituição de 1988. Não à toa José Afonso da Silva fala em uma “ordenação constitucional da cultura, que

histórico nacional são definidos e protegidos pela Lei nº 3.924/1961, sendo considerados bens patrimoniais da União. Sua preservação é um direito e um dever de todos os cidadãos, e é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios protegê-los.

No caso, o IPHAN é uma autarquia federal do Governo do Brasil, criada em 1937, vinculada ao Ministério da Cultura, que responde pela preservação do patrimônio cultural brasileiro, cabendo-lhe proteger e promover os bens culturais do país, assegurando sua permanência e usufruto para as gerações presentes e futuras.⁷

O Brasil abriga uma variedade de sítios arqueológicos especialmente importantes, que ajudam a entender a história da humanidade: como viviam os primeiros agrupamentos humanos, como se relacionavam socialmente e com o meio ambiente, dentre outros vários aspectos. Destaca-se o Parque Nacional Serra da Capivara, no Piauí, que possui alguns dos sítios arqueológicos mais antigos do continente Americano – entre 40 e 20 mil anos atrás - com vestígios milenares da história do povoamento das Américas. O Parque Nacional Serra da Capivara é um dos maiores e mais importantes complexos de arte rupestre do mundo, com mais de 7.000 pinturas que datam de até 12.000 anos. As pinturas retratam cenas da vida cotidiana, como caça, pesca e coleta de frutos, bem como animais, plantas e figuras míticas.

Também merecem destaque: o Parque Nacional do Catimbau, em Pernambuco, com mais de 1.000 sítios arqueológicos, incluindo pinturas rupestres, sítios funerários e sambaquis; o Sítio Arqueológico Pedra Pintada, em Rondônia, com pinturas rupestres datadas de até 12.000 anos atrás; o Sítio Arqueológico do Lajedo de Soledade, no Rio Grande do Norte, com pinturas rupestres datadas de até 10.000 anos atrás; o Parque Nacional Cavernas do Peruaçu, em Minas Gerais; o Sítio Arqueológico de São Raimundo Nonato, no Piauí; Sítio Arqueológico de Monte Alegre, no Pará. O Sítio Arqueológico de Lagoa Santa, em Minas Gerais, que abriga fósseis humanos de até 11.000 anos atrás, fósseis estes que são de uma espécie humana que foi extinta, conhecida como "Homem de Lagoa Santa". Ainda, importante citar o Sítio Arqueológico de São José de Itacoatiara, no Rio de Janeiro, e o Sítio Arqueológico

pode e deve ser valorizada como vetor importante na realização das promessas constitucionais em nosso país” (Gusso; Gomes, 2017, p. 360).

⁷ Conforme descrição constante do site oficial do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional: “São considerados sítios arqueológicos, os locais onde se encontram vestígios positivos de ocupação humana, identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, “estações” e “cerâmicos”, as grutas, lapas e abrigos sob rocha, além das inscrições rupestres ou locais com sulcos de polimento, os sambaquis e outros vestígios de atividade humana” (IPHAN, 2023).

de Marajó, no Pará. Esses sítios arqueológicos são tesouros que oferecem elementos capazes de desvelar preciosos mistérios do início da humanidade.

A despeito do farto arcabouço protetivo, composto de normas constitucionais, infraconstitucionais, além de cartas, pactos e convenções internacionais, é grande a incidência de destruição de bens arqueológicos no Brasil. Muitos são os fatores que colocam em risco os sítios arqueológicos pré-históricos existentes em diversos estados brasileiros. Ocorrências diversas levam à mutilação de artefatos científicos e culturalmente valiosos ocasionadas por pessoas que desconhecem que tais objetos são materiais arqueológico, protegidos por legislação própria. Ou seja, há muita falta de informação, e, no geral, a população desconhece a importância das pinturas rupestres para o resgate cultural dos homens pré-históricos, nossos antepassados. Tais pinturas podem abrir portas para o entendimento da história.

Vale registrar um episódio, relativamente recente, em tudo desastroso e inadmissível, ocorrido na cidade de Diamantina, em Minas Gerais, quando uma arte pré-histórica preservada durante séculos em uma parede, há cerca de dez anos já não existe mais. Foi apagada – ou melhor, pintada de branco – para compor o cenário da minissérie bíblica *Rei Davi*, da TV Record (Oliveira, 2020). E seguimos com mais destes tristes exemplos. Em Serra do Tombador, Jacobina-Bahia, sítios arqueológicos com pinturas rupestres estão ameaçados por explorações minerais. A exploração mineral também é um dos principais fatores de destruição dos sítios arqueológicos.

Parque eólico e conflitos de terras ameaçam sítios arqueológicos do Vale do São Francisco, em Sobradinho na Bahia (TV Brasil, 2018). Sítio arqueológico com peças de 6 mil anos está ameaçado por casas em Santa Catarina, em Ponta de Garopaba do Sul, onde está o maior sambaqui do mundo (Giovanaz, 2016). O Sítio Arqueológico Lapa Vermelha, Município de Pedro Leopoldo, Minas Gerais, local de muitas cavernas, no entorno de Lagoa Santa, onde foi encontrado o fóssil de Luzia, conhecido como o mais antigo esqueleto encontrado nas Américas, está ameaçado por um grande empreendimento de fábrica de cerveja (Baeta; Prous; Sales, 2021).

