

TOMBAMENTO E PRECAUÇÃO

GABRIEL WEDY

Juiz Federal. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-RS.

Visiting Scholar pela Columbia Law School no Sabin Center for Climate Change Law.

Professor Coordenador de Direito Ambiental na Escola Superior da Magistratura- Esmafe-RS.

RESUMO: Este artigo aborda o instituto do tombamento como instrumento de tutela do patrimônio histórico, artístico, cultural e do meio ambiente. Neste ensaio também se faz análise do princípio da precaução e a sua aplicação para o aumento da eficácia do procedimento do tombamento.

ABSTRACT: This article discusses the institution of listing that protects the historical, artistic, cultural heritage and environment. The essay also makes the analysis of the application of a precautionary principle as a tool to increase the effectiveness of the listing procedure.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Tombamento. 1.1. Proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. 1.2. Conceito e características. 1.3. Objeto. 1.4. Natureza Jurídica. 1.5. Da possibilidade de tombamento de florestas, reservas naturais e parques ecológicos. 2. Princípio da Precaução no ordenamento brasileiro e a análise do custo-benefício. 3. Princípio da Precaução como instrumento do tombamento. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução

O presente artigo tem por objetivo fazer uma breve análise do instituto jurídico do tombamento, como instrumento de proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e do meio ambiente, com uma avaliação do seu conceito, suas características, seu objeto e natureza jurídica.

Em um segundo momento, será avaliado no texto o princípio da precaução e a sua base infraconstitucional no Brasil, assim como a possibilidade e viabilidade da adoção do procedimento da análise do custo-benefício ecologicamente responsável para a sua implementação. A abordagem do princípio da precaução no texto será realizada de modo crítico, atenta aos vetores do princípio da proporcionalidade da vedação do excesso e da inoperância.

Por fim, se verificará a compatibilidade do princípio da precaução com o instituto do tombamento para a preservação do meio ambiente e do patrimônio histórico, artístico e cultural.

1 Tombamento

O sentimento humano de preservação do patrimônio público pode ser observado desde a antiguidade quando surgiu a expressão *Sete Maravilhas do Mundo*. Também havia a idéia de proteção do belo e de bens memoráveis das conquistas romanas. Ao longo da idade média esta idéia de preservação desapareceu. Segundo TOMASEVICIUS, em excelente ensaio: “...Os materiais com que tinham sido construídos os templos antigos eram seguidamente reaproveitados na construção de Igrejas, sem a menor preocupação com a preservação”.¹

Na época do Renascimento ressurgiu a preocupação de proteção dos bens públicos construídos na época da Antiguidade greco-romana. É conhecida a carta do pintor Rafael Sanzio, que lamentava ao Papa Leão X a perda de bens preciosos daquele período. Também, as bulas de lavra de Pio II [1492] proibiam a demolição de edifícios antigos públicos da Roma Antiga no âmbito do Estado Papal.²

A proteção dos bens culturais pelo Estado, nos moldes dos dias atuais, passou a ser reconhecida na época da Revolução Francesa³, através dos célebres discursos do abade Henri Grégoire na Assembléia Nacional, em especial, *Rapport sur les Destructions opérées par le*

1 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O tombamento no direito administrativo e internacional. pág. 231-248. *Revista de Informação Legislativa do Senado*. Brasília a. 41 n. 163 jul./set. 2004. P. 232. Ver sobre o tema: AVILA, Juan Manuel Alegre. Evolución y regimen jurídico del patrimonio histórico. Madrid: Ministerio de la Cultura, 1994. t. I.

2 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O tombamento no direito administrativo e internacional. pág. 231-248. *Revista de Informação Legislativa do Senado*. Brasília a. 41 n. 163 jul./set. 2004.P.232.

3 INSTITUTO DOS ARQUIVOS NACIONAIS: Torre do Tombo (Portugal). Da Torre do Tombo ao Instituto dos Arquivos Nacionais. Fonte: <http://www.iannt.pt/instituto.html?menu=menu_iannt&conteudo=da_tt_ao_ian&conteudo_nome=Historial>. Acesso em: 30 de junho de 2010.

Vandalisme, et sur les Moyens de le Reprimer. O mesmo, em pleno “Período do Terror”, na França, sob o argumento de preservação do ideal de liberdade, se opôs ao Decreto de doze de maio de 1792, que ordenava a eliminação de todas as marcas do feudalismo e do despotismo. Para o Abade Grégoire a destruição de bens culturais era uma afronta à liberdade de expressão e constituía-se em uma manifestação de intolerância.⁴

No Brasil, a primeira preocupação com a preservação de bens culturais é datada de 1742, quando, em Pernambuco, o Conde de Galveias, protestou contra a transformação do Palácio das Duas Torres, construído durante a ocupação holandesa, em um quartel general. Todavia, os protestos do Conde não foram atendidos pelo Governo Colonial. Em 1915, houve uma pública condenação dos arcebispos brasileiros, durante o Concílio Plenário da América Latina, à descaracterização do patrimônio da Igreja Católica.⁵

Foi no Governo do Presidente Getúlio Vargas, apenas, que o patrimônio cultural brasileiro passou a ser protegido por via legislativa. Nos anos vinte, observa-se, muitas obras brasileiras estavam sendo enviadas para o exterior sem qualquer controle. Como primeira medida de cunho protetivo, o Presidente Vargas, através do Decreto nº 22.929/33, elevou a cidade de Ouro Preto à categoria de monumento nacional.

