

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE ARMAÇÃO DE BÚZIOS - RJ

Processo n.º: 2008.078.003144-6

P.A.: E- 14/056.710/08

ESTADO DO RIO DE JANEIRO e INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE – INEA, sucessor legal da Fundação Estadual de Engenharia e Meio Ambiente – FEEMA, qualificados nos autos da AÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO em epígrafe, que lhe movem **ESPÓLIO DE CÉSAR ALGUSTO BARRETO THEDIM e outros**, vêm, por meio de seu procurador legal, apresentar **CONTESTAÇÃO**, com base nos fatos e fundamentos que passa a expor.

1 - DOS FATOS

Os autores alegam que são co-proprietários de duas glebas de terras contíguas, totalizando 139.081,02 m² de terreno alodial e 42.951,26 m² de terreno de marinha.

Esta propriedade se encontra localizada no final da Praia do Canto, abrangendo a Praia dos Amores e o costão que se segue, no Município de Armação de Búzios.

Objetivando a proteção do patrimônio cultural presente nos imóveis supracitados, o Estado do Rio de Janeiro, por meio do Instituto Estadual do Patrimônio Cultural – INEPAC, órgão integrante da Secretaria de Estado de Cultura, efetuou, depois de transcorrido o competente processo administrativo, seu tombamento provisório.

O tombamento provisório abarca duas áreas dentro do Município de Armação de Búzios, identificados como “Área 1” e “Área 2”, que somadas possuem 59,06 hectares.

O edital de tombamento provisório determina as seguintes diretrizes para a ocupação do terreno:

1. Não serão permitidos loteamentos nessas áreas, incluindo condomínios.
2. A taxa de ocupação dos lotes que possam já existir nessas áreas deverá ser calculada da seguinte forma:
 - lotes de até 2.000 m²: 10% da área do lote;
 - lotes entre 2.000 e 10.000 m²: 5% (área do lote – 2.000) + 200;
 - maiores de 10.000 m²: 3% (área do lote – 2.000) + 600.
3. Será gravado o gabarito de um pavimento com altura máxima de 5 metros para edificações com cobertura em telha, contados do piso até a cumeeira, incluindo todos os seus elementos; para edificações com cobertura em lajes, altura máxima de 4 metros, contados a partir do piso até a laje de cobertura, incluindo todos os seus elementos.
4. Não será permitido construir nas áreas públicas, inclusive nos terrenos e acrescidos de marinha que integram as áreas propostas para tombamento.
5. Não serão autorizadas intervenções que descaracterizem ou degradem o conjunto paisagístico e os elementos que o compõem.

Os autores, mesmo diante do tombamento da área, resolveram abrir uma “rua” dentro do terreno, sem a necessária licença do INEPAC. Essa medida descaracterizou o conjunto paisagístico da área, além de ter violado normas de direito ambiental, fato que levou a emissão de multa pela FEEMA. Insatisfeitos com o tombamento dos imóveis, os autores ajuizaram a presente demanda requerendo: (i) a anulação do tombamento; (ii) a anulação da multa aplicada pela FEEMA; e, na eventualidade de não ser deferido o primeiro pedido, (iii) a anulação parcial do tombamento, retirando as limitações impostas pelo ato; ou, ainda eventualmente, (iv) indenização pela perda de valor da propriedade.

Para embasar estes pedidos os autores alegam, em síntese, que:

- o tombamento buscaria, por via oblíqua, instituir limitações urbanísticas, violando a competência municipal para tanto;
- o tombamento incorreria em vício de motivo em razão de: pretender a proteção geológica e ambiental, medidas que não se encontram dentro das hipóteses legais de tombamento; a ponderação entre os valores a serem protegidos e a ocupação do solo urbano serem de competência municipal; o Município já ter adotado medidas urbanísticas para proteção dos valores em questão; ser ilegal a interpretação extensiva das regras de tombamento, sob pena de violação do direito de propriedade;
- o tombamento estaria eivado de vício de forma, pois não observa o art. 18, inciso V, do Regimento Interno da Secretaria de Cultura, que determina o entrosamento do órgão com os demais entes da federação;
- o tombamento incidiria em desvio de finalidade - porque o instituto do tombamento se destina só a conservação, de forma que não poderia ser utilizado quando é permitida alteração no bem - e abuso de poder - pois existem inúmeras omissões no ato, que o tornam impreciso e obscuro, além de gerar uma “expropriação branca” no bem;
- haveria uma ampliação ilegal do limites da área tombada, decorrente do ofício 251/INEPAC/04;
- estaria sendo violado o direito de propriedade e a função social da mesma, em razão de seu esvaziamento econômico;
- o ato violaria os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, visto que o tombamento não buscou o meio menos nocivo para produção do fim almejado;
- seria ilegal a multa aplicada pela FEEMA, como consequência da ilegalidade do próprio tombamento.

Como se passa a demonstrar, tais razões não merecem prosperar. Vejamos.

2-DA CONEXÃO

Inicialmente cabe suscitar a ocorrência de conexão entre esta demanda e a Ação Civil Pública de número 2006.078.000217-0, onde são autores o Ministério Público do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro, que corre perante este Juízo da 1ª Vara Cível de Búzios.

De acordo com o art. 103 do CPC: “reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”.

Tanto nesta demanda quanto na ação civil pública mencionada é discutida a situação dos imóveis frente ao tombamento provisório realizado pelo INEPAC, pelo que há conexão em função da comunhão entre as causas de pedir.

Verificada a conexão é mister que se reúnam as ações para que sejam decididas simultaneamente (v. art. 105 do CPC). Tal proceder permite maior eficiência na condução do processo e evita a proliferação de decisões contraditórias.

Neste sentido, é clara a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹:

“...aí está o fundamento da reunião de processos determinada pela conexão ou pela continência: evitar a coexistência de decisões contraditórias e dar maior eficiência à atividade processual (princípio da economia processual) – já que, diante da existência de questões comuns nas causas, será possível, muitas vezes, aproveitar atos de um processo em outros, reduzindo custos e tempo de ambos”.

Assim, é imperativo que se determine a reunião entre este processo e o supracitado.

3-DA LEGALIDADE DO TOMBAMENTO

O tombamento da área objeto desta lide está de acordo com a legislação e com a Constituição Federal. Ao contrário do que é alegado pelos autores, não há qualquer vício que macule o ato.

3.1 – Das hipóteses possíveis de tombamento

O instituto do tombamento é previsto na Constituição Federal como instrumento destinado à proteção do patrimônio cultural. É o que se depreende da leitura art. 216 da CF:

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

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

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

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

(Grifamos e sublinhamos)

¹Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil V.2. Editora Revista dos Tribunais, 6ª Ed. pp. 49 e 50

A Constituição Federal é clara ao considerar como integrantes do patrimônio cultural os sítios de valor paisagístico, histórico, ecológico e científico e que os mesmos podem ser protegidos via tombamento. Como se desenvolverá mais a frente, estes são os principais fundamentos para o tombamento das Áreas 1 e 2, no Município de Armação de Búzios.

Em nível infraconstitucional, prevê o art. 1º do Decreto-lei número 25 de 1937:

“Art. 1º Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e 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.

(...)

§ 2º **Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.**”

(Grifamos e sublinhamos)

No mesmo sentido dispõe o Decreto-lei número 2, de 11 de abril de 1969, do Estado do Rio de Janeiro:

“Artigo 1º - Constituem o patrimônio histórico, artístico e paisagístico do Estado da Guanabara, a partir do respectivo tombamento, na forma deste Decreto-Lei, os seguintes bens, públicos ou particulares, situados no território estadual:

(...)

III - **Monumentos naturais, sítios e paisagens**, inclusive os agenciados pela indústria humana, que possuam especial atrativo ou sirvam de habitat a espécimes interessantes da flora ou da fauna local;”

(Grifamos)

Marçal Justen Filho² definindo o instituto afirma que:

“O tombamento consiste num regime jurídico específico, imposto por ato administrativo unilateral de cunho singular, quanto ao uso e fruição de coisa determinada, cuja conservação seja de interesse da coletividade e consistente em dever de manter a identidade dele.”