A falta de planejamento urbano, com intervenções relacionadas ao setor de habitação, obras públicas etc. causam prejuízos à memória arqueológica nacional. Infelizmente, a destruição dos sítios arqueológicos é uma realidade irreversível dentro do contexto

desenvolvimentista de cidades cujo modelo econômico em vigência não é sustentável e não foi pensado em longo prazo, por exemplo. Mais fatores podem ser citados: invasões ilegais de terras, queimadas, expansão da fronteira agrícola e minerária, desmatamentos que além de destruir a floresta estão aniquilando sítios arqueológicos na Amazônia.

O Parque Nacional Serra da Capivara, situado no Piauí, reconhecido como Patrimônio da Humanidade pela UNESCO, que possui um trabalho muito cuidadoso de pesquisas científicas diversas, desenvolvido por cinco décadas sob a coordenação da arqueóloga pré-histórica Niéde Guidon, encontra dificuldades de várias ordens na efetividade em sua gestão preservacionista. Na época da pandemia do COVID 19, em 2020, por exemplo, por falta de incentivo financeiro do Governo Federal, precisou demitir muitos funcionários, inclusive alguns que faziam a manutenção e conservação das pinturas rupestres, numa clara demonstração de que também oscilações de cunho político podem colocar em risco preciosos bens do patrimônio arqueológico.

Outro motivo recorrente advém de empreendimentos que ocorrem de forma ilegal, onde os ritos administrativos do processo complexo de licenciamento ambiental foram descumpridos ou cumpridos tardiamente – após um embargo, por exemplo. Empreendimentos podem afetar o patrimônio arqueológico de diversas maneiras, como a destruição ou danificação de sítios arqueológicos, com a consequente perda de informações históricas e culturais. É o IPHAN que atua no licenciamento cultural de empreendimentos, visando à proteção de bens vulneráveis, especialmente arqueológicos e/ou paleontológicos, conforme estudo de Fabiana Santos Dantas (2013), que destaca a importância do IPHAN na análise de estudos de impacto ambiental e na autorização das etapas do licenciamento, de modo que sejam observadas as exigências relativas ao meio ambiente sociocultural.

Quando os empreendimentos e os licenciamentos⁸ não observam as normas de proteção ao patrimônio cultural, o IPHAN deve atuar para proteger os bens culturais por meio de instrumentos administrativos como o embargo e termos de ajustamento de conduta, bem como propondo as ações judiciais cabíveis (Dantas, 2013) sendo notório, portanto, o

⁸ Para estudos sobre o licenciamento ambiental e sobre o licenciamento ambiental com avaliação de impacto sócio cultural, ver: Niebuhr, 2023.

entrelaçamento entre os campos do meio ambiente, do patrimônio cultural e da arqueologia, no âmbito do Direito.

Em muitos casos, a responsabilidade sobre os impactos ao patrimônio arqueológico é igualmente distribuída entre as iniciativas pública e privada. Ressalte-se que são proibidos o aproveitamento econômico, a destruição ou a mutilação dos sítios arqueológicos, antes de serem pesquisados por arqueólogas e arqueólogos, e após, somente com a devida autorização do IPHAN. Vale ainda a anotação de que sítios encontrados no âmbito das pesquisas acadêmicas também sofrem com intervenções mutiladoras, antes ou depois de sua descoberta. São passíveis de processo judicial por danos ao patrimônio da União e omissão, por exemplo, os proprietários de terras que encontrarem qualquer achado arqueológico e não comunicarem ao IPHAN no prazo de 60 dias.

Todos os sítios arqueológicos têm proteção legal e quando são reconhecidos devem ser cadastrados no Cadastro Nacional de Sítios Arqueológicos, o CNSA. Com a criação do Centro Nacional de Arqueologia – CNA, o IPHAN atendeu à necessidade de fortalecimento institucional da gestão desse patrimônio, normatizada pelo Decreto nº 6.844/2009. Cabe ao CNA a elaboração de políticas e estratégias para a gestão do patrimônio arqueológico, a modernização dos instrumentos normativos e de acompanhamento das pesquisas arqueológicas.

3 TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA ENQUANTO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO ARQUEOLÓGICO PRÉ HISTÓRICO NACIONAL: PONTOS POSITIVOS E EXTERNALIDADES NEGATIVAS

Delineado inicialmente na ordem jurídica pátria pelo parágrafo 6º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), o TAC pode ser conceituado, nos dizeres de Lucas Motta como uma “forma de solução extrajudicial de conflitos, promovida por órgãos públicos, tendo como objeto a adequação do agir de um violador ou potencial violador de um direito transindividual (direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) às exigências legais, valendo como título executivo extrajudicial” (Motta, 2020).

Convém algumas palavras sobre a natureza jurídica do TAC, sendo que André Saddy e Rodrigo Greco (2015) trazem bem a controvérsia e diversidades de posicionamentos sobre o tema, quando analisado o §6º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública:

Alguns entendem que se trata do instituto da transação previsto nos arts. 840 a 850 do Código Civil – Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – com a finalidade de prevenir ou pôr fim ao litígio mediante concessões mútuas, extinguindo o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, inc. III do Código de Processo Civil – Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – cabível exclusivamente quanto aos direitos patrimoniais de caráter privado. Para que esse ato bilateral ocorra, deve existir reciprocidade do ônus e vantagens, além de existir litígio, dúvida ou controvérsia entre as partes.

Outros preferem afirmar que os TACs seriam uma transação, mas com características próprias, pois seu objeto é a de defesa de direitos indisponíveis; portanto, indispensável é a aplicação dos princípios de ordem pública inerentes a tal condição.

Há, também, quem entenda que os TACs sejam uma figura jurídica própria e autônoma, não se confundindo com o instituto da transação. Afirma-se que a aplicação de tal instituto aos direitos coletivos afronta não só o texto do Código Civil, como também atribui, equivocadamente, faculdades ao legitimado autônomo para dispor sobre o direito de titulares coletivamente considerados (Saddy; Greco, 2015, p. 182).