Na Constituição de 1937, por sua vez, ficou estabelecido no art. 134 que “os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam de proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles praticados serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional”. Após, foi promulgado o Decreto-Lei nº 25/1937, que organizou a proteção do patrimônio his-

4 SAX, Joseph L. Heritage preservation as a public duty: the Abbé Grégoire and the origins of an idea. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 88, n. 5, p. 1142- 1169, Apr. 1990.

5 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O tombamento no direito administrativo e internacional. *Revista de Informação Legislativa do Senado*. Brasília a. 41 n. 163 jul./set. 2004. Pág. 233.

tórico e artístico nacional. O anteprojeto deste Decreto foi elaborado pelo escritor Mário de Andrade a pedido do Ministro da Educação, Gustavo Capanema.

A Constituição de 1946, dispôs em seu artigo 175, que “as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do Poder Público”. A Constituição ditatorial de 1967, em seu art. 172, e a Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969, no seu art. 180, mantiveram a proteção ao patrimônio público.

1.1 Proteção do patrimônio histórico e artístico nacional

Na Constituição de 1988 nota-se a preocupação do Poder Constituinte com a proteção do patrimônio cultural brasileiro, constituído pelos bens de natureza material e imaterial, considerados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, a ação e a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I - as formas de expressão;
- II - os modos de criar, fazer e viver;
- III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

É competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a proteção de documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos [art. 23, inc. III].

E o art. 24, inc. VII, conferiu à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, o que significa que a União está limitada ao estabelecimento de normas gerais, exercendo os Estados a competência suplementar, na forma dos §1º e 4º do art. 24.

Municípios não possuem competência legislativa nesta matéria, mas devem utilizar os instrumentos de proteção previstos na legislação federal e estadual.

O §1º do art. 216 da Constituição Federal determina que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventário, registro, vigilância, tombamentos, desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação.

O §5º do art. 216 prevê o tombamento como um dos institutos que têm por objeto a tutela do patrimônio histórico e artístico nacional. Presente está a previsão que a desapropriação será utilizada quando a restrição afetar integralmente o direito do proprietário.⁶

Tombamento, não se pode esquecer, é restrição parcial da propriedade, conforme se verifica pela legislação que o disciplina. Impossibilidade total de exercício dos poderes inerentes ao domínio, torna ilegal o tombamento e implica em desapropriação indireta, ocasionando um direito à indenização integral dos prejuízos sofridos pelo proprietário. Assim,

6 Não existe dúvida que a propriedade quando expropriada pelo Estado, total ou parcialmente, deve ser indenizada. Nos Estados Unidos, exemplo de democracia constitucional, existe a figura do *takings clause* extraída da 5ª Emenda e que, também, é aplicada contra os Estados e Municípios, via cláusula do devido processo, contida na 14ª Emenda à Constituição de 1787. A moderna *takings doctrine* tem origem no caso *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922) [FARBER, Daniel; FREEMAN, Jody; CARLSON, Ann. *Cases and Materials in Environmental Law*. Eight Edition. St. Paul: Thompson Reuters, 2010. p. 344], e está fundada na máxima de que o governo federal não pode tomar a propriedade privada para o uso público sem justa compensação. [MALONE, Linda. *Environmental Law*. Fourth Edition. New York: Wolters Kluwer, 2014. p. 35] A tomada física da propriedade ou invasão para o direito americano gera o direito a indenização ao proprietário, como se observa em *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419 (1982) [Disponível em: www.supremecourt.gov. Acesso em: 15.abr. 2015]. Contudo, o Justice Holmes, de modo preciso, defendia que a *takings clause* incidiria apenas nos casos em que a regulação (intervenção) e limitação (da propriedade) fosse “muito além”. [Apud MALONE, Linda. *Environmental Law*. Fourth Edition. New York: Wolters Kluwer, 2014. p. 35] No mesmo sentido, deve o Estado possuir legítimo interesse ao impor regulações ambientais a propriedade dentro do exercício do seu poder de polícia, como sacramentado em *Agins v. City of Tiburon*, 447 U.S. 255 (1980). [Disponível em: www.supremecourt.gov. Acesso em: 15. Abr. 2015]

tem se posicionado a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça⁷ e no Supremo Tribunal Federal.⁸

1.2. Conceito e características

Tombamento é forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objeto a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerado, pela legislação ordinária, “o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no país cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico [art. 1º do Decreto- lei nº 25, de 30-11-37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional]”.

