



## Gabriel Wedy: Precaução melhora eficácia do tombamento

A Constituição Federal, no seu artigo 216, parágrafo 1º, 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 parágrafo 5º do mesmo artigo 216 refere que o tombamento é um dos institutos que têm por objeto a tutela do patrimônio histórico e artístico nacional.

O dispositivo prevê ainda a desapropriação, que será utilizada quando a restrição afete integralmente o direito do proprietário. O tombamento, por sua vez, é sempre restrição parcial do domínio, conforme se verifica pela legislação que o disciplina. 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 [artigo 1º do Decreto-lei 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.

O tombamento é sempre uma restrição parcial, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio; por isso mesmo, não dá, em regra, direito à indenização. Para fazer jus a uma compensação pecuniária, o proprietário deverá demonstrar que realmente sofreu algum prejuízo em decorrência do tombamento. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello[1], Ruy Cirne Lima[2], Adilson de Abreu Dallari[3], Diógenes Gasparini[4], Lúcia Valle Figueiredo[5] e Juarez Freitas[6] 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. 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.[7]

Para Maria Sylvia Zanella 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 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 e não sobre o proprietário em si.[8]

O melhor entendimento é, contudo, que o tombamento é 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 já se cogitou no passado, que o tombamento é uma manifestação do poder de polícia do Estado em face da sua evidente natureza de servidão administrativa.

Segundo Hely Lopes Meirelles[9] e José dos Santos Carvalho Filho[10] é um equívoco a promoção de tombamento 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.[11]

Não é este o mais acertado entendimento. A Constituição Federal hoje 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 se refere a patrimônio cultural se refere, por óbvio, ao patrimônio cultural ambiental [artigo 216, parágrafo único]. De outra banda, a redação constitucional que determina a proteção ampla ao meio ambiente no artigo 225 não deixa margem de dúvida de que o tombamento pode ser utilizado como um instituto jurídico em defesa do meio ambiente. Os meios de proteção ao meio ambiente não são restritos pelo texto constitucional, assim se o Poder Constituinte Originário não restringe, não cabe ao intérprete restringi-lo em menoscabo a preservação dos bens naturais para as presentes e futuras gerações.

Mesmo antes da Constituição de 1988 já se admitia a proteção do meio ambiente através de ação civil pública em sede de doutrina e de jurisprudência que apenas interpretavam literalmente o texto legal regulamentador da referida ação [Lei 7.385/85]. Com o advento do texto constitucional a proteção ao meio ambiente tornou-se uma prioridade para o Estado e sociedade. Para se alcançar a tutela ótima do bem ambiental o tombamento pode e deve ser utilizado com base na interpretação combinada dos artigos 225 e 216 da Constituição Federal. O instituto pode ser útil para impedir atos danosos ao meio ambiente, inclusive cultural, sem que o proprietário fique privado de sua propriedade privada. 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.

O princípio da precaução, por sua vez, está inserido expressamente 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 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 2.652/98 que promulgou a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas e, também, pelo Decreto 2.519/98 que promulgou a Convenção sobre Diversidade Biológica.

Mais recentemente, a Lei 11.105, de 24/03/2005, que se refere à Biossegurança; a Lei 11.428, de 22/12/2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica; a Lei 12.187, de 29/12/2009, que institui a Política Nacional sobre o Meio Ambiente e Mudanças Climáticas; a Lei 11.934 de 2009, sobre exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos; e a Lei 12.305, de 02/08/2010 que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos e altera a Lei 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 [ADPF 101. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Plenário 04.06.2009].

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.[12]

Havendo risco provado de dano ao meio ambiente, não há margem de discricionariedade para a Administração Pública e suas autarquias. Neste caso, o tombamento deve ser efetivado trazendo o princípio da precaução como um dos seus importantes fundamentos.

Também naqueles 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 invocado o princípio da precaução com um dos fundamentos do tombamento a ser 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 De L'Esprit Des Lois[13], porque os Poderes não são separados em compartimentos estanques e devem ser harmonizados. Não fere a autonomia dos Poderes uma eventual determinação do Poder Judiciário para que seja instaurado o procedimento administrativo de tombamento por parte da Administração. Isto porque o Poder do Estado, englobando as suas três funções tradicionais, através de ordem judicial, aplicando o princípio da precaução, nos processos envolvendo procedimentos de tombamento, estará concedendo eficácia imediata à proteção do meio ambiente, como direito fundamental de terceira geração.

