



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

Excelentíssimo Juiz Federal da 1ª Vara Federal de Capão da Canoa – Seção Judiciária do Rio Grande do Sul

Autos Eletrônicos nº 5002950-65.2013.4.04.7121

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, através de seu agente signatário, nos autos da ação civil pública ajuizada em face da **UNIÃO**, do **INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL – IPHAN** e do **MUNICÍPIO DE XANGRI-LÁ/RS**, vem, à presença de Vossa Excelência, com base no disposto no art. 1.009 do Código de Processo Civil de 2015, interpor recurso de

APELAÇÃO

tendo por objetivo a reforma das sentenças dos eventos nºs 369 e 387 (embargos de declaração), proferida pelo Juiz Federal Substituto da 1ª Vara Federal de Capão da Canoa/RS. Para tanto, requer o recebimento do presente recurso, acompanhado de suas razões, bem como sua regular distribuição e instrução perante a Corte.

Capão da Canoa, 16 de novembro de 2017.

ANDRÉ CASAGRANDE RAUPP

Procurador da República



Recurso de Apelação

Ação Civil Pública nº 5002950-65.2013.4.04.7121

Autor: Ministério Público Federal

Réus: União, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN e Município de Xangri-Lá/RS

Juízo de origem: Juízo Substituto da 1ª Vara Federal de Capão da Canoa/RS

RAZÕES RECURSAIS

Egrégio Tribunal
Eminente Relator(a)
Insignes Magistrados(as)
Douta Procuradoria Regional da República

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada em desfavor da UNIÃO, do INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL – IPHAN e do MUNICÍPIO DE XANGRI-LÁ/RS, que objetiva, em resumo, ordem judicial que determine aos demandados, por meio de medidas pontuais, a preservação e proteção dos sambaquis localizados no Município de Xangri-Lá/RS, que se encontram em estado de abandono e degradação, a despeito da previsão constitucional e legal de conservação desse patrimônio histórico.

A antecipação dos efeitos da tutela foi parcialmente deferida (evento nº 32), restando fixado: a) o prazo de 60 dias para que o IPHAN realizasse a delimitação técnica



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

e precisa das áreas dos Sambaquis do Capão Alto e do Guará, bem como da área a ser reservada em seu entorno para garantir a sua proteção; b) o prazo de 15 dias para que o Município, supervisionado pelo IPHAN, instalasse 04 placas indicativas em cada um dos sambaquis, em pontos estratégicos, para serem vistas de todos os ângulos, fazendo constar os seguintes dizeres: 'Nome do Sambaqui. Patrimônio Histórico. Proibida a entrada sem autorização do IPHAN e da Prefeitura de Xangri-la. Área objeto da Ação Civil Pública nº. 5002950-65.2013.404.7121, em trâmite na Justiça Federal de Capão da Canoa. Autor - Ministério Público Federal. Proibidas novas construções. Proibido o depósito de lixo. Dever de preservação por toda a comunidade.'; c) o prazo de 15 dias para que o Município apresentasse fotos aéreas da área dos dois sambaquis suficientes para identificar com precisão qual a ocupação atual da área e seus entornos. A decisão liminar determinou, ainda, ao Município, a abstenção de emissões de alvarás e expedição de "habite-se" para obras e construções nas proximidades da parte visível dos sambaquis e a fiscalização rotineira e efetiva no local.

Realizada audiência de conciliação (evento nº 64), definiu-se um cronograma para cumprimento da liminar.

Apresentadas as contestações pelo Município (evento nº 97), pelo IPHAN (evento nº 98) e pela União (evento nº 99), este Órgão Ministerial apresentou réplica (evento nº 147).

No evento nº 152, foi juntado pelo Município de Xangri-Lá documentação comprovando o cercamento dos sambaquis.

O IPHAN, no evento nº 169, PET1, recomendou a realização de um trabalho de diagnóstico arqueológico interventivo, a fim de permitir uma delimitação com segurança do perímetro para cercamento definitivo. A fim de discutir-se o assunto, foi realizada audiência (evento nº 182).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

Face à necessidade de contratação de empresa especializada para realizar o estudo arqueológico, foi o feito suspenso pelo prazo de seis meses (evento nº 205).

Decorrido o prazo e novamente intimado, o IPHAN juntou aos autos o relatório de prospecção arqueológica intensiva, realizado pela empresa Sapienza Arqueologia e Gestão do Patrimônio Arqueológico (evento nº 230, PROCADM2 e PROCADM3) e, após, juntou relatório final sobre o estudo em questão (evento nº 236, PARECER2).

Maria Nilda Marrone e Hélio Marrone requereram seu ingresso no feito, sob o fundamento de serem proprietários de imóvel que se sobrepõe à área do Sambaqui do Guará (evento nº 232), o que foi deferido (evento nº 237).

Diante da conclusão do estudo de prospecção arqueológica, este *Parquet* requereu a reapreciação do requerimento de antecipação dos efeitos da tutela 'a' da exordial (evento nº 247).

Rodrigo Ferreira dos Santos, também sob a alegação de ser proprietário de área abarcada pelo Sambaqui do Guará, requereu seu ingresso no feito (evento nº 252), que foi acolhido pelo Juízo (evento nº 259).

Foram realizadas mais duas audiências de conciliação (eventos nºs 276 e 310), as quais restaram inexitosas.

No evento nº 311, foi acostado o Parecer nº 1018/2016 do IPHAN, apresentando rol de lotes que se sobrepõem com as áreas dos sambaquis.

Posteriormente, a União requereu que fosse determinado ao Município



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

de Xangri-Lá para que procedesse à definição exata da área a ser preservada (evento nº 323). O Município, por sua vez, requereu que tal definição fosse determinada ao IPHAN, especialmente no que diz respeito ao entorno da área dos sambaquis (evento nº 326).

Este Órgão Ministerial, então, manifestou-se acerca da definição das áreas a serem preservadas para proteção dos sambaquis, requerendo, ao final, que fosse determinada a adoção das providências necessárias para conclusão do cercamento dos sítios arqueológicos por parte do Município de Xangri-Lá, bem como reiterou os termos do pedido "b" da manifestação do evento nº 247 (evento nº 339).

Os requerimentos formulados pela União e pelo Município de Xangri-Lá, respectivamente nos eventos nºs 323 e 326, foram indeferidos, abrindo-se prazo para apresentação de memoriais (evento nº 342), os quais foram acostados nos eventos nºs 353, 356, 357, 366 e 367.

Por fim, sobreveio sentença, julgando parcialmente procedentes os pedidos (evento nº 369). O interessado Rodrigo Ferreira dos Santos interpôs recurso de apelação (evento nº 383). O Município, ao seu turno, opôs embargos de declaração (evento nº 385), os quais foram acolhidos (evento nº 387).

Vieram os autos ao Ministério Público Federal.

É o que releva relatar.