Empregando o vocábulo tombamento, o direito brasileiro seguiu a tradição do direito português, que utiliza a palavra *tombar* no sentido de registrar, inventariar, inscrever nos arquivos do Reino, guardados na Torre do Tombo.

Pelo tombamento, o Poder Público protege determinados bens, que são considerados de valor histórico ou artístico, determinando a sua inscrição nos chamados Livros do Tombo, para fins de sua sujeição às restrições parciais. Em decorrência dessa medida, o bem, ainda que pertencente a particular, passa a ser considerado bem de interesse público, daí as restrições a que se sujeita o seu titular.

Como uma restrição parcial, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio, não dá, em regra, direito à inde-

7 ADMINISTRATIVO. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS. PARQUE DA SERRA DO MAR. Os proprietários que, por imposição legal, sofrem restrição ao direito de uso de seus imóveis, têm direito à indenização pelo prejuízo causado ao seu patrimônio. [STJ. Rel. Ministro Castro Meira. 2a. Turma. Recurso Especial n 665791. Dje 20.03.2006]

8 AVENIDA PAULISTA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. TOMBAMENTO. SÚMULA 279. Na desapropriação indireta, destaca-se a dimensão individual do prejuízo sofrido com o tombamento. Demonstração, no acórdão recorrido, do dano especial sofrido pelo proprietário, o qual resultou no esvaziamento do direito de propriedade. Inviabilidade da pretensão recursal de reexame das premissas fáticas do acórdão (súmula 279 desta Corte). [STF. Rel. Ministro Joaquim Barbosa. 2a Turma. Recurso Extraordinário. Dje 15.05.2012]

nização. Para fazer jus a uma compensação pecuniária, o proprietário deverá demonstrar que realmente sofreu algum prejuízo em decorrência do tombamento.

Tombamento é procedimento administrativo, porque não se realiza em um único ato, mas numa sucessão de atos preparatórios, essenciais à validade do ato final, que é a inscrição no Livro do Tombo.

1.3 Objeto

Tombamento pode ser realizado em bens de qualquer natureza: móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, públicos ou privados. Nos termos do §2º do art. 1º do Decreto-lei nº 25/37, são sujeitos a tombamento “os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importem conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana”.

O art. 3º do referido Decreto-lei exclui da possibilidade de tombamento, por não pertencerem ao patrimônio histórico e artístico nacional, as obras de origem estrangeira:

- a - que pertençam às representações diplomáticas ou consulares acreditadas no país;
- b - que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país;
- c - bens adquiridos por sucessão de estrangeiro e situados no Brasil;
- d - que pertençam a casas de comércio de objetos históricos ou artísticos;
- e - que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais;
- f - que sejam importadas por empresas brasileiras expressamente para adorno dos respectivos estabelecimentos.

É, portanto, instituto destinado à proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e, jamais, para a proteção (ou apropriação) de bens estrangeiros. É figura jurídica marcada por um nacionalismo concreto defensor dos bens e valores nacionais.

1.4 Natureza Jurídica

O tombamento para parte da doutrina é discricionário e para outra parte vinculado. Segundo DI PIETRO o tombamento é um ato discricionário, todavia, como todo ato administrativo, deve ser motivado.⁹ Verdade é que o tombamento apresenta traços evidentes de discricionariedade, mas não está desvinculado da lei, possuindo caráter misto ou híbrido.

Para BANDEIRA DE MELLO¹⁰, CIRNE LIMA¹¹, DALLARI¹², GASPARINI¹³, VALLE FIGUEIREDO¹⁴ e FREITAS¹⁵, o tombamento constitui modalidade de servidão administrativa, porque ao contrário da simples limitação, incide sobre imóvel determinado, causando ao seu proprietário ônus maior que para os demais membros da coletividade.¹⁶

Para DI PIETRO o tombamento é uma categoria própria, que não se enquadra nem como simples limitação administrativa, nem como servidão. E para outros trata-se de mera limitação administrativa, pois

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª ed. Editora Atlas. São Paulo, 2001.

10 Ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2004. _____. Tombamento e dever de indenizar. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, n. 81, 1987.

11 Ver: CIRNE LIMA, Rui. *Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

12 Ver: DALLARI, Adilson Abreu. Tombamento. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.), *Temas de Direito Urbanístico*. São Paulo: Ed. RT, vol. 2, 1991.