Numa análise comparativa, a legislação infraconstitucional que rege o tombamento pode ser considerada tímida frente ao disposto na Magna Carta, que aumenta significativamente o rol de valores englobados dentro do que conceitua como patrimônio cultural.

A proteção de valores científicos e ecológicos são dois exemplos claros que constam na Constituição Federal e que não aparecem diretamente previstos na legislação infraconstitucional, ainda que mediante um esforço argumentativo tais valores pudessem

²Filho, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. Editora Saraiva, 3ª edição, p. 493.

ser tidos como implícitos nas citadas normas.

Diante desta questão, em razão do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, não pode o intérprete limitar as hipóteses de proteção ao patrimônio cultural àquelas previstas na lei. Do contrário ter-se-ia verdadeira inversão do modelo previsto na pirâmide normativa.

A solução para este imbróglio é a aplicação direta da Constituição. Apertadamente é possível dizer que a aplicação direta da Constituição dá-se sempre que a aplicação de suas normas prescindirem de outra norma jurídica para que produza efeitos plenos.

É o que explana Gustavo Binenbojm³:

“Verifica-se, assim, o surgimento de uma verdadeira Constituição administrativa, que, por um processo de autodeterminação constitucional, emancipou-se da lei na sua relação com a Administração Pública, passando a consagrar princípios e regras que, sem dependência da interpositio legislatoris, vinculam direta e imediatamente as autoridades administrativas. **A Constituição, assim, deixa de ser mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador e passa a ser vista como norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa.**”

(Grifamos. Itálicos do original)

Se a ordem normativa infraconstitucional prevê todo o procedimento para que seja efetuado o tombamento, pode-se aplicar diretamente a Constituição para a proteção de valores culturais previstos nesta e que não possuem correlata previsão em lei.

A possibilidade de tombamento para proteção ecológica/ambiental é claramente admitida nos seguintes julgados do E. TJ-RJ:

“ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. Preliminar de cerceamento de defesa repelida. Prova requerida que se mostra desinfluyente para o deslinde da causa. Ação fundada em desapropriação indireta, decorrente de esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade. **Tombamento incidente sobre a propriedade da apelante, para fins de proteção ambiental**, que inviabiliza a construção de complexo turístico. O tombamento, enquanto espécie branda de intervenção do Estado na propriedade, de ordem geral, em regra, não enseja indenização, a qual depende de prova efetiva do prejuízo para o proprietário. A restrição imposta à faculdade demasiadamente específica do domínio não configura desapropriação indireta. Possibilidade de exploração econômica da área tombada que afasta a tese recursal. Restrição ao direito individual conformada com o princípio da proporcionalidade, eis que condizente com a limitação administrativa imposta, que visa à preservação do meio ambiente. Atendimento à função social da propriedade, que se sobrepõe ao interesse particular. Recurso desprovido.”

(Apelação número 2007.001.67819. Rel. Des. Carlos Eduardo

Passos- Julgamento: 16/01/2008 - SEGUNDA CAMARA CIVEL). Grifamos e sublinhamos.

“Duplo grau obrigatório. **Ação civil publica. Meio ambiente. Área protegida por tombamento estadual.** Obras realizadas sem autorização do órgão competente. Procedência do pedido. É ilegal a realização de obras em área de preservação permanente, sob especial proteção estadual, sem a previa aprovação do órgão de Defesa do Patrimônio Cultural e Ambiental do Estado. Tendo ficado demonstrado a realização de obra irregular, que causou dano ao meio ambiente, outra não poderia ser a solução, senão a condenação do réu a recuperar a área danificada. Sentença que condena município réu a abster-se de executar quaisquer intervenções nos limites da área tombada, bem como a recuperar a área danificada pelos aterros realizados, que se mantém, em reexame necessário.