II – FUNDAMENTAÇÃO

II.I – Necessidade de adoção de medidas efetivas e definitivas para preservação e valorização dos sambaquis de Xangri-Lá

Os sambaquis são um tipo de sítio arqueológico, caracterizados por serem, geralmente, uma elevação de forma arredondada, constituída por restos faunísticos como conchas, ossos de peixe e de mamíferos, contando também com inúmeros artefatos de pedra e osso. A palavra tem origem no idioma Tupi, e significa “monte” ou “amontoado de conchas”. Segundo a literatura arqueológica, esses monumentos possuem origem antropogênica, isto é, são derivados de atividades humanas, tendo como uma de suas principais finalidades servirem como local de sepultamento e culto aos mortos. Em suma, podem ser definidos como uma elevação ou colina, criadas a partir da ação de habitantes pré-históricos do Brasil, resultante da acumulação de conchas e ossos, com forte significado simbólico para seus construtores.

Constituindo patrimônio cultural, histórico e arqueológico nacional, os sambaquis gozam de ampla proteção no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que impõe-se ao Poder Público e à coletividade o dever de proteção desses bens, obrigação esta que decorre da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional.

De acordo com o art. 215¹ da Constituição Federal, é dever do Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional. Nesse contexto, o art. 216² da Carta Magna dispõe expressamente que os sítios

1 Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. [...]

2 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.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

arqueológicos constituem patrimônio cultural brasileiro. Quanto à proteção dos sambaquis, o texto constitucional estabelece, no mesmo art. 216, § 1º, que “**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**” (grifou-se).

Além disso, a Carta da República dispõe que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao **meio ambiente** e ao **patrimônio histórico e cultural** (art. 5º, inciso LXXIII). O art. 30, inciso IX, determina que compete aos Municípios “promover a proteção do **patrimônio histórico-cultural local**, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual” (grifou-se). Outrossim, **os sítios arqueológicos são bens da União**, a teor do que dispõe o art. 20, inciso X, da CF/88.

No plano infraconstitucional, cumpre dar especial destaque às disposições da Lei nº 3.924/1961:

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 acôrdo com o que estabelece o [art. 175 da Constituição Federal](#).

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

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

[...]

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 *a* do artigo anterior, antes de serem devidamente pesquisados, respeitadas as concessões anteriores e não caducas. (grifou-se)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

Nesta senda, a identificação e preservação do patrimônio cultural brasileiro é a missão e finalidade do IPHAN, nos termos do art. 2º do seu regimento interno (Portaria nº 92/2012 do Ministério da Cultura):

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. (grifou-se).

Tais premissas demonstram a intenção constitucional e legal em preservar o patrimônio cultural/arqueológico brasileiro que, além de constituírem bens da União, integram o meio ambiente e se encontram, no presente caso, bastante ameaçados pela antropização local. Desta forma, proteger os sambaquis é, em outras palavras, proteger o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural do Brasil.

No caso dos autos, os fatos noticiados na inicial, consubstanciada nas informações contidas no inquérito civil que a embasou, restaram suficientemente comprovados no decorrer da instrução processual, mormente após o estudo de prospecção arqueológica interventiva (evento nº 230) e relatório final apresentado pelo IPHAN (evento nº 236, PARECER2), e, a despeito da execução de algumas medidas preventivas de proteção aos sítios arqueológicos (cercamento provisório, instalação de placas informativas e a determinação de não emissão de alvarás e "habite-se" por parte da Prefeitura de Xangri-Lá), a sentença deve ser reformada, a fim de que os pedidos formulados na presente ação civil pública sejam julgados integralmente procedentes, pois só assim serão adotadas as medidas necessárias e definitivas para a preservação daquele patrimônio cultural.

Com efeito, o estudo de prospecção arqueológica interventiva, realizado por empresa especializada e posteriormente ratificado pelo IPHAN, revelou com clareza as



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

reais dimensões dos dois sítios arqueológicos de Xangri-Lá, nos quais constatou-se a existência de quantidade significativa de material conchífero e, curiosamente, através de testes de datação com amostras extraídas dos sambaquis, o material arqueológico mais antigo já encontrado no Litoral Norte Gaúcho. Neste ponto, confira-se alguns trechos do estudo:

As quatro amostras datadas produziram resultados interessantes. Em Capão Alto o nível mais profundo do sítio, detectado a 120 cm no teste 09 norte interno, confirmou a autenticidade desta camada profunda do sambaqui e produziu uma data antiga para o sítio, na verdade, **a mais antiga até o momento obtida para o litoral norte gaúcho: 4280-40 aP (antes do Presente)**. Calibrada, **esta datação se situa em torno de 4400 anos aP**". [...]"Cabe observar que o sambaqui Capão Alto exhibe considerável longevidade, algo em torno de mil anos aproximadamente. **Esta grande longevidade faz deste sítio um marco territorial de grande importância, já que foi usado por numerosas gerações de maneira aparentemente contínua, o que o torna referência significativa para os processos de ocupação do território e das lagoas pelos sambaquieiros**". [...] "a datação proveniente do perfil no topo do sambaqui Vila Guará, 1100 anos aP, é bem mais recente do que as obtidas no Capão Alto. Esta defasagem cronológica apresenta dois aspectos interessantes. Primeiro, confirma um padrão de ocupação mais recuada do miolo da barreira, e mais recente nos terrenos que se foram colmatando ao longo do Holoceno recente, como é o caso de Vila Guará. Segundo, articulando estas datações com a variação das espécies de moluscos que predominam num e noutro sítio, pode-se projetar a evolução de ambientes mais abertos, praias, do Holoceno médio, para ambientes lagunares mais fechados, característicos do final do Holoceno, ainda hoje ativos, onde não foram destruídos por ação antrópica recente, relacionada à expansão da ocupação urbana". (grifo nosso)

Consoante os elementos colhidos nos autos do Inquérito Civil que embasou esta ação civil pública, os sambaquis de Xangri-Lá sofreram contínua degradação nos últimos anos, ocasionada, principalmente, pela urbanização do entorno dos sítios, com a construção de casas e realização de terraplanagem para viabilizar outras construções. Também aportaram aos autos informações provenientes de vistorias realizadas pelo Batalhão Ambiental da Brigada Militar e pelo IPHAN, dando conta de inúmeras intervenções indevidas sobre ou muito próximas dos sambaquis, como a edificação de residências, abertura de ruas, terraplanagem atingindo a base dos sítios, depósito de lixo e restos de construções, além do percurso de pessoas e animais, demonstrando o descaso do Poder Público com a



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

conservação desse patrimônio tão importante.

Mas, mesmo com toda sorte de danos já causados pelas intervenções predatórias, a pesquisa de prospecção concluiu que **ambos os sambaquis ostentam enorme potencial de estudo, tratando-se de patrimônio histórico e cultural de muita importância, com grande capacidade educacional e turística**. Por isso, evidentemente, deve ser preservado e valorizado.