13 Ver: GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. Ed. Saraiva -São Paulo 1989.

14 Ver: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

15 Ver: FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

16 Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello sempre que seja necessário um ato específico da Administração impondo um gravame, por conseguinte, criando uma situação nova, atingiu-se o próprio direito e, pois, a hipótese é de servidão. Ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2004. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Tombamento e dever de indenizar. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, n. 81, 1987.

para estes as restrições impostas pelo tombamento recaem sobre o direito de propriedade e não sobre o próprio bem, vale dizer, recaem sobre a pessoa do proprietário.¹⁷

Melhor entendimento, contudo, é que o tombamento constitui uma servidão administrativa e o bem dominante é o próprio interesse público, não havendo necessidade, como no direito civil, que haja imóvel [prédio] dominante. É indiscutível que o tombamento, ao contrário das limitações administrativas, impõe um gravame e atinge o próprio direito de propriedade. Não há que se reconhecer, como cogitou-se no passado, que o tombamento é uma manifestação do poder de polícia do Estado, em face da sua evidente natureza de servidão administrativa.

1.5 Da possibilidade de tombamento de florestas, reservas naturais e parques ecológicos

Segundo LOPES MEIRELLES¹⁸ e CARVALHO FILHO¹⁹ é um equívoco a promoção de tombamentos de florestas, reservas naturais e parques ecológicos. Isto porque referidos bens jurídicos possuem tutela própria no Código Florestal, ficando à margem do instituto do tombamento, embora mereçam a proteção do Poder Público através de outros mecanismos.

Não assiste razão, *permissa vênia*, aos referidos doutrinadores. A Constituição Federal é clara ao dispor que o Poder Público, com a colaboração de toda a coletividade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural por meio de tombamento. Quando menciona o patrimônio cultural, por óbvio, refere-se ao patrimônio cultural ambiental [art. 216, parágrafo único]. De outra banda, a redação constitucional que

17 Ver DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. Págs. 136-138. Direito Administrativo. 13ª. Ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2001.

18 Ver MEIRELLES, Hely Lopes. Tombamento e indenização. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar/FGV, jul/set 1985, v. 161, pp. 1 a 6. *ide*.

19 Ver CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12.ª ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

determina a proteção ampla ao meio ambiente, no art. 225, não deixa margem para dúvidas sobre o fato de que o tombamento pode ser utilizado como instituto jurídico que é em defesa do meio ambiente. Meios de proteção ao meio ambiente não são restritos pelo texto constitucional, se o Poder Constituinte Originário não restringe, não cabe ao intérprete fazer a restrição, em menoscabo à preservação dos bens naturais para as presentes e futuras gerações e ao dever fundamental de proteção do meio ambiente. A perspectiva do tombamento precisa ser intergeracional e ecologicamente comprometida, com mais razão, na Era do desenvolvimento sustentável, marcada pela *Ecologia Integral* da *Encíclica Laudato Si*, pela *COP 21* e pela *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável* da ONU.²⁰

Importa grifar, como argumento final neste ponto, que mesmo antes da Constituição de 1988, já se admitia a proteção do meio ambiente via ação civil pública, em sede de doutrina e de jurisprudência. Com o advento do texto constitucional a proteção ao meio ambiente tornou-se uma prioridade, para o Estado e sociedade. Para se alcançar este objetivo, tutela ambiental, o tombamento pode e deve ser utilizado de modo combinado com o princípio da precaução.

20 O ano de 2015 pode ser chamado de ano da sustentabilidade. Três momentos, que ampliaram e revitalizaram o conceito de desenvolvimento sustentável, foram marcantes. A Igreja Católica, sob a liderança do Papa Francisco, editou a *Encíclica Laudato Si*, defendendo a *ecologia integral* e o desenvolvimento sustentável. Posteriormente, a Assembléia Geral da Onu elegeu, após três anos de discussões, os 17 objetivos e 169 metas do desenvolvimento sustentável, inseridos no documento *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Por fim, foi realizada, no final do ano, a 21ª Conferência do Clima em Paris. As nações fixaram metas mais rígidas para o corte das emissões de gases de efeito estufa com a finalidade de limitar o aumento da temperatura global, para garantir o desenvolvimento sustentável das presentes e futuras gerações.

2 Princípio da Precaução no ordenamento jurídico brasileiro e a análise do custo-benefício

O princípio da precaução está inserido no ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro pela Conferência sobre Mudanças do Clima, acordada pelo Brasil, no âmbito da Organização das Nações Unidas, por ocasião da Eco/92 e, posteriormente, ratificada pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo 1, de 03.02.1994; pelo Decreto n° 99.280/90, que promulgou a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e o Protocolo de Montreal sobre as substâncias que destroem a camada de ozônio; pelo Decreto n° 2.652/98, que promulgou a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas e, também, pelo Decreto n° 2.519/98 que promulgou a Convenção sobre Diversidade Biológica.