(Reexame necessário número 2002.009.00718. Rel DES. Elisabete Filizzola- Julgamento: 26/03/2003 – Décima Quinta Câmara Cível). Grifamos e sublinhamos.”

Com base na aplicação direta da Constituição Federal e na legislação que rege o instituto, o INEPAC efetuou o tombamento das áreas em questão com vistas à proteção de um bem que possui inúmeros valores carentes de proteção. Entre outros valores protegidos é possível citar: o paisagístico, o ecológico, o histórico e o científico.

A conservação de tais valores permite que a atual e as futuras gerações criem um vínculo de identidade com a história e com as características da região e do país, sendo de fundamental importância para a definição de nossa sociedade.

Passa-se, então, à análise da presença e importância de tais valores na região.

3.1.1 – Do valor paisagístico

Como demonstra o parecer, em anexo, da Lavra da Dra. Maria Cristina Monteiro, O Conselho da Europa, em sua recomendação sobre a Conservação Integrada das Áreas de Paisagens, define a paisagem como “a expressão formal dos numerosos relacionamentos existentes entre o indivíduo ou uma sociedade e um território topograficamente definido, cuja aparência é resultado de ação ou cuidados especiais, de fatores naturais e humanos e de uma combinação de ambas”.

É de notoriedade internacional a beleza da paisagem natural que cobre o município de Armação de Búzios, não é por outro motivo que o município tem o turismo como principal atividade econômica.

Contudo, a beleza cênica da região não consiste tão só em um esplêndido visual. Além de bela, a paisagem de Búzios é peculiar.

A peculiaridade paisagística decorre tanto da formação geológica do terreno, que tem na Orogenia⁴ uma de suas marcas principais, quanto da composição da flora, que tem a Estepe Arbórea Aberta como característica. A comunhão destes fatores torna única a paisagem da região.

Ainda que seja clara na legislação e na Constituição a possibilidade de tombamento de paisagens naturais, colacionamos o seguinte julgado do E. Superior Tribunal de Justiça:

⁴Orogenia é o fenômeno natural onde cadeias montanhosas surgem em decorrência da colisão entre placas. O tema será abordando com maior profundidade adiante.

³Binenbojm, Gustavo. Temas de Direito Administrativo e Constitucional. Renovar, 2008, p. 354.

“ADMINISTRATIVO – TOMBAMENTO – COMPETÊNCIA MUNICIPAL.

1. A Constituição Federal de 88 outorga a todas as pessoas jurídicas de Direito Público a competência para o tombamento de bens de valor histórico e artístico nacional.

2. Tombar significa preservar, acautelar, preservar, sem que importe o ato em transferência da propriedade, como ocorre na desapropriação.

3. **O Município, por competência constitucional comum – art. 23, III –, deve proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos.**

4. Como o tombamento não implica em transferência da propriedade, inexistente a limitação constante no art. 1º, § 2º, do DL 3.365/1941, que proíbe o Município de desapropriar bem do Estado.

5. Recurso improvido.”
(RMS 18952 / RJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança número 2004/0130728-5. Rel. Ministra Eliana Calmon – Segunda Turma. Publicado no DJ de 30/05/2005 p. 266). Grifamos e sublinhamos.

Em razão da iminente possibilidade que tal área seja desfigurada pela derrubada da vegetação, bem como pela terraplanagem ou outras formas de modificação do terreno, faz-se necessário o tombamento da área para proteção de sua beleza paisagística.

3.1.2 - Do valor ecológico

De acordo com o dicionário Aurélio⁵ ecologia é o:

“Estudos das relações entre os seres vivos e o meio onde vivem, bem como de suas recíprocas influências.”

A proteção do valor ecológico se distancia da proteção do valor paisagístico, pois este resguarda só a beleza sensorial, seja ela natural ou artificial, enquanto aquele tem como escopo a proteção do complexo de relações e interações entre os animais e o meio orgânico e inorgânico.

O tombamento, como mecanismo de salvaguarda do valor ecológico, busca permitir