Com efeito, para os fins do presente estudos, convém ressaltar que os TAC's podem ser compreendidos como instrumentos jurídicos de compromissos de adequação de determinada conduta ao ordenamento jurídico. Essa, que parece ser a corrente majoritária, entende que os TACs nada mais são que compromissos do suposto infrator de, sob pena de sofrer cominações, adequar seu comportamento à lei, tal como ocorreria se esta jamais tivesse sido violada.⁹

Considerando que o TAC é instrumento utilizado pelo IPHAN, como uma das medidas protetivas do patrimônio arqueológico pré-histórico nacional, importa avançar na esteira das considerações de Fabiana Santos Dantas, quando ensina que além da aprovação de

⁹ Ainda, para recuperar da lição de André Saddy e Rodrigo Greco: “[...] paralelamente a esses entendimentos e apesar de a Lei de Ação Civil Pública servir de base legal para a criação de regulamentos sobre TAC, no âmbito das agências reguladoras, parece mais correto o entendimento de que os TACs sejam atos administrativos negociais, assim como entende Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 310). Como já exposto, os TACs têm natureza consensual; logo, são atos administrativos negociais, porque, de um lado, o causador do dano se obriga no campo do direito material e, de outro, o administrador aceita a solução. Também é uma atuação discricional. Afinal, caracterizam-se pela alternatividade, ou seja, tal decisão decorre da existência de uma pluralidade de opções ou alternativas em que a Administração detém a liberdade de escolha e fará, como se costuma mencionar, um juízo de conveniência e oportunidade para decidir pela sua celebração ou não. Acrescentar-se-ia a tal natureza negocial e discricional o fato de serem constitutivos, pois sempre criam, modificam e extinguem direitos e obrigações. Sendo assim, pode-se inferir que a natureza jurídica dos TACs em procedimentos sancionatórios regulatórios seria de um ato administrativo negocial, constitutivo e emanado com discricionariedade” (Saddy; Greco, 2015, p. 183).

projetos de restauro/reforma/requalificação, no âmbito de sua atividade fiscalizatória, o IPHAN também atua no licenciamento cultural de empreendimentos, visando à proteção de bens vulneráveis, especialmente arqueológicos e/ou paleontológicos, e eventuais impactos no patrimônio material, analisando estudos de impacto ambiental e autorizando a realização das etapas do licenciamento, quando observadas as exigências relativas ao meio ambiente sociocultural (Dantas, 2013). Ou seja, é ele responsável por avaliar e autorizar a realização de pesquisas arqueológicas em áreas que serão impactadas por empreendimentos que necessitam de licenciamento ambiental, segundo o site oficial do próprio IPHAN.

A legislação ambiental tem uma grande influência sobre a pesquisa arqueológica no Brasil. Quando os empreendimentos e os licenciamentos não observam as normas de proteção ao patrimônio cultural, conforme determina a Resolução CONAMA nº 01/1986, o IPHAN deverá atuar para proteger os bens culturais por meio de instrumentos administrativos como o embargo e termos de ajustamento de conduta, bem como propondo as ações judiciais cabíveis. Em síntese, o TAC é um dos instrumentos jurídicos utilizados pelo IPHAN para garantir a proteção do patrimônio cultural durante o licenciamento ambiental.

Para aprofundar no tema, cabe recuperar que a Portaria nº 159/2016 estabelece requisitos e procedimentos administrativos que devem ser observados pelo IPHAN durante a elaboração de um TAC:

O TAC deve ser elaborado à luz do art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, e da Portaria nº 187/2010, do Presidente do IPHAN; - O IPHAN deve instaurar procedimento administrativo para apurar a conduta irregular ou ilícita do infrator; - O infrator deve ser notificado para apresentar defesa no prazo de 20 (vinte) dias úteis; - Após a apresentação da defesa, o órgão deve analisar as provas e os argumentos apresentados pelo infrator e elaborar uma proposta de TAC; - A proposta deve ser encaminhada aos órgãos competentes para manifestação no prazo de 15 (quinze) dias; - Após a manifestação dos órgãos competentes, a proposta de TAC deve ser analisada pela Procuradoria Federal junto ao IPHAN em Brasília/DF; - Uma vez consolidada a proposta, os autos instruídos devem ser encaminhados à Procuradoria Federal junto ao órgão que instaurou o procedimento para análise de sua viabilidade jurídica; - O TAC deve ser celebrado por escrito e conter cláusulas que estabeleçam as obrigações do infrator, as sanções em caso de descumprimento e o prazo para cumprimento das obrigações; - O TAC deve ser homologado pelo Presidente do IPHAN e publicado no Diário Oficial da União (IPHAN, 2016).

Considerando-se que compreender sobre a utilização TAC pelo IPHAN, no campo da arqueologia, e as consequências delas advindas, é um dos pontos centrais do presente trabalho, vale trazer as bem lançadas impressões do pesquisador Mario Junior Polo, que em sua dissertação de mestrado, embora já defendida e publicada em 2014, portanto, há quase uma década, já afirmava que a eficiência do TAC para a proteção do patrimônio arqueológico é um

tema controverso, e que a pesquisa por ele realizada indicou que o ajuste de conduta pode atuar como um mecanismo menos rígido quanto às barreiras colocadas pelo licenciamento ambiental às obras de infraestrutura em andamento no país. Resultados de sua abalizada investigação sinalizam que a recorrência a este instrumento estaria ligada ao papel desempenhado pelo TAC frente ao precário aparato legal disponível aos atores institucionais para a prevenção às condutas ilícitas praticadas contra o patrimônio arqueológico (Polo, 2014).