Acontece que, não obstante o farto conjunto probatório produzido durante o *iter* processual, o qual demonstrou amplamente a importância destes sítios arqueológicos bem como a necessidade de adoção das providências postuladas na inicial para sua preservação, o Juízo *a quo* julgou os pedidos parcialmente procedentes, apenas ratificando as medidas concedidas em sede de tutela antecipada, as quais são insuficientes para proteção daquele patrimônio histórico, nos seguintes termos:

a.2) julgo procedentes em parte os pedidos para:

a.2.1) ratificando a antecipação de tutela, determinar ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN elabore delimitação técnica e precisa das áreas dos sambaquis descritos na inicial e de seu entorno;

a.2.2) ratificando a antecipação de tutela, determinar ao Município de Xangri-Lá/RS que: 1) efetue o cercamento imediato das áreas dos sambaquis, 2) instale 4 (quatro) placas indicativas em cada sambaqui, 3) abstenha-se de emitir qualquer alvará para obras, atividades e intervenções na área delimitada como sítio arqueológico pelo IPHAN, junto aos Sambaquis do Capão Alto e do Guará; 4) abstenha-se de emitir qualquer certidão de "habite-se" a edificações construídas nos locais abrangidos pelos sítios arqueológicos em questão; 5) realize fiscalização rotineira no patrimônio arqueológico.

Considera-se que tais obrigações foram ou estão sendo cumpridas pelos réus.

a.3) julgo improcedentes os demais pedidos da inicial.

A insurgência do Ministério Público Federal é justamente com o fato de que estas medidas são insuficientes para proteger os Sambaquis do Capão Alto e do Guará, tendo em vista as conclusões e recomendações do estudo de prospecção arqueológica e o



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

relatório final do IPHAN (Parecer nº 596/2015).

Consta na inicial pedido expresso de antecipação de tutela em face do Município demandado com o seguinte teor: "***cercamento das áreas dos sambaquis (ao redor da colina e da vegetação, principalmente, até o limite de ocupação atual do entorno), com portão de acesso (que deverá ser mantido fechado com cadeado, cuja chave permanecerá na Prefeitura, possibilitando diligências a órgãos interessados), utilizando para tanto materiais e estrutura que efetivamente coíbam o ingresso de pessoas e animais àqueles locais***".

Tal pleito se deu com o objetivo cautelar e emergencial de se impedir o ingresso de pessoas e animais nos locais até que se concluísse a delimitação definitiva dos sambaquis como um todo. Ou seja, o cercamento deveria ser provisório, de modo que, sobrevivendo informação precisa quanto ao tamanho da área a ser protegida, se readequasse o cercamento, nos moldes aprovados pelo IPHAN.

Com a vinda aos autos do estudo de prospecção arqueológica interventiva (evento nº 230, PROCADM2 e PROCADM3), definiu-se com precisão as áreas dos sítios arqueológicos e dos entornos a serem preservados. Neste aspecto, a delimitação estipulada para o Sambaqui do Capão Alto coincidiu com a do cercamento já existente, mas com a ressalva de que, na face norte do sítio, a área proposta para preservação extrapola em aproximadamente 1,20 m (um metro e vinte centímetros) o cercamento. Já em relação ao Sambaqui do Guará, a área de preservação sugerida pelo estudo é bem maior do que aquela incluída no cercamento provisório realizado pelo Município, que, aliás, sequer fecha completamente a área do sítio mais volumoso denominado "Guará I".

Na sequência, o IPHAN lançou parecer de conclusão e aprovação sobre o estudo realizado pela empresa Sapienza Arqueologia e Gestão do Patrimônio Arqueológico (evento nº 236, PARECER2). Para uma melhor compreensão da situação atual dos dois



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

sambaquis e das medidas necessárias à sua preservação, cumpre transcrever alguns trechos do Parecer nº 596/2015 – IPHAN-RS, bem como colacionar as figuras 47 e 48 da pesquisa de prospecção, as quais serviram de base para o parecer do IPHAN e elucidam a posição do cercamento, a delimitação dos sítios arqueológicos e a área proposta para preservação:

SAMBAQUI CAPÃO ALTO:

“O perímetro apresentado no relatório pode ser considerado definitivo para o sítio em questão, toda e qualquer intervenção a ser realizada no seu entorno deve, necessariamente, considerar as plantas, mapas e arquivos digitais apresentados e contidos neste processo. Com relação a sua delimitação ficou definido que o Sambaqui, no estado de conservação em que se encontra atualmente, está inserido, em sua face sul, leste e oeste dentro dos limites do cercamento ora existente. Em sua face norte, no entanto, se expande por aproximadamente 1,20 metros para fora da cerca onde atualmente se encontra o arruamento. Com relação à face norte recomendo que sejam acatadas as sugestões da equipe de arqueologia (folha 750), que se mantenha a cerca no atual posicionamento e que se construa um calçamento de aproximadamente um metro onde se encontra o arruamento, de modo a urbanizar o entorno do sítio e proteger esta porção do pacote arqueológico. Outrossim destaca-se que não devem ser feitas, nesta face, quaisquer intervenções em subsuperfície (escavações, encanamentos, passagens de fios, etc). Como solução para a proteção desta parcela do sítio, que se encontra além da cerca, informo que outra proposta viável seria o aumento do perímetro do cercamento, adentrando, ainda que de maneira pontual, para o espaço onde se encontra o atual arruamento” (evento 236, PARECER2, fl. 2) (grifo nosso).

No tocante ao entorno a ser preservado neste sítio arqueológico, a autarquia considerou que devem ser acatadas as recomendações da equipe de arqueologia, nos seguintes termos:

“Para fechar a questão da delimitação do sambaqui Capão Alto, a partir deste estudo pode-se considerar que o polígono caracterizado pelo cercamento já implantado ao redor do sítio corresponde bastante bem ao polígono necessário para preservar o que sobrevive hoje deste sambaqui. Desta forma, o polígono apresentado no memorial descritivo (Apêndice I), no mapa 1 e na figura 47 corresponde, exatamente ao cercamento atual. É de extrema importância, neste sentido, que este polígono seja rigorosamente respeitado, de modo a não haverem mais depredações no patrimônio arqueológico ali contido”. (Ev. 230, PROCADM3, fl. 16).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

Portanto, considerando que a poligonal é constituída pelo próprio cercamento já existente, é necessária apenas a adoção de providências para proteger a pequena área que extrapola a cerca na face norte. A esse respeito, a equipe de arqueologia sugeriu a construção de uma calçada, com não menos do que 100 cm (cem centímetros) de largura, de forma a evitar a instalação de encanamentos ou tubulações. Ainda, o IPHAN sugeriu como solução para tanto a ampliação do perímetro de cercamento, englobando a pequena área sobressalente. Conforme se depreende da Figura 47, a solução é simples. Bastaria uma pequena alteração/ampliação no traçado do atual cercamento para incluir esta porção do sítio, a qual, como visto, extrapola os limites da cerca em apenas 1,20 m:

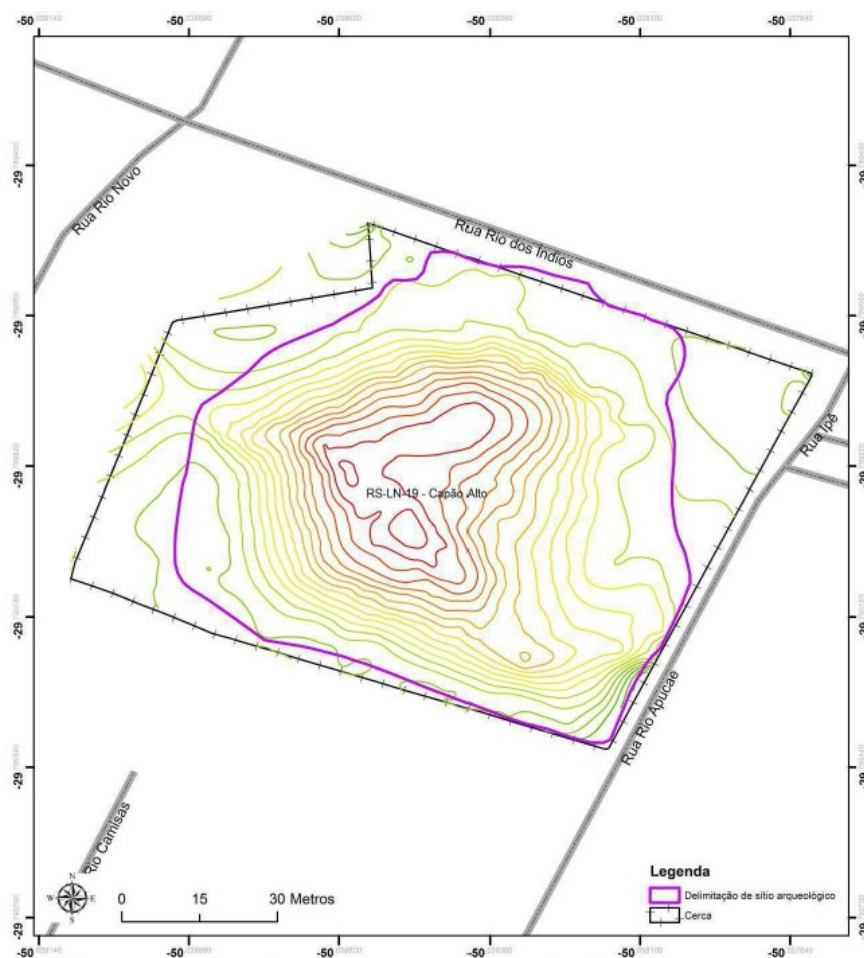


Figura 47. Imagem do sambaqui Capão Alto e sua delimitação. A poligonal recomendada é constituída pelo próprio cercamento já existente.



SAMBAQUI VILA GUARÁ:

A situação do Sambaqui Vila Guará é mais grave. Nele existem dois sítios arqueológicos, o maior, denominado "Guara I", e o menor, chamado "Guara II":



Figura 48. Poligonal sugerida para o cercamento e preservação dos sambaquis Vila Guará I e II.

Como se vê na imagem acima, apenas uma parte na face norte do Sambaqui Vila Guará foi cercada, sendo que a delimitação do sítio arqueológico Guara I extrapola a cerca em aproximadamente 3 m (três metros). Assim, a maior parte deste



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

sambaqui permanece sem proteção alguma, sujeito a todo tipo de impacto.

E se não bastasse, o posicionamento adotado pelo Juízo *a quo* no sentido de que as áreas não cercadas não estão abrangidas pelo julgamento de procedência do pedido, torna ainda mais grave a situação, pois permite que esse patrimônio histórico simplesmente permaneça do jeito que está.

O presente recurso, vale lembrar, é também em face da sentença do evento nº 387, que julgou os embargos de declaração opostos pelo Município demandado no evento nº 385. No ponto, veja-se a fundamentação do *decisum*:

[...] **No caso em análise**, o Município de Xangri-lá alega que há omissão na sentença, uma vez que esta não se manifestou quanto ao fato de que o cercamento então realizado por tal ente público, em sede de acordo, não abrangeu toda a área do Sambaqui Vila do Guará, a qual teve suas medidas alteradas e aumentadas posteriormente pelo IPHAN.

Postula, assim "se seja esclarecido se a sentença, em relação ao sítio arqueológico 'Vila Guará' determinou o cercamento integral da área, ou convalida o cercamento já realizado quando do cumprimento da medida de antecipação de tutela, caso em que não exsurge nova obrigação ao Município de Xangri-Lá".

Tem razão o Município.

A sentença restou obscura no ponto objeto dos embargos.

Com efeito, considerando que a sentença, no ponto, pautou-se na segurança jurídica, aplicando o teoria do fato jurídico consumado, diante da premissa de que as partes celebraram acordo em audiência quanto aos limites (ainda que provisórios) e termos do cercamento, bem como tendo em vista que - no dispositivo - restou expresso que "Considera-se que tais obrigações foram ou estão sendo cumpridas pelos réus", os efeitos da sentença abrangem tão-somente a delimitação provisória que foi objeto do acordo então homologado, de modo que as demais áreas delimitadas e ainda não cercadas não estão abrangidas pela julgamento de procedência do pedido.

Ante o exposto, acolho os embargos do ev. 385 para esclarecer que relativamente ao item a.2.2 da sentença do ev. 369, as respectivas obrigações do Município, no que diz respeito ao Sítio Arqueológico Vila Guará, referem-se aos limites do cercamento provisório objeto do acordo homologado no ev. 64.

O Juízo reconhece que o cercamento realizado pelo Município era provisório, mas que as obrigações foram assumidas em acordo homologado por ocasião da



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

audiência realizada no evento nº 64, e que, por isso, decidir em sentido contrário (determinando, pois, a conclusão do cercamento), violaria a segurança jurídica, em função da aplicação da teoria do fato consumado.

Ocorre que a decisão vai de encontro ao entendimento assentado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Segundo a Corte, a teoria do fato jurídico consumado *"aplica-se apenas em situações excepcionalíssimas, nas quais a inércia da administração ou a morosidade do Judiciário deram ensejo a que situações precárias se consolidassem pelo decurso do tempo"* (AgRg no RMS 34.189/GO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 21/08/2012); e a teoria *"visa preservar não só interesses jurídicos, mas interesses sociais já consolidados, não se aplicando, contudo, em hipóteses contrárias à lei, principalmente quando amparadas em provimento judicial de natureza precária"* (REsp 1.189.485/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 28.6.2010).

Assim sendo, essa teoria não é aplicável ao caso sob análise. A uma, porque não se trata de circunstância "excepcionalíssima", na medida em que os órgãos públicos envolvidos na presente demanda tomaram diversas providências a fim de minimizar os impactos sobre os sítios arqueológicos. A duas, porque o interesse social é justamente no sentido da preservação do patrimônio histórico e do meio ambiente, não havendo que se falar em consolidação no tempo da situação dos sambaquis, além de que a decisão do evento nº 64 foi proferida em sede de liminar, com caráter precário, portanto. Em vista disso, conclui-se que inexistente fato consumado e/ou qualquer violação à segurança jurídica.