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 as futuras gerações. O princípio, contudo, 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.

De outro lado, o princípio da precaução não pode ser aplicado sem estar presente a incerteza científica e indícios concretos de risco de dano ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural. Não deve 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 focada exclusivamente no pior dos cenários, em hipotético risco de dano ou, até mesmo, de catástrofe [no caso do dano ambiental].[14] 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 precaução que inviabiliza empreendimentos econômicos, pesquisas científicas e outras iniciativas de grande importância para a sociedade. Para isso,



---

sempre é necessário se fazer a análise do custo-benefício da medida de precaução embasada em informações sólidas e fartas dentro de um processo decisório democrático, público e transparente.[15]

É importante que deixemos de lado biases contra esta análise. 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, é exigida em matéria de regulação ambiental quando esta envolve elevados custos como decidido recentemente em *EPA v. EME Homer City*[2014] e, também, em *Michigan v. EPA*[2015].[16]

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 nossa[17] – os riscos de danos ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Esta temperança, pregada faz milênios por Aristóteles,[18] é o grande desafio a ser enfrentado pelo aplicador do princípio da precaução.

Pode-se concluir que o princípio da precaução deve ser aplicado nos casos em que envolvem o procedimento administrativo de tombamento na sua motivação. Isto porque a aplicação do referido princípio fornece maior efetividade ao instituto do tombamento e visa proteger riscos de danos ao meio ambiente, enquanto direito fundamental de terceira geração, de modo mais abrangente. Este raciocínio também é corroborado pelo dever fundamental de proteção ao bem ambiental, a que estão atreladas pessoas físicas e jurídicas, de direito público e privado, tal qual previsto no artigo 225 do texto constitucional de 1988.

O princípio da precaução, contudo, deve ser aplicado, com parcimônia e de forma razoável, respeitando os vetores do princípio da proporcionalidade das vedações de excesso e de inoperância. O tombamento, por sua vez, deve proteger bens culturais, históricos e ambientais. É esta a sua função. O instituto jamais deve servir para a mutilação da propriedade privada, inviabilizando o seu uso, gozo e disposição, como naqueles casos em que a propriedade torna-se economicamente inviável, sob pena de transformar-se em desapropriação indireta, como já vem decidindo, aliás, o egrégio Superior Tribunal de Justiça há vários anos.[19]

[1] 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.

[2] Ver CIRNE LIMA, Rui. Princípios de Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.- Revista de Direito Público, v. 5/26;

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

[4] Ver GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo. Ed. Saraiva –



São Paulo 1989.

[5] Ver FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 7a Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

[6] Ver FREITAS, Juarez. Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

[7] 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.

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

[9] 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 .

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

[12] 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.

[13] Ver. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. L’Esprit Des Lois. Paris: Nabu Press, 2012.

[14] Ver. SUNSTEIN, Cass . Worst-Case Scenarios. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

[15] Ver. SUNSTEIN, Cass. Laws of fear: Beyond the precautionary principle. New York: Cambridge Press, 2005.

[16] Sobre as inúmeras vantagens do emprego da análise do custo-benefício em matéria regulatória, ver: SUNSTEIN, Cass. Simpler: the future of government. New York: Simon and Schuster, 2013 e SUNSTEIN, Cass. Valuing Life. Humanizing the Regulatory State. Chicago: The University of Chicago Press, 2015.

[17] Ver. BECK, Ulrich. Risk Society: Towards a new modernity. London: Sage, 1997.

[18] Ver. ARISTOTLE. The Politic. Oxford: Oxford Classic Texts, 1988 .

[19] STJ. Primeira Turma. Ministro Relator Luiz Fux. REsp nº 43518/SP.DJU 19/05/2003; STJ. Primeira Turma. Relator Ministro José Delgado. REsp 220983/SP.DJU. 25/09/2000.

#### **Date Created**

05/09/2015