Mais recentemente, a Lei n° 11.105, de 24/03/2005, que se refere à Biossegurança; a Lei n° 11.428, de 22/12/2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica; a Lei n° 12.187, de 29/12/2009, que institui a Política Nacional sobre o Meio Ambiente e Mudança Climática; a Lei n°. 11.934 de 2009, sobre exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos; e a Lei n° 12.305, de 02/08/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos e altera a Lei n° 9.605, adotaram o princípio da precaução. O princípio, outrossim, já foi reconhecido expressamente e aplicado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, no caso da importação de pneus remodelados.²¹

Tratando-se de princípio da precaução é mandatório que estejam presentes os seus elementos constitutivos para que este seja aplicado: o risco de dano, a sua irreversibilidade e a incerteza científica. A inversão do ônus da prova é mecanismo de fundamental importância para a garantia da eficácia do princípio, uma vez que é do poluidor, predador ou empreendedor, o dever de provar que a sua atividade não causa risco de dano ao meio ambiente.²²

21 STF. Relatora Ministra Carmen Lúcia. ADPF 101. Plenário 04.06.2009.

22 Para uma visão mais abrangente do princípio da precaução, ver: WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. Belo Horizonte: Editora Interesse Público, 2009.

Outrossim, é necessário evoluir para a adoção do procedimento da análise do custo-benefício das medidas de precaução, embasado por informações sólidas e fartas, dentro de um processo decisório democrático, público, transparente,²³ ecologicamente responsável e que respeite o princípio da dignidade da pessoa humana²⁴. Importante que sejam afastados *biases*²⁵ contra esta análise no sistema legal brasileiro. Observa-se que nos Estados Unidos a análise do custo-benefício está irremediavelmente ligada à aplicação do princípio da precaução em atos regulatórios. A Suprema Corte já decidiu que a análise do custo-benefício, para além de ser compatível com a Constituição, e prevista em três ordens executivas²⁶,

23 Ver: SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge Press, 2005.

24 Ver: SUNSTEIN, Cass. *Valuing Life*. Humanizing the Regulatory State. Chicago: The University of Chicago Press, 2015.

25 É clássica a obra de Kahneman e Tversky publicada na revista Science no anos 1970 avaliando os efeitos nocivos de julgamentos frente a incertezas que podem ser contaminados por enviesamentos e heurísticas. Ver: TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases, 185 *SCIENCE* (n.s.) 1124, 1127 (1974). Certamente estes enviesamentos e heurísticas podem afetar administradores públicos, juízes e promotores quando tomam decisões, afinal todos são seres humanos com virtudes e limitações.

26 A implementação da análise do custo-benefício foi iniciada pelo Governo Ronald Reagan com a criação da *White House Office of Information and Regulatory Affairs-OIRA* e a publicação da Ordem Executiva 12291 de 1981. O procedimento de análise do custo-benefício no Governo Reagan apresentou efeitos positivos com medidas regulatórias de proteção ao meio ambiente, segurança alimentar, redução de riscos nas rodovias, na promoção de programas de saúde pública, na facilitação do acesso à imigração, na produção de energia e na segurança interna contra atos terroristas. Foi expedida pelo Presidente Bill Clinton a Ordem Executiva 12866, no ano de 1993, atualizando a regulamentação da matéria. Referido procedimento de análise do custo-benefício continuou a ser implementado em administrações do partido republicano e, também, do democrata, em matéria regulatória, invariavelmente.

Ganhou maior importância o referido procedimento na administração do Presidente Barack Obama que nomeou como Diretor da OIRA, o *Professor da Harvard Law School*, Cass Sunstein, especialista em direito administrativo e práticas regulatórias, sendo um dos grandes defensores da análise do custo-benefício. Orientado por Sunstein, o Presidente Barack Obama publicou a Ordem Executiva n. 13563, de 18 de Janeiro de 2011, com premissas básicas de análise do custo-benefício para serem observadas pelas agências federais e demais setores do governo. [SUNSTEIN, Cass; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to make groups smarter*. Cambridge: Harvard Business Review Press, 2015. P. 157-158;205]

é exigida em matéria de regulação ambiental quando esta envolve elevados custos, como decidido recentemente em *EPA v. EME Homer City*[2014]²⁷ e, também, em *Michigan v. EPA*[2015]²⁸. O Poder Legislativo brasileiro precisa caminhar no sentido de inserir uma análise do custo-benefício *ética e ambientalmente responsável* no ordenamento (*pois existem valores que não podem ser precificados*)²⁹, com a finalidade de evitar prejuízos sociais, econômicos e ambientais causados por decisões equivocadas e pouco informadas.

3 Princípio da precaução como instrumento do tombamento

Tombar é intervir na propriedade privada para a proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico e ambiental. Nos dias atuais, apesar de oposição da doutrina exposta por LOPES MEIRELLES, o tombamento também tutela bens ambientais. Isto porque, em face da combinação dos artigos 225 e 216 da Constituição Federal, pode-se inferir que para atingir-se a máxima proteção ambiental, o tombamento deve ser utilizado.

Este procedimento evita atos danosos ao meio ambiente, inclusive cultural, sem que o proprietário fique privado dos direitos inerentes ao

27 Sobre as inúmeras vantagens do emprego da análise do custo-benefício em matéria regulatória e o resultado da experiência de Cass Sunstein como Diretor da OIRA, ver: SUNSTEIN, Cass. *Simpler: the future of government*. New York: Simon and Schuster, 2013.