Também não se pode presumir que o Município réu esteja cumprindo com as obrigações impostas, tendo em vista que não trouxe nenhuma informação recente nos autos em que se possa verificar o atual estado das cercas e das placas instaladas, bem como saber se estas medidas estão efetivamente impedindo o acesso de pessoas e animais aos sambaquis, o que poderia ser feito através das fiscalizações rotineiras a que foi obrigado. O que se percebe é que Município não acostou mais nenhum relatório de fiscalização



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

naquelas áreas. Alia-se a isso a informação do IPHAN, trazida com seus memoriais (evento nº 366, PROCADM2), dando conta da necessidade de comunicar à Prefeitura de Xangri-Lá para que novamente identifique os sambaquis, pois, **em vistoria realizada pelo Instituto no mês de maio deste ano, constatou-se que as placas existentes estavam com as letras apagadas.**

Nesse contexto, se a sentença for mantida, deixar-se-á novamente de se efetivar a proteção de forma adequada da área dos Sambaquis.

Sobre o Sambaqui Vila Guará, no seu parecer de conclusão o IPHAN disse o seguinte:

"Além do Sambaqui Vila Guará, existe na área o concheiro Vila Guará, aqui denominado Sambaqui Guará II, distante do primeiro aproximadamente 50 metros ao Sul, **há, portanto, dois sítios arqueológicos no terreno. O perímetro apresentado no relatório pode ser considerado definitivo para os sítios**, toda e qualquer intervenção a ser realizada no seu entorno deve, necessariamente, considerar as plantas, mapas e arquivos digitais apresentados e contidos neste processo. **Uma porção do Sambaqui Guará I, aproximadamente 03 (três) metros extrapola, em sua face norte, o cercamento atualmente instalado. Segundo dados do relatório (folha 951), a porção sob o calçamento no final da rua Manoel Nazário é um pacote espesso e com a estratigrafia bem preservada. Como medida de preservação a este trecho a equipe de arqueologia propõe não alterar o cercamento, mantendo o pacote arqueológico enterrado, no entanto, recomenda garantir que não se façam quaisquer escavações neste trecho final da rua.** Ainda na face norte, com relação a porção que extravasa o cercamento para os terrenos vizinhos, a equipe descreve o pacote arqueológico como muito artificial e alterado, não justificando-se, portanto, a alteração do cercamento." (evento nº 230, PARECER2, fl. 3) (grifado)

Relativamente ao pequeno trecho que extrapola o cercamento do sítio arqueológico Guará I na sua face norte, não obstante a equipe arqueológica tenha proposto a não alteração da cerca, o IPHAN, considerando a impossibilidade de se garantir, por meio de fiscalização rigorosa, que a feição preservada na subsuperfície não sofra intervenções, **recomendou a ampliação do cercamento, de maneira a incluir o trecho do sítio que se estende pela Rua Manoel Nazário.**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

Além disso, concluiu a autarquia que, apesar de o sítio arqueológico Guará II encontrar-se totalmente na área de mata preservada, **é necessária a conclusão do cercamento na face sul, junto à Rua José da Silva, a fim de garantir a sua integral preservação.**

No que diz respeito à área proposta para cercamento e preservação dos sítios arqueológicos Guará I e II, o IPHAN recomendou que seja considerado como entorno, no mínimo, a poligonal (área proposta para preservação, conforme a figura 48 colacionada acima), respeitando-se os vértices nas faces sul, leste e oeste, sendo que, **na face norte, o cercamento deve ser expandido pela Rua Manoel Nazário, integrando o pacote arqueológico em subsuperfície.**

Em tempo, os documentos juntados pelo IPHAN com seus memoriais (evento nº 366) sequer foram apreciados pelo eminente Juízo *a quo*. No documento encaminhado pela Superintendente do IPHAN-RS, Juliana Erpen, à Procuradora Federal Lúcia Sampaio Alho Dutra (PROCADM2), a autarquia se manifestou nos seguintes termos:

[...] além da área de preservação rigorosa delimitada pelo Setor de arqueologia, **manifesto-me pela preservação do entorno dos Sambaquis: Guará I e Guará II, no que tange a sua visibilidade e ambiência. Tratando-se de acúmulo de vestígios, ou seja, em altura (monte, morro), necessária se faz a limitação de altura para novas edificações, sob pena de termos os "sambaquis soterrados" à sombra de espigões.**

Em mapa anexo, a área delimitada para entorno.

Necessário também projeto paisagístico, dada a massa vegetal ainda incólume; uma paisagem cultural diversa do comum: Sítio arqueológico emoldurado por vegetação e por ocorrências urbanas.

O município poderá investir em atrativo cultural, com encaminhamentos, estares, sinalizações didáticas.

A altura máxima das edificações, incluindo a cumeeira do telhado será de 5m (5 metros).

Quanto ao Sambaqui Capão Alto, esta Superintendência manifesta-se pela manutenção do entorno à sua ambiência e "*status quo*". Razão para que a visibilidade do Sambaqui denominado Capão Alto seja mantida, portanto avistado e visitado.

Sugere-se que o município adote para todo o quarteirão o índice de



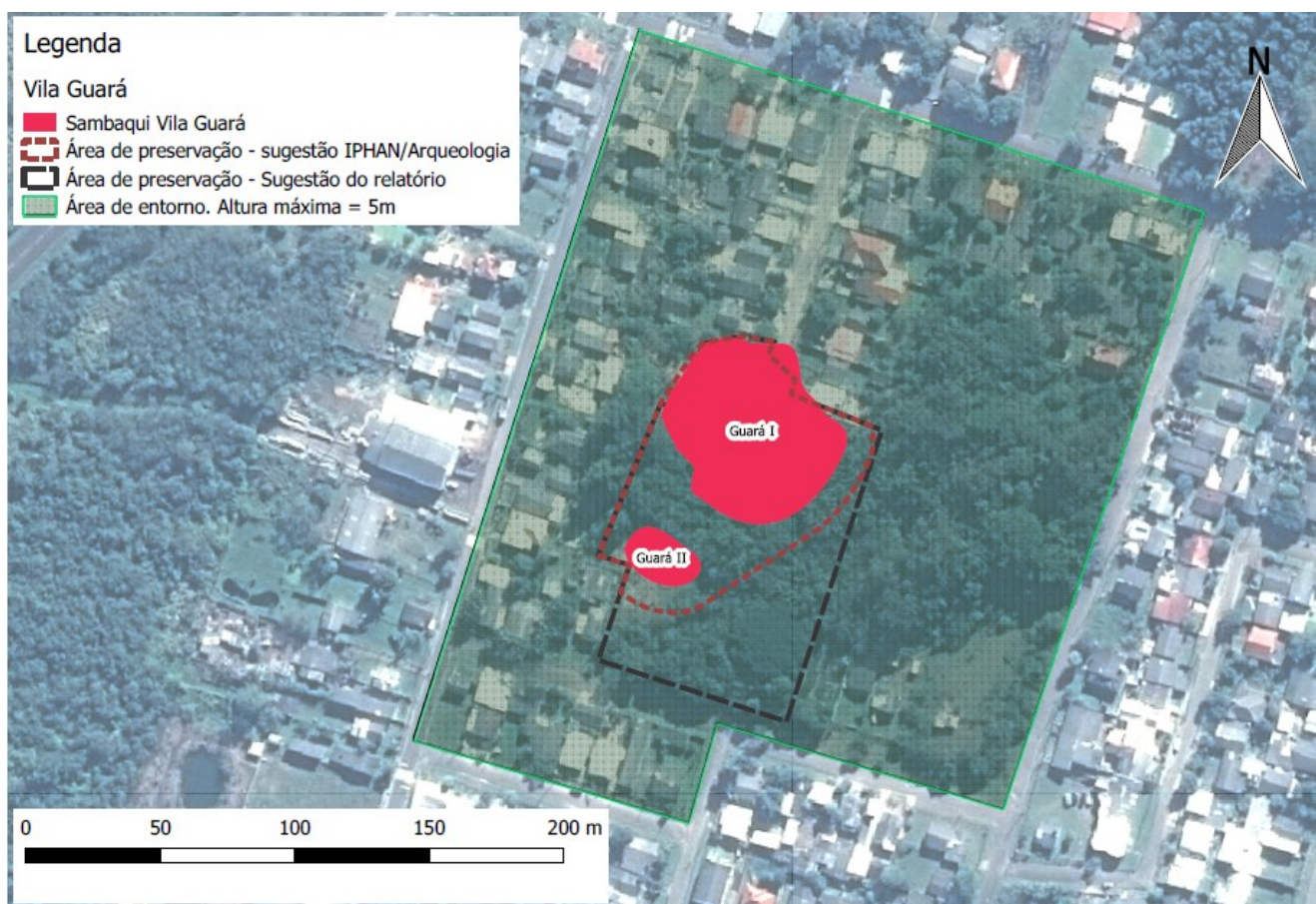
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