Mario Junior Polo também corretamente afirma que o TAC tem sido utilizado como uma alternativa à falta de regulamentação das sanções penais e administrativas para a proteção do patrimônio arqueológico, mas sua eficácia em garantir a proteção desse patrimônio ainda é questionável. Os gestores e servidores do órgão encontram dificuldade em gerir sozinhos essas frentes de trabalho e em lidar com tais encargos, ao mesmo tempo em que sobre eles pesam muitas dúvidas e a falta de consenso quanto às medidas que podem ser propostas ou quanto às formas de negociação e condução do TAC. Além disso, destaca que a negociação e quitação dos TAC's têm sobrecarregado os técnicos da área, criando frentes de trabalho e de fiscalização e demandando por consultoria jurídica (Polo, 2014).

Ainda que se deve fazer aqui a ressalva de que uma fonte unitária de referência em geral não é o mais indicado para se assentar considerações e conclusões mais sólidas sobre determinado tema, mas por ser um dos poucos trabalhos mais aprofundados e específicos sobre tema, recorre-se novamente a Mario Junior Polo, quando o autor trata da presença de entes estatais como compromissários frequentes nos TAC's em arqueologia. Entre os entes estatais identificados estão a União, Estados e Municípios, além de entes da Administração Pública indireta, como o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), a Eletrobras e órgãos estaduais de infraestrutura e de rodagens. Para ele, a projeção do número de compromissários da Administração Pública aponta para o despreparo desses entes estatais quanto ao cumprimento da legislação ambiental e para a não inclusão das pesquisas arqueológicas e da avaliação do impacto ao patrimônio cultural no planejamento de suas obras (Polo, 2014).

E, por meio de um levantamento realizado junto às Superintendências estaduais do IPHAN, verificou a proeminência das obrigações compensatórias sobre as demais soluções oferecidas pelo ajuste de conduta. As obrigações compensatórias são medidas que visam compensar os impactos gerados pelos empreendimentos ao patrimônio arqueológico. Essas

obrigações podem incluir ações de conservação, restauração, monitoramento, ensino, formação e capacitação, além da criação de museus e centros de visitação, dentre outras, que devem ocorrer em caráter excepcional, apenas quando não há possibilidade de reparação específica do dano e constituem a maioria dos casos analisados, até pela sua potencialidade de antes mais comprometer do que efetivamente beneficiar a preservação dos bens arqueológicos em si (Polo, 2014).

Quanto aos comprometentes, há um número significativo de casos em que o IPHAN figura sozinho e, assim, como único órgão público a tomar o compromisso. Seguindo na abalizada pesquisa de Mario Junior Alves Polo (2014), o autor identificou que:

[...] os dispositivos existentes não foram suficientes para a implementação de uma rotina sistemática de fiscalização do patrimônio arqueológico no IPHAN, o que tornou o TAC uma opção mais viável e maleável para a proteção desse patrimônio (p. 24).

Algumas dificuldades foram detectadas na realização de TAC's em arqueologia. Uma delas é a falta de comunicação com as empresas responsáveis pelos ilícitos, que muitas vezes não possuem representação em todos os Estados. Isso ocorre com frequência quanto a empresas estatais, cujas sedes geralmente se encontram em Brasília ou em grandes capitais, havendo representação restrita ou esporádica em certos estados.

Para alguns exemplos de TAC's realizados para a proteção do patrimônio arqueológico, pode-se indicar o TAC firmado entre o IPHAN e a empresa Vale S.A., que previa a realização de estudos arqueológicos em áreas de influência de empreendimentos minerários da empresa. Outro exemplo é o TAC firmado entre o IPHAN e a empresa Petrobras, que previa a realização de estudos arqueológicos em áreas de influência de empreendimentos petrolíferos da empresa. É imperioso ressaltar que cada caso possui suas particularidades, e que, portanto, a utilização do TAC deve ser avaliada de acordo com cada situação. Outrossim, o instrumento não deve ser utilizado como única solução para os diversos conflitos relacionados à proteção do patrimônio arqueológico pré-histórico nacional.

4 O TAC E A DIMENSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSERTADA APLICADA NO CONTEXTO DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO ARQUEOLÓGICO PRÉ-HISTÓRICO NACIONAL

O advento da Lei nº 7.347/1985, que introduziu a Ação Civil Pública no ordenamento pátrio, outorgando ao Ministério Público e a outras entidades legitimidade concorrente para sua iniciativa, marca o surgimento de uma relevante ferramenta jurídico-normativa de tutela efetiva de interesses difusos e coletivos, originalmente previstos em relação *numerus clausus* nos incisos I a III do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública (Carvalho, 2004). Embora o assunto não seja pacífico, Fredie Didier Junior, em palestra proferida em evento da EMERJ, em 25 de setembro de 2019, cita a referida lei como sendo o primeiro dentre os exemplos históricos de previsão normativa envolvendo as transformações do Direito Administrativo brasileiro (Didier Junior, 2019). Esta lei foi a primeira a introduzir os novos ares de consensualidade no Direito Administrativo brasileiro, quando autorizou o compromisso ou TAC, em seu art. 5º, § 6º, na redação trazida pela Lei nº 8.078/1990.¹⁰

Ainda, sobre o tema, segundo Eduardo Santos de Carvalho (2004), a “CF/88 alçou a Ação Civil Pública ao plano constitucional, consagrando-a como função institucional do Ministério Público, ampliando a sua incidência para a tutela de quaisquer interesses difusos ou coletivos, antes mesmo de a Lei nº 8.078/90 acrescentar o inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347/85”.