28 Sobre o caso *Michigan v. EPA*, ver Supreme Court Blocks Obama's Limits on Power Plants, The New York Times, 30.06.2015. Disponível em: http://www.nytimes.com/2015/06/30/us/supreme-court-blocks-obamas-limits-on-power-plants.html?_r=0. Acesso em: 10.12.2015.

29 A maior dificuldade, contudo, que precisa ser superada, é que existem direitos fundamentais que não possuem valoração econômica - em que pese a grita utilitarista pós moderna - como a vida, a saúde, o meio ambiente equilibrado e a própria dignidade da pessoa humana. [Ver, SANDEL, Michael. *What's money can't buy? The moral limits of market*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012, p. 203 e SUNSTEIN, Cass R. *Valuing Life. Humanizing the Regulatory State*. Chicago: The University of Chicago Press, 2015]. No direito norte-americano utiliza-se a figura do *cost-oblivious* para resolver os casos em que a proteção ao ambiente é tão importante que a regulação é realizada sem considerar o custo de sua implementação. [MALONE, Linda. *Environmental Law*. Fourth Edition. New York: Wolters Kluwer, 2014. p. 3.]

domínio. Na mesma senda, o tombamento é corolário do princípio da função social da propriedade e para que este resulte incólume, se faz necessário o respeito máximo ao bem ambiental por disposição constitucional (art. 186, inc. II).

O princípio da precaução, aqui utilizado em acepção ampla, deve ser aplicado sempre que houver risco de dano ao meio ambiente. Mesmo que a ciência atual não tenha comprovado que a atividade ou empreendimento são efetivamente danosos a este. Este princípio deve ser aplicado para que não seja mutilado determinado bem ambiental, arqueológico ou cultural. Aliás, a conexão entre o tombamento e medidas judiciais precautórias foi procedida recentemente em precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça de relatoria do Ministro HERMAN BENJAMIN.³⁰

30 PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE CONSTRUIR. AÇÃO DEMOLITÓRIA. PATRIMÔNIO HISTÓRICO, CULTURAL E PAISAGÍSTICO DE OLINDA. REFORMA DE IMÓVEL RESIDENCIAL SEM LICENÇA URBANÍSTICA E EM DESACORDO COM EXIGÊNCIAS LEGAIS. ARTS. 187, 1.228, § 1º, 1.299 E 1.312 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA INICIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. POSSUIDORA DIRETA E RESPONSÁVEL PELO ACRÉSCIMO AO IMÓVEL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 934, III, DO CPC. PERICULUM IN MORA REVERSO. UNESCO. CONVENÇÃO RELATIVA À PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO MUNDIAL, CULTURAL E NATURAL....5. Por meio de tombamento ou de outras formas de intervenção administrativa e judicial, a atuação do Estado não protege - nem deve proteger ou muito menos exaltar - apenas estética refinada, arquitetura suntuosa, produção artística luxuosa, templos esplendorosos, obras grandiosas dedicadas ao ócio, ou sítios comemorativos de façanhas heroicas dos que instigaram ou lutaram em guerras, com elas ganharam fama ou enriqueceram. Além de reis, senhores e ditadores, a História vem contada também pelos feitos, revoltas e sofrimentos dos trabalhadores, dos pobres, dos estigmatizados e dos artífices mais humildes da Paz. Para que deles, do seu exemplo, coragem e adversidade nunca se olvidem as gerações futuras, fazem jus igualmente à preservação seus monumentos, conjuntos e locais de interesse, com suas peculiares marcas arquitetônicas, mesmo que modestas e carentes de ostentação, assim como seus rituais, manifestações culturais, raízes etnológicas ou antropológicas, e até espaços de indignidade e desumanidade - do calabouço à senzala, da sala de tortura ao campo de concentração. 6. Tal qual quando socorre as promessas do futuro, o ordenamento jurídico brasileiro a ninguém atribui, mais ainda para satisfazer interesse individual ou econômico imediatista, o direito de, por ação ou omissão, destruir, inviabilizar, danificar, alterar ou comprometer a herança coletiva e intergeracional do patrimônio ancestral, seja ele tombado ou não, monumental ou não. 7. Cabe ao Poder Judiciário, no seu inafastável papel de último guardião da ordem pública histórica, cultural, paisagística e turística, assegurar

Havendo efetivo risco de dano para estes valores e bens tutelados pelo ordenamento jurídico, não há margem de discricionariedade para a Administração Pública e suas autarquias. O tombamento, neste cenário, deve ser efetivado.

Nos casos em que o Poder Judiciário é levado a se manifestar sobre o tombamento, geralmente provocado através de ação civil pública, havendo risco de dano ambiental, deve ser aplicado o princípio da precaução e o tombamento determinado. O primeiro é instrumento do segundo para a tutela do bem ambiental em caso de risco de danos ao meio ambiente.