construção = 0 (zero), respeitando situações já consolidadas e impedindo novas edificações, conforme croquis anexo.

Ressalta-se a necessidade de comunicar à Prefeitura de Xangri-Lá para que novamente identifique os referidos Sambaquis, pois no mês de maio, ao vistoriarmos os locais, as placas existentes estavam com as letras apagadas. (grifado)

As imagens demonstram bem a situação entendida como ideal pelo IPHAN para proteção integral dos dois patrimônios arqueológicos de Xangri-Lá, já englobando a área em que deveria ser imposta a limitação de altura para quaisquer construções (evento nº 366, PROCADM3 E 4):





MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS



A orientação do IPHAN é clara e visa promover a proteção e a visibilidade dos dois Sambaquis, cabendo ao Município tomar as providências necessárias para compatibilizar as construções na área indicada (em verde) com a proteção, o acesso e a visibilidade dos sítios arqueológicos em questão, limitando-se a uma altura de 5 m (cinco metros) nas adjacências do Sambaqui Vila Guará, e proibição de novas construções nas adjacências do Sambaqui Capão Alto, mantendo apenas as já existentes.

Ademais, permanece hígida a pretensão deduzida pelo *Parquet* relativamente à regularização patrimonial das áreas dos sambaquis de Xangri-Lá, que deve ser levada a efeito pela codemandada União, por meio da Secretaria do Patrimônio da União – SPU³, uma vez que existem lotes particulares que se sobrepõem com os sítios

³ O art. 1º da Lei 9.636/98 dispõe que: É o Poder Executivo autorizado, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de identificação,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

arqueológicos e/ou seus entornos. Neste ponto, as medidas pleiteadas em face da União nada mais são que uma forma de obrigá-la ao cumprimento da lei, visto que os pedidos restringem-se à demarcação e registro do patrimônio histórico-cultural que eclodiu da delimitação realizada pelo IPHAN, com eventuais desapropriações e/ou desocupações que se fizerem necessárias, justamente por se tratar de bem sob o seu domínio.

Vale ressaltar, ainda, que os monumentos arqueológicos devem ficar sob a guarda e proteção do Poder Público, sendo a propriedade da superfície irrelevante e independente à das jazidas nela incluídas. É essa a interpretação que se chega ao fazer uma leitura conjugada dos preceitos legais e constitucionais pertinentes. O art. 20, inciso X, da Constituição, estabelece que **as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos são bens da União**. Ao seu turno, a Lei nº 3.924/1961 dispõe que:

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 acôrdo 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](#). (grifado)

Art 18. A descoberta fortuita de quaisquer elementos de interêsse 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**.

Portanto, é incontroversa a propriedade da União em relação aos sítios arqueológicos. Por outro lado, poder-se-ia cogitar a continuidade da coexistência dos

demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a regularização das ocupações nesses imóveis, inclusive de assentamentos informais de baixa renda, podendo, para tanto, firmar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios em cujos territórios se localizem e, observados os procedimentos licitatórios previstos em lei, celebrar contratos com a iniciativa privada.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

sambaquis com eventuais propriedades privadas no local. Todavia, o que se sempre se observou foi o total descaso para com o bem histórico lá existente, justificando a desapropriação para melhor gerência daquele patrimônio arqueológico. Sinaliza-se que a imprescindível administração pública dos sambaquis constitui fundamento ensejador da própria atuação ministerial, que, vislumbrando falência da atuação indireta e a iminente destruição dos sítios, demandou os corresponsáveis, cada um na medida de sua capacidade/responsabilidade.

Por fim, lembra este ente ministerial que nos autos do inquérito civil que embasou a presente demanda, existem documentos que dão conta da intenção do IPHAN, pelo menos desde 2004, e do Município, pelo menos desde 2005, de implantar um parque arqueológico e/ou uma praça pública nos locais dos sambaquis a fim de protegê-los. Confira-se trecho da notificação enviada ao então prefeito de Xangri-Lá, datada de 17/11/2006 (evento nº 5, PROCADM3, fl. 2):

[...] vimos solicitar providências imediatas no sentido de cercar e proteger o local da ação do vandalismo recorrente. **Reiteramos o interesse manifestado por este Instituto em contribuir para a preservação deste patrimônio desde 1993 e para a implantação de Parque Arqueológico no local, conforme contatos efetuados com técnicos da administração municipal em 2004.**

Já na Informação Técnica nº 49/07, de 08/08/2007, o IPHAN referiu o seguinte (evento nº 5, PROCADM3, fls. 13/15):

O denominado Sambaqui da vila Guará hoje se encontra parcialmente desmontado, mas seu problema principal são as construções localizadas muito próximas ou até mesmo sobre parte de sua base.

[...] Sob o ponto de vista cultural, é necessário que se tomem medidas compatíveis para proteger o Sambaqui e seu entorno (cumprindo a Lei Federal), garantindo seu acesso e visibilidade. Sob o ponto de vista ambiental, deve-se buscar proteger e valorizar as espécies nativas existente na área.

Como sugestão de encaminhamento, se deveria cercar as faces norte e oeste, deixando o lado sul livre para acesso da população, **transformando a área em local de uso público como praça** (ver figuras 1, 2, 3 e 4 – anexas).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

No que se refere ao Sambaqui do Morro dos Índios⁴ [...] **A idéia de criação do parque foi mais adequadamente descrita em 2005 (ver transcrição em documento anexo), quando a administração municipal solicitou formalmente ao IPHAN um assessoramento, manifestando interesse na transformação do Sambaqui em local de visitação pública, servindo ao mesmo tempo como apoio a ações educativas e turísticas.**

[...] O sambaqui não poderia ser reduzido a uma mera elevação, circundada por muros de um terreno urbano, perdendo a sua qualidade de objeto construído por mãos humanas que no passado se destacava na paisagem.