Sobre as transformações ocorridas no Direito Administrativo brasileiro, que chega neste século alçado à condição de um Direito Administrativo democrático, cumpre recuperar algumas das suas balizas centrais:

[...] a construção conceitual e normativa dos elementos necessários a superação de um modelo tradicional de Administração Pública, em larga medida engessado, inflexível e insuficientes às crescentes e complexas demandas da sociedade contemporânea, já estão postos desde o advento da Constituição Federal. No Brasil, a nova ordem constitucional não representa apenas uma superação normativa do regime antigo, seu nascimento vem acompanhado de uma profunda esperança social e política de que enfim seja possível a edificação de um autêntico Estado republicano, social e democrático de direito. A construção de um renovado regime jurídico-administrativo deve ser edificada sobre as bases do fenômeno do movimento de constitucionalização do Direito em geral, e do Direito Administrativo em especial. Sob as balizas teóricas fundamentais que informam o constitucionalismo de terceira dimensão, as teorias do neoconstitucionalismo dadas teses de supremacia da Constituição, da defesa dos direitos fundamentais, da força normativa dos princípios constitucionais, da nova hermenêutica fundada na proporcionalidade e no modelo de ponderação de interesses. No âmbito da disciplina jurídico-administrativa, com a crise do modelo de subsunção normativa e da própria centralidade monolítica da legalidade administrativa, como fator único e insuprimível da atuação administrativa, emerge um novo padrão de

¹⁰ “Art. 5º [...] § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.” (BRASIL, 1990)

justificação e funcionalidade do agir administrativo, a perspectiva aberta, dinâmica e complexa de concretização do sistema constitucional de regras e princípios, a incidir e determinar o agir administrativo de forma direta e imediata, em muitos casos com a própria dispensabilidade da mediação legislativa (Cristóvam, 2015, p. 219).

Com efeito, é cada vez mais crescente a ideia de que somente devem ser mantidas as prerrogativas administrativas se, estiverem expressamente assentadas na ordem constitucional ou infraconstitucional, e além disso, se forem imprescindíveis à satisfação de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais.¹¹ Ainda sobre o tema, em arremate:

Somente nestes estreitos limites é que mantém sua legitimidade. A verticalidade, a assimetria, a imperatividade e a autoridade administrativa vêm ceder espaço à horizontalidade, à isonomia, à consensualidade e à democracia participativa na formação da decisão administrativa, com a exigência de eficácia da máquina pública. Estes são os parâmetros do novo regime-jurídico-administrativo, que informa o paradigma emergente da Administração pública democrática (Cristóvam, 2015, p. 328).

É nesta perspectiva que se dá a presente abordagem, voltado à análise de um instrumento utilizado na proteção do patrimônio arqueológico pré-histórico nacional, o TAC, que se mostra *a priori* alinhado a essas dimensões de uma Administração Pública democrática, concertada, com a valorização da participação, da negociação e da busca de consenso nos procedimentos e no processo de tomada de decisão administrativa, cujas manifestações extrapolam as formas contratuais típicas, de modo a responder a novas necessidades que se impõem ao Estado contemporâneo. Administração concertada aqui entendida como aquela que se abre à participação e busca o consenso como instância constitutiva da sua manifestação - seja de modo unilateral, bilateral ou multilateral.

Para retomar as lições de André Saddy e Rodrigo Greco (2015, p. 171), em trabalho sobre TAC em procedimentos sancionatórios regulatórios, expõem o seguinte:

[...] os TACS são instrumentos consensuais substitutivos ou suspensivos de composição de conflitos entre a Administração e, nos casos de procedimento administrativo sancionador, os infratores, com o fim de almejar interesses públicos específicos. Três são, portanto, as características desses acordos: (I) a consensualidade, inerente de qualquer acordo; (II) a alternatividade, necessária à substituição ou suspensão; e (III) a finalidade pública, decorrente do interesse público específico.

¹¹ Entretanto, é mister enfatizar que “não se pode negar que a construção deste novo modelo de Administração Pública democrática, participativa, consensual e pluralista depende de uma série de fatores, que ultrapassam, em muito, as limitadas cercanias do discurso jurídico. Seus contornos se espraiam pelas dimensões políticas, econômicas e sociais de um Estado democrático ainda em construção, carente de um radical aprofundamento da cultura da cidadania, e de uma construção republicana da esfera pública (efetiva publicização da esfera pública). Mas o debate jurídico pode oferecer um robusto e sofisticado instrumental teórico e crítico, capaz de contribuir para o progressivo e contínuo avanço de um modelo de Administração Pública democrática e de um renovado Direito Administrativo fundado na defesa e promoção dos direitos fundamentais” (Cristóvam, 2015, p. 328).

A consensualidade, reforçada no contexto da Administração concertada, busca de cada parte envolvida a vantagem em firmar tal instrumento. A convergência de interesses, dessa forma, é crucial para o sucesso de qualquer tentativa de assinatura dos TACs. Consequência prática de tal característica é a forma de instauração do procedimento administrativo, que poderá ocorrer de ofício ou por solicitação/requerimento do agente regulado. Como ato administrativo bilateral que é, não existe obrigação de adesão para o infrator nem para a Administração, podendo qualquer um destes, se não existir incentivo para sua celebração, preferir a via litigiosa.

A alternatividade também é outra característica desses acordos substitutivos/suspensivos, pois, como o próprio nome indica, devem existir opções ou alternativas na lei ou no regulamento normativo que possibilitem a substituição da sanção como, por exemplo, a multa, por um acordo em que, de forma consensual, as partes busquem estabelecer um ajuste à suposta infração realizada. Não poderia existir, assim, uma única opção. É imprescindível que, existindo uma pluralidade de meios que satisfaçam os imperativos regulatórios, deva a Administração optar por aquele que seja mais vantajoso para ela diante do caso concreto, que poderá não ser a aplicação da sanção, mas sim a celebração do acordo substitutivo/suspensivo.

Ademais, o interesse público afetado no caso concreto deve ser identificado e preservado na máxima extensão e profundidade possível, preferencialmente pela via consensual, com as partes buscando as formas de correção que melhor beneficiem os atores e interesses que jogam/disputam espaço no caso concreto, de modo a adequar a conduta dos agentes econômicos às disposições legais, regulamentares ou contratuais. E isso significa que, conquanto exista uma margem de atuação aberta da Administração para realizar tais acordos, poderá ela, eventualmente, reduzir-se a uma única opção, inclusive em determinados casos porque a situação em concreto acaba indicando que a penalidade deve ser substituída por uma prestação positiva em favor da sociedade, de forma a respeitar dimensões principiológicas como a eficiência e a economicidade. Desse modo, a margem de atuação aberta para a tomada da decisão administrativa reservará à Administração a possibilidade de ponderar acerca das diferentes medidas passíveis de aplicação em concreto e, assim, eleger quando viável/cabível a partir de uma atuação consensual/dialogada em conjunto com a parte infratora, os meios/ações/medidas mais consentâneas com o interesse público que se deve sempre mirar e proteger.¹²

Inclusive, nessa mesma esteira apontam as alterações trazidas à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB,¹³ por meio da Lei nº 13.655/2018, que claramente consagraram o modelo de atuação e controle consensual da Administração Pública, mediante o

¹² Sobre a dimensão conceitual e a questão da centralidade do interesse público, ver: Cristóvam, 2018; Cristóvam, 2019.

¹³ Sobre a LINDB, ver: Cristóvam; Sousa, 2020.

estabelecimento de mecanismos bilaterais que homenageiam a noção de consensualidade, como serve de exemplo o permissivo geral do seu art. 26 (Ferraz, 2018).

Vê-se, portanto, que, na esteira das transformações do Direito Administrativo, a LINDB traduz normativamente a consensualidade como uma realidade que já se implantou no “espírito legislativo” brasileiro, e parece ter vindo para ficar.

De acordo com Prado Filho (2021), a noção de consensualidade é homenageada pelas alterações na LINDB, por meio do estabelecimento de mecanismos bilaterais que permitem a celebração de acordos entre as partes envolvidas, como o compromisso processual – art. 27 – e o compromisso com os interessados – art. 26. Esses mecanismos incentivam a resolução consensual de controvérsias e a promoção do diálogo entre as partes, em vez de recorrer à resolução adversarial de conflitos, quer pela via administrativa quer por meio das instâncias judiciais.

Além disso, a LINDB também aponta no sentido de que a Administração Pública deve buscar soluções consensuais para os conflitos, sempre que possível, e que a interpretação das normas jurídicas deve levar em conta a busca pela conciliação e a solução consensual de controvérsias, o que acaba por apontar no sentido de que, embora com inegáveis ressalvas e consistentes críticas aos possíveis efeitos negativos, o uso do TAC na arqueologia estaria, *a priori*, afinado com essa dimensão da Administração Pública concertada, longe, com isso, de se sustentar o TAC como elixir para todos os males e muito menos festejar sua eventual aplicação inadequada e dissociada da melhor defesa dos interesses da coletividade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo procurou promover uma aproximação entre três temas: a proteção do patrimônio arqueológico pré-histórico nacional, o uso dos TAC's no âmbito de uma modelagem de Administração Pública concertada, inter-relacionando-os com o fito de compilar informações sobre como se dá a proteção deste patrimônio no contexto da consensualidade, mais especialmente na atuação do IPHAN.

Proteger o patrimônio arqueológico pré-histórico nacional é mais do que importante, trata-se de uma determinação constitucional clara e inescapável, centralmente abrangida pelo sistema constitucional de salvaguarda do patrimônio cultural, até porque permite

desvendar conhecimentos sobre os primórdios da humanidade. Tudo o que se sabe sobre o modo de vida dos primeiros *homo sapiens* que habitaram a Terra se deve a estudos realizados a partir dos achados arqueológicos, como pinturas rupestres, fósseis e artefatos. O patrimônio cultural arqueológico pré-histórico nacional é considerado direito fundamental, sendo que sua preservação é um dever do Poder Público e um direito/dever de todos os cidadãos, com a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para protegê-lo.

O século XXI experimenta o fenômeno de uma Administração Pública democrática, concertada, dialógica e participativa, que valoriza a participação, a negociação e a busca de consenso nos procedimentos e na tomada da decisão administrativa. Neste contexto, o TAC desponta como instrumento aplicado à arqueologia pelo IPHAN, numa forma de solução administrativa não-adversarial de conflitos, tendo como objeto a adequação do agir de um violador ou potencial violador de um direito transindividual (direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) às exigências legais, valendo como título executivo extrajudicial.

No entanto, a eficiência do TAC para a proteção do patrimônio arqueológico é um tema controverso, sobretudo por conta de consideráveis situações de externalidades negativas dele decorrentes. Ou seja, embora acobertado pela dimensão da legalidade e afinado com os ventos da consensualidade do Direito Administrativo, caberia um debate mais aprofundado no sentido de maximizar suas eventuais vantagens e, sobretudo, buscar a mitigação das desvantagens do uso do TAC para a proteção do patrimônio arqueológico pré-histórico nacional.

Aqui, sem qualquer pretensão de oferecer um inventário exaustivo e aprofundado acerca do tema, mas apenas para apontar algumas dimensões de pontos positivos e externalidades negativas, pode-se indicar o seguinte:

A) Enquanto vantagens:

1. Solução administrativa/extrajudicial de conflitos: o TAC é uma medida de solução administrativa/extrajudicial de conflitos, o que significa que pode ser utilizado para resolver questões relacionadas à proteção do patrimônio arqueológico pré-histórico nacional sem a necessidade de recorrer ao Judiciário;

2. Flexibilidade: o TAC pode ser flexível e adaptável a peculiaridades e demandas específicas de cada caso, permitindo que as partes envolvidas cheguem a um acordo que atenda às expectativas das partes diretamente envolvidas, sem descuidar do interesse público que deve ser o norte constante de toda a atuação do Poder Público;

3. Participação da sociedade civil: o TAC permite envolver a participação da sociedade civil, dos órgãos públicos e dos pesquisadores na busca de soluções extrajudiciais para conflitos relacionados à proteção do patrimônio arqueológico pré-histórico nacional;

4. Implementação de medidas compensatórias: o TAC permite prever a implementação de medidas compensatórias, como a criação de museus e centros de visitação, que contribuem para a preservação e divulgação do patrimônio arqueológico pré-histórico nacional.

B) Enquanto desvantagens:

1. Obrigações compensatórias que escapam à proteção do patrimônio arqueológico ameaçado: Abre-se a possibilidade de que, se mal conduzido, as obrigações compensatórias previstas no TAC podem não estar diretamente relacionadas à proteção do patrimônio arqueológico ameaçado, de forma a comprometer a efetividade do instrumento;

2. O instrumento pode ser empregado como um mecanismo mais maleável quanto às barreiras colocadas pelo licenciamento ambiental às obras de infraestrutura em andamento no país, inclusive de forma a afrouxar ainda mais um já por vezes comprometido sistema de salvaguarda eficiente e eficaz do patrimônio arqueológico pré-histórico nacional;

3. O TAC tem sido utilizado como uma alternativa à falta de regulamentação das sanções penais e administrativas para a proteção do patrimônio arqueológico, mas sua eficácia em garantir a proteção desse patrimônio mostra-se bastante questionável;

4. Deficiências estruturais, infraestruturais e de pessoal do IPHAN acaba por fazer com que os gestores e servidores do órgão encontrem sérias dificuldade em gerir sozinhos essas frentes de trabalho e lidar com tais encargos, ao mesmo tempo em que sobre eles pesam muitas dúvidas e a falta de consenso quanto às medidas que podem ser propostas ou quanto às formas de negociação e condução do TAC, o que traz indesejável dimensão de insegurança do ponto de vista jurídico e material.

Em síntese, pode-se concluir que, dentre as medidas protetivas do patrimônio arqueológico pré-histórico nacional, a utilização do TAC tem sido importante, nada obstante as involvidáveis controvérsias quanto aos benefícios de sua aplicabilidade. Portanto, cabe ao Poder Público implantar medidas mais eficientes de patrulhamento e prevenção de danos, dar efetividade a legislação protetiva já existente, assim como instrumentalizar os órgãos de proteção com maiores investimentos em estrutura, infraestrutura e pessoal, de modo a possibilitar a efetiva salvaguarda desse importante patrimônio cultural do país.

A fragilidade protetiva em que se encontram muitos destes bens aponta claramente para a necessidade de um conjunto ordenado e articulado de medidas estruturadas a partir de uma efetiva política pública¹⁴ de proteção e preservação patrimônio arqueológico pré-histórico nacional, de modo a salvaguardá-lo para as gerações futuras. Mais do que uma obrigação normativa constitucional e infraconstitucional, trata-se de um imperativo ético e sociopolítico intergeracional – uma dívida tanto de ação (proteção) como de abstenção (não mutilação) que temos com os nossos filhos, netos e bisnetos!

REFERÊNCIAS

BAETA, Alenice. PROUS, André. SALES, Hugo. Sítio arqueológico Lapa Vermelha ameaçado por fábrica de cerveja. **Observatório das Metrópoles** [página da *web*], 21 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.observatoriodasmetrololes.net.br/sitio-arqueologico-lapa-vermelha-ameacado-por-fabrica-de-cerveja/> Acesso em: 15 set. 2023.

BITERCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê. **O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnóstico, diretrizes e propostas**. Curitiba: Íthala, 2021.

BITERCOURT NETO, Eurico. A Administração concertada. *In*: GOMES, Carla Amado. NEVES, Ana Fernanda. BITERCOURT NETO, Eurico (Coord.). **A prevenção da corrupção e outros desafios à boa governação da Administração Pública**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas - Centro de Investigação de Direito Público (ICJP/CIDP), 2018.

¹⁴ A instigante e central temática das políticas públicas tem suas especificidades, mas não é objeto do presente estudo. Para estudos sobre tema, ver: Bucci, 2013, Bitercourt; Reck, 2021, e Cristóvam, 2007.

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil**. [Constituição Federal de 1988]. Brasília, DF, 1988a. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 30 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, em 24 de julho de 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 30 set. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dalari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. *In*: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, 2001.

CARVALHO, Eduardo Santos de. Ação civil pública: instrumento para a implementação de prestações estatais positivas. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, RJ, (20), 2004. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2784909/Eduardo_Santos_de_Carvalho.pdf. Acesso em: 30 set. 2023.