Não há que se falar em violação do Princípio da Separação dos Poderes, enfatizado por Montesquieu no *Espírito das Leis*³¹, porque os Poderes não são separados em compartimentos estanques e devem ser harmonizados. O Estado- Juiz, *a fortiori* ante falhas e omissões nas políticas públicas de proteção ambiental a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo, deve aplicar o princípio da precaução³² nos processos envolvendo procedimentos de tombamento. Estará assim concedendo eficácia imediata à proteção do meio ambiente, como direito fundamental de terceira geração.

a integridade dos bens tangíveis e intangíveis que a compõem, utilizando os mecanismos jurídicos precautórios, preventivos, reparatórios e repressivos fartamente previstos na legislação. Nesse esforço, destaca-se o poder geral de cautela do juiz, pois, por mais que, no plano técnico, se diga viável a reconstrução ou restauração de imóvel, sítio ou espaço protegido, ou a derrubada daquilo que indevidamente se ergueu ou adicionou, o remendo tardio nunca passará de imitação do passado ou da Natureza, caricatura da História ou dos processos ecológicos e geológicos que pretende substituir. 8. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nessa parte, não provido. [STJ. 2a. Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. RESP - RECURSO ESPECIAL – 1293608. DJE 11.09.2014]

31 Ver: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *De l'esprit des lois*. Paris: Editeur: Ellipses Marketing, 2015.

32 Sobre decisões judiciais na tutela ambiental, quando falham as políticas públicas a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo, ver: WEDY, Gabriel. *Sustainable Development and the Brazilian Judge*. Sabin Center for Climate Change Law. New York: Columbia Law School, 2015. Fonte: http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/climate-change/wedy_-_sustainable_development_and_brazilian_judges.pdf. Acesso em: 01.12.2015.

A aplicação do princípio da precaução, na esfera judicial ou administrativa, nos procedimentos de tombamento, é medida que tutela o direito ao meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações. O princípio da precaução não pode deixar de ser aplicado, ou aplicado de modo insuficiente, quando presentes a incerteza científica e o risco de dano. Isso porque o princípio da proporcionalidade veda a inoperância e a proteção insuficiente de bens jurídicos relevantes.³³

De outro lado, o princípio da precaução não pode ser aplicado sem a presença da incerteza científica e de indícios concretos de risco de dano ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico, artístico e cultural. Não deve jamais o aplicador do princípio fazê-lo, como sói acontecer, sem informações suficientes, com base na histeria coletiva, no clamor público e em pressões midiáticas do momento. É conhecida a falácia em adotar referida escolha pública precautória focada exclusivamente no pior dos cenários, em hipotético e remoto risco de dano ou, até mesmo, de catástrofe [no caso do dano ambiental].³⁴ Aí configura-se o excesso, vedado pelo princípio da proporcionalidade.

Cabe ao aplicador, legislador e executor da medida evitar referido manejo, açodado e excessivo, sob pena de causar o nefasto *efeito paralisante* do princípio da precaução³⁵ que inviabiliza empreendimentos econômicos, pesquisas científicas e outras iniciativas de grande importância para a sociedade. Para isso, seria importante, ainda mais em demandas de valor elevado, se fazer a análise do custo-benefício da medida de pre-

33 Ver sobre o tema da responsabilidade do Estado em casos de proteção insuficiente do meio ambiente em: WEDY, Gabriel. Princípio da precaução e responsabilidade estatal. *Revista Internacional de Direito Ambiental*. V. 12 Set/Dez. 2015. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2015. Páginas 120-150.

34 Ver: SUNSTEIN, Cass. *Worst-Case Scenarios*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

35 Especificamente sobre o nefasto efeito paralisante do princípio da precaução ver: SUNSTEIN, Cass. *The paralyzing principle*. Chicago: Chicago Law Review, 2002. Disponível em: <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2002/12/v25n4-9.pdf>. Acesso em: 12.12.2015.

caução embasada em informações sólidas e fartas dentro de um processo decisório democrático, público e transparente.³⁶

É importante referir que a aplicação excessiva ou insuficiente do princípio da precaução, nos procedimentos de tombamento, amplia e multiplica – em uma sociedade de múltiplos riscos como a nossa³⁷ – a possibilidade da ocorrência de danos ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. A temperança, pregada faz milênios por ARISTÓTELES, em uma visão comunitária,³⁸ é uma virtude que se impõe ao aplicador do princípio da precaução.

Conclusão

No encerramento do presente estudo pode-se concluir que o princípio da precaução deve ser aplicado nos casos em que envolvem o procedimento administrativo de tombamento. A aplicação do referido princípio fornece maior efetividade ao instituto do tombamento e proporciona maior proteção ambiental contra riscos de danos.

O princípio da precaução deve ser aplicado, com parcimônia e de forma razoável, respeitando os vetores do princípio da proporcionalidade das vedações do excesso e de inoperância. Carece o sistema legal brasileiro infelizmente de uma norma regulamentadora que implemente o procedimento da análise do custo-benefício ecologicamente responsável nas decisões administrativas e que poderia servir de norte, dentro das peculiaridades de nosso sistema judicial, para as decisões do próprio Estado-Juiz. A análise do custo-benefício concede maior transparência e melhor informa o processo decisório, além de evitar prejuízos econômicos, sociais e ambientais.

O tombamento, outrossim, deve proteger bens culturais, históricos e ambientais, mas jamais pode ser utilizado para a mutilação da propriedade privada, sob pena de converter-se em desapropriação indireta, naqueles casos em que o uso da propriedade tornar-se economicamente inviável.

36 Ver: SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge Press, 2005.

37 Ver: BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a new modernity*. London: Sage, 1997.

38 Ver: ARISTOTLE. *The Politic*. Oxford: Oxford Classic Texts, 1988.

Referências Bibliográficas:

- ARISTOTLE. *The Politic*. Oxford: Oxford Classic Texts, 1988.
- AVILA, Juan Manuel Alegre. *Evolución y regimen jurídico del patrimonio histórico*. Madrid: Ministerio de la Cultura, 1994. t. I.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.
- _____. *ombamento e dever de indenizar*. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, n. 81, 1987.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatora Ministra Carmen Lúcia. ADPF 101. Plenário 04.06.2009.
- _____. Rel. Ministro Joaquim Barbosa. 2a Turma. Recurso Extraordinário. Dje 15.05.2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2a. Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. RESP - RECURSO ESPECIAL – 1293608. DJE 11.09.2014.
- _____. 2a. Turma. Recurso Especial n 665791. Dje 20.03.2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12.^a ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CIRNE LIMA, Rui. *Princípios de Direito Administraivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Tombamento*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.), *Temas de Direito Urbanístico*. São Paulo: Ed. RT, vol. 2, 1991.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13^a ed. Editora Atlas. São Paulo, 2001.
- FARBER, Daniel; FREEMAN, Jody; CARLSON, Ann. *Cases and Materials in Environmental Law*. Eight Edition. St. Paul: Thompson Reuters, 2010.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7a Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FREITAS, Juarez. *Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância*. Revista Interesse Público. Ano VII. Nº 35, 2006.

Estudos de Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*. Ed. Saraiva -São Paulo 1989.

INSTITUTO DOS ARQUIVOS NACIONAIS: Torre do Tombo (Portugal). Da Torre do Tombo ao Instituto dos Arquivos Nacionais. Disponível em: <http://www.iannt.pt/instituto.html?menu=menu_iannt&conteudo=da_tt_ao_ian&conteudo_nome=Historial>. Acesso em: 30 de junho de 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. “Tombamento e indenização”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar/FGV, jul/set 1985, v. 161, pp. 1 a 6.ide

LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

MALONE, Linda. *Environmental Law*. Fourt Edition. New York: Wolters Kluwer, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1994.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *De l'esprit des lois*. Paris: Editeur : Ellipses Marketing, 2015.

SAX, Joseph L. Heritage preservation as a public duty: the Abbé Grégoire and the origins of an idea. *Michigan Law Review*, Michigan, v. 88, n. 5, p. 1142-1169, Apr. 1990.

SANDEL, Michael. What's money can't buy? The moral limits of market. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.

SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge Press, 2005.

_____. *Risk and Reason*. S.e, 2002.

_____. The Arithmetic of arsenic, 90 *Georgetown Law Review* 2255, 2002.

_____. *Worst-Case Scenarios*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

_____. *The paralyzing principle*. Chicago: *Chicago Law Review*, 2002.

Disponível em: <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2002/12/v25n4-9.pdf>. Acesso em: 12.12.2015.

_____. *Simpler: the future of government*. New York: Simon and Schuster, 2013.

_____. *Valuing Life*. Humanizing the Regulatory State. Chicago: The University of Chicago Press, 2015.

_____. SUNSTEIN, Cass; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to make groups smarter*. Cambridge: Harvard Business Review Press, 2015.

The New York Times, 30.06.2015. Disponível em: http://www.nytimes.com/2015/06/30/us/supreme-court-blocks-obamas-limits-on-power-plants.html?_r=0. Acesso em: 10.12.2015.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O tombamento no direito administrativo e internacional*. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. Págs. 231- 247. Ano 41. N° 163. Julho/setembro de 2004.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases, 185 *SCIENCE* (n.s.) 1124, 1127 (1974).

WEDY, Gabriel. Princípio da precaução e responsabilidade estatal. *Revista Internacional de Direito Ambiental*. V. 12 Set/Dez. 2015. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2015. Páginas 120-150.

_____. Sustainable Development and the Brazilian Judge. *Sabin Center for Climate Change Law*. New York: Columbia Law School, 2015. Fonte: http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/climate-change/wedy_-_sustainable_development_and_brazilian_judges.pdf. Acesso em: 01.12.2015.

_____. *O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. Belo Horizonte: Editora Interesse Público, 2009.