A instalação de um parque arqueológico, preparado para receber um número significativo de visitantes durante o veraneio, ou de alunos da rede escolar, durante o ano, pressupõe o planejamento de uma completa infra-estrutura de apoio para tanto. Desde área para estacionamento (de automóveis e coletivos), até estrutura para circulação, de apoio à visitação, de infra-estrutura de segurança, de informações, etc.

No documento anexo à Informação Técnica referida acima (evento nº 5, PROCADM3, fl. 16), consta o seguinte:

A organização deste sítio para visitação pública contribuirá no processo educativo da população e do público visitante, transformando-se, através do conhecimento, em um instrumento de **educação patrimonial** e, portanto, de **preservação**.

Mais recentemente, no Parecer nº 596/2015 – IPHAN-RS (evento nº 236, PARECER2), a autarquia demandada manifestou-se nos termos que seguem:

Projeto de requalificação do entorno imediato

Para a próxima etapa onde este Instituto deve contratar projeto arquitetônico de requalificação do entorno visando a construção de centro de apoio ao visitante (CAV), solicito que sejam observadas as seguintes recomendações:

20. a) Conforme proposto no relatório, **uma única instalação pode servir para os dois sítios** (folha 954), neste sentido, tendo em vista que o Sambaqui Capão Alto ocupa praticamente toda a extensão do cercamento, recomendo que a estrutura do CAV não seja ali alocada, mas sim na área de preservação em que se insere o sambaqui Vila Guará. Sugiro que no Sambaqui Capão Alto seja instalada uma guarita e plataforma de visitação que percorra seu entorno, bem como placas/totens com conteúdo explicativo.

[...]

35. a) Uma vez que os Sambaquis Vila Guará I e II apresentam uma significativa área de entorno preservada **recomendo que o CAV seja construído no limite sul da área de preservação**. Sugere-se que o local seja urbanizado e se transforme em um equipamento público, **a exemplo de**

4 Denominação usada para o Sambaqui Capão Alto.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

um Parque, contendo, além da infraestrutura associada ao CAV, trilhas ecológicas e placas/totens explicativos sobre o ambiente e os sítios arqueológicos. Sugere-se que o espaço possa servir como centro interpretativo, contendo junto a instalação que servirá para recepcionar os visitantes uma exposição sobre o ambiente e arqueologia da região (folha 953).
[...]

Portanto, as medidas necessárias para a preservação e valorização dos sambaquis de Xangri-Lá estão perfeitamente definidas, e, ainda que não seja possível, diante das recomendações do IPHAN, a concretização da ideia inicial (construção de um parque arqueológico no Sambaqui do Capão Alto e de uma praça pública no Sambaqui Vila Guará), entende-se como adequada e suficiente a construção do Centro de Apoio ao Visitante na área de preservação em que se insere o Sambaqui Vila Guará e a instalação de guarita e plataforma de visitação no Sambaqui do Capão Alto, nos termos sugeridos pelo Instituto, ressaltando que isso não importa em alteração do pedido, uma vez que na petição inicial (item d.2 dos pedidos) o Ministério Público Federal deixou a critério do IPHAN o meio mais eficaz de preservação do patrimônio.

II.II – Possibilidade de intervenção judicial, mérito administrativo e fato consumado

De fato, o Juízo *a quo* reconheceu que os sítios arqueológicos são protegidos pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, mas, mesmo assim, julgou improcedente grande parte dos pedidos, de modo que, consoante o explanado acima, o patrimônio histórico em questão não receberá a devida proteção e valorização. Para fundamentar o *decisum*, foram utilizados, basicamente, os seguintes fundamentos: (1) possibilidade limitada de intervenção judicial e cláusula do mínimo existencial; (2) interferência no mérito do ato administrativo; e (3) fato jurídico consumado.

A ação protetiva em prol do patrimônio cultural não se trata de mera opção ou de faculdade discricionária do poder público, mas, sim, de imposição cogente, que



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

obriga juridicamente todos os entes federativos. Por esta razão, a atuação do poder público nessa área deve se dar tanto na seara administrativa quanto em âmbito legislativo e mesmo no judiciário, pois **cabe ao Estado a adoção e execução das políticas e programas de ação necessários à proteção do patrimônio histórico-cultural.**

Há no texto constitucional (art. 216, § 1º) um rol exemplificativo de instrumentos de preservação do patrimônio cultural, podendo ser ele protegido por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e ainda de "outras formas de acautelamento e preservação". Ou seja, não existe taxatividade acerca dos instrumentos que podem ser utilizados para se proteger o patrimônio cultural brasileiro. Ao contrário, qualquer instrumento que seja apto a contribuir para a preservação dos bens culturais em nosso país (mesmo que não se insira entre aqueles tradicionais ou nominados) encontrará amparo no artigo 216, parágrafo 1º, parte final, da CF/88, que instituiu o princípio da máxima amplitude dos instrumentos de proteção ao patrimônio cultural.

Dessa forma, é perfeitamente viável a defesa do patrimônio cultural, mesmo que este ainda não tenha o seu valor reconhecido pelo poder público, por meio do acionamento do Poder Judiciário, a quem toca o amplo dever de afastar qualquer lesão ou ameaça a direito.

Nesse passo, tendo em vista que a Constituição da República, em seus artigos 215 e 216, impõe ao poder público o dever de proteção do patrimônio cultural brasileiro, o que inclui a preservação da integridade dos conjuntos históricos, arquitetônicos e paisagísticos que integram o meio ambiente cultural, uma vez constatada a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio cultural, notadamente diante da inércia do poder público na adoção de medidas destinadas à sua preservação, **é inquestionável a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, a fim de suprir a omissão estatal no cumprimento do seu dever de preservação do meio ambiente cultural, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos poderes.**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

Dessa forma, em caso de omissão do poder público no dever de zelar pela integridade dos bens culturais, é incontroversa a possibilidade de se buscar a proteção de determinado bem através de um provimento emanado do Poder Judiciário em sede de ação civil pública, independentemente de prévia proteção por meio de tombamento ou outro instrumento similar.

Não há que se falar em violação à separação de poderes, pois ao Poder Judiciário, a quem incumbe, por força de preceito constitucional, apreciar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, XXXV da CF/88), também é dada a tarefa de dizer do valor cultural de determinado bem e de ditar regras de observância obrigatória, no sentido de sua preservação, ante a omissão ou ação danosa de seu proprietário ou do poder público.

Neste ponto, cumpre trazer à baila a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI que, tratando da mitigação do princípio da congruência entre o pedido e a sentença, ressalta que as proibições do Direito Processual clássico não podem mais prevalecer de modo absoluto diante das novas situações de direito substancial e da constatação de que o juiz não pode mais ser visto como um "inimigo", mas como representante de um Estado que tem consciência que a efetiva proteção dos direitos é fundamental para a justa organização social. Em outras palavras, o aumento de poder do juiz, relacionado com a transformação do Estado, implicou na eliminação da submissão do Judiciário ao Legislativo ou da ideia de que a "lei seria como uma vela a iluminar todas as situações de direito substancial", e da necessidade de um real envolvimento do juiz com o caso concreto⁵.