CAVALCANTE, Pedro. Governança e inovação em políticas públicas: intersecções de uma fértil agenda de pesquisa. **Boletim de Análise Político-Institucional**, n. 29, jun. 2021. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/boletim_analise_politico/214043_BAPI_29_Artigo_6.pdf. Acesso em: 30 set. 2023.

CONAMA, Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução nº 1, de 23 de janeiro de 1986**. Diário Oficial da União, 17 de fevereiro de 1986. Disponível em: <http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=8902> Acesso em: 17 set. 2023.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva Cristóvam. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio Silva. Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 802, 13 set. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7258/algumas-consideracoes-acerca-do-controle-jurisdicional-do-merito-administrativo>. Acesso em: 7 dez. 2023.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Considerações acerca do controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). **Direito e processo: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, v. 01, p. 233-250.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O interesse público no divã da psicanálise: para um conceito bidimensional de interesse público. **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, Curitiba, v. 3, n. 52, p. 275-299, 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3059/371371593>. Acesso em: 29 out. 2023.

CRISTÓVAM, José Sergio da Silva. Sobre a noção de bem comum no pensamento político ocidental: entre becos e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 107-134, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://periodicos.uesc.br/index.php/dike/article/view/3575/2315>. Acesso em: 29 out. 2023.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. O controle da Administração Pública no contexto do constitucionalismo contemporâneo: um debate a partir das mudanças trazidas pela LINDB. In: GORCZEVSKI, Clóvis (Org.). **Direitos humanos e participação política**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2020.

DANTAS, Fabiana Santos. O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN): um estudo de caso. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 264, p. 223-243, set./dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/14082/12951/29108>. Acesso em: 30 set. 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie. LINDB e Administração Pública. **EMERJ**. Youtube, 25 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=t74tylQVvuQ&t=1s>. Acesso em: 29 set. 2023.

FERRAZ, Luciano. LINDB consagra controle consensual da Administração Pública. **Revista Consultor Jurídico**, 7 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/interesse-publico-lindb-consagra-controle-consensual-dministracao-publica>. Acesso em: 20 set. 2023.

GIOVANAZ, Daniel Piassa Giovanaz. Sítio arqueológico com peças de 6 mil anos está ameaçado por casas em SC. **TILT UOL** [página da *web*], Florianópolis: 21 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/ultimas-noticias/redacao/2016/05/21/sitio-arqueologico-com-pecas-de-6-mil-anos-esta-ameacado-por-casas-em-sc.htm> Acesso em: 10 set. 2023.

GUSSO, Luana de Carvalho Silva; GOMES, Nestor Castilho. Patrimônio cultural e direitos fundamentais: os desafios para uma “ordenação constitucional da cultura. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 9, n. 17, ago./dez. 2017. Disponível em: <https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/issue/view/18/17>. Acesso em: 01 out. 2023.

IPHAN, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. **Licenciamento ambiental**. Portal IPHAN [página da *web*]. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/315>. Acesso em: 16 set. 2023.

IPHAN, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. **Patrimônio arqueológico**. Portal IPHAN [página da *web*]. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/315>. Acesso em: 16 set. 2023.

IPHAN, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. **Portaria nº 159, de 11 de maio de 2016**. Regulamenta os requisitos e procedimentos para celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC pelo IPHAN. 2016.

IPHAN, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. **Carta de Lausanne**. Carta para a gestão e proteção do Patrimônio Arqueológico ICOMOS/ ICAHM. 1990. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Lausanne%201990.pdf>. Acesso em: 13 set. 2023.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 27, ago/set/out. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANO-AZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>. Acesso em: 02 de abril de 2014.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Responsabilidade civil por danos ao patrimônio arqueológico. **Revista Consultor Jurídico**. 1 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-01/ambiente-juridico-responsabilidade-civil-danos-patrimonio-arqueologico#author>. Acesso em: 19 set. 2023.

MOTTA, Lucas. Ação civil pública e compromisso de ajustamento de conduta – CAC/TAC. **Jusbrasil**, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/acao-civil-publica-e-compromisso-de-ajustamento-de-conduta-cac-tac/869805613>. Acesso em: 28 set. 2023.

NIEBURH, Pedro de Menezes. **Processo administrativo ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

OLIVEIRA, Regiane. Record é condenada a pagar dois milhões de reais por pintar de branco arte rupestre em Diamantina. **El País**, São Paulo: 16 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-02-16/record-e-condenada-a-pagar-dois-milhoes-de-reais-por-pintar-de-branco-arte-rupestre-em-diamantina.html> Acesso em: 12 set. 2023.

POLO, Mario Junior Alves. **Dos instrumentos jurídicos e práticas do IPHAN para a arqueologia: o termo de ajustamento de conduta**. Dissertação (Mestrado) – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, Mestrado Profissional em Preservação do Patrimônio Cultural, Rio de Janeiro, 2014.

PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. LINDB – Mudança cultural para uma administração pública mais racional e eficiente. **Migalhas**, 29 de abril de 2021. Disponível em: <https://almeidapradoadv.com.br/lindb-mudanca-cultural-para-uma-administracao-publica-mais-racional-e-eficiente/>. Acesso em: 02 out. 2023.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. **Revista de Informação Legislativa**, ano 52, nº 206, abr./jun. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p165.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TV BRASIL. Sítio arqueológico no Vale do São Francisco está ameaçado. **Agência Brasil** [página da *web*], Empresa Brasil de Comunicação: 12 de julho de 2018. Disponível em: <https://tvbrasil.ebc.com.br/reporter-brasil/2018/07/sitio-arqueologico-no-vale-do-sao-francisco-esta-ameacado> Acesso em: 14 set. 2023.