Tampouco pode se falar em interferência no mérito de qualquer ato administrativo, pois não se trata de uma análise acerca da conveniência e oportunidade quanto à alocação de recursos, e sim de compelir os órgãos responsáveis à adoção de

5 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e a tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 136-137.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

medidas que nada mais são que o simples cumprimento da lei. O robusto material probatório produzido demonstrou que os entes públicos demandados só agiram quando acionados judicialmente, permanecendo por longo período de tempo inertes frente ao estado dos sítios arqueológicos de Xangri-Lá, descumprindo suas obrigações legais e constitucionais.

A presente ação visa, assim, nada mais do que dar efetividade às disposições legais que determinam aos demandados o dever de preservação do patrimônio histórico, e, no caso do IPHAN, da adoção de medidas propostas pelo próprio órgão, como, por exemplo, a construção de um Centro de Apoio ao Visitante (CAV). Ademais, o argumento do Instituto de insuficiência de orçamento vai de encontro a sua própria razão de existir, posto que, nos termos do seu regimento interno (Portaria nº 92/2012 do Ministério da Cultura), 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* (art. 2º, caput), e *é finalidade do IPHAN preservar, proteger, fiscalizar, promover, estudar e pesquisar o patrimônio cultural brasileiro, na acepção do art. 2016 da Constituição Federal* (art. 2º, § 1º).

A alegação também não se coaduna com os posicionamentos do órgão acerca da preservação do patrimônio arqueológico posto em causa, tendo em vista as informações colhidas nos autos do inquérito civil que embasou a ação, dos quais se denota a existência de tratativas/propostas de longa data por parte do IPHAN (mais de dez anos), como a criação de parque arqueológico e de praça pública nos sambaquis de Xangri-Lá. Todavia e, infelizmente, tais projetos nunca saíram do papel.

Por esta razão, cumpre ao Poder Judiciário suprir a omissão dos órgãos demandados no seu dever de proteção do meio ambiente cultural, inexistindo interferência no mérito administrativo e, por conseguinte, violação ao princípio da separação dos poderes. Se o Judiciário não agir, autorizar-se-á a continuidade do descaso e da omissão do Poder



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

Público para com aquele patrimônio histórico-cultural tão importante.

O entendimento de que o Poder Judiciário não pode determinar a adoção de providências para suprir a omissão do Estado no cumprimento de suas obrigações deve ser ponderado em cada caso. Na hipótese de a sentença ser mantida, de modo que os réus não sejam condenados às demais obrigações postuladas, pode criar-se precedente perigoso, no sentido de que os deveres do Estado relativos ao meio ambiente cultural e/ou ao patrimônio histórico nacional devem permanecer tão somente ao seu alvedrio, sob pena de interferência no mérito de atos administrativos e violação à separação dos poderes. Entretanto, o que se verifica é que a manutenção da sentença acarretará na violação de outros direitos e princípios fundamentais, destacando-se o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, o direito à cultura e à memória e os princípios da precaução e da prevenção ambiental, da legalidade e da inafastabilidade da jurisdição.

A proteção dos sítios arqueológicos, repisa-se, significa a proteção do próprio meio ambiente, e este, por configurar um direito de todos, deve ser tratado com prioridade pelo poder público. Neste sentido:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DANO AMBIENTAL. IMPLEMENTAÇÃO DE OBRA PÚBLICA. USINA DE RECICLAGEM DE RESÍDUOS SÓLIDOS. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 333, I, DO CPC CARACTERIZADA. 1. Cinge-se a controvérsia dos autos à possibilidade do Ministério Público, em obrigação de fazer, por meio de ação civil pública, compelir o administrador a implementar obra pública, qual seja, usina de reciclagem de entulhos provenientes da construção civil, que estivesse causando danos ao meio ambiente. 2. Irretocável, a posição do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, no sentido de que **“O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes”** (AI 708667 AgR, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012). 3. **Reconheço que em algumas situações é impossível estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa deve tomar. Nestes casos, a identificação pela**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

preferência de atuação estatal apenas poderia ser identificada na análise do caso. Todavia, ainda que abstratamente, não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação, a saúde e o meio ambiente equilibrado fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve considerar como prioritárias. [...] (STJ - REsp: 1367549 MG 2011/0132513-5, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 02/09/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/09/2014). (grifado)

O meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, constitui algo incorpóreo, abstrato, fluído, formado por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação, e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O patrimônio cultural compreende tanto realizações antrópicas (como no caso dos sambaquis), quanto obras da natureza, preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Em se tratando de ação que busca mais do que a preservação do patrimônio histórico brasileiro, mas do próprio meio ambiente local, as medidas pleiteadas, se procedentes, acabarão por influir, ainda que por via reflexa, na saúde e na qualidade de vida da comunidade da região, isso sem contar o fomento à cultura e ao turismo. Por isso, tem-se que a presente lide envolve, inclusive, questões atinentes à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mormente se lembrarmos do estado em que se encontravam os dois sambaquis objetos desta demanda antes da adoção de providências por parte do Ministério Público Federal, em verdadeira situação de abandono, servindo praticamente como depósito de lixo.

Derradeiramente, consoante explanado no primeiro tópico destas razões de apelação, o Juízo *a quo* reconheceu que o cercamento realizado pelo Município era provisório, porém, disse que haveria violação à segurança jurídica caso decidisse em sentido contrário, isto é, determinando a conclusão do cercamento dos sambaquis, pois entendeu que era caso de aplicação da teoria do fato consumado, considerando que tais obrigações foram assumidas pelos demandados no acordo realizado na audiência do evento nº 64.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

Acontece que, como visto, após o ajuizamento desta ação e com o deferimento da antecipação de tutela do evento nº 32, os demandados passaram a tomar providências para minimizar os impactos sobre os sambaquis, inexistindo, a partir de então, inércia da administração ou morosidade do Judiciário que ensejassem a consolidação da situação dos sítios arqueológicos em questão, fato que, nos moldes da melhor jurisprudência do STJ, é requisito para aplicação da referida teoria.

Outrossim, tendo em vista que é evidente o interesse social na preservação daquele patrimônio histórico, bem como que as obrigações assumidas na ocasião da audiência do evento nº 64 estão amparadas em provimento judicial de natureza precária, não se vislumbra situação jurídica consolidada pelo decurso do tempo, muito menos qualquer insegurança jurídica em sendo todos os pedidos julgados procedentes.

III – PEDIDO

Por todo o exposto, o Ministério Público Federal requer que o presente recurso de apelação seja conhecido e, quando de seu julgamento, lhe seja dado integral provimento para reforma da sentença recorrida, nos termos da fundamentação.

Capão da Canoa, 16 de novembro de 2017.

ANDRÉ CASAGRANDE RAUPP
Procurador da República



Documento eletrônico assinado digitalmente por **ANDRÉ CASAGRANDE RAUPP**, Procurador(a) da República, em 16/11/2017 às 16h46min.

Este documento é certificado conforme a MP 2200-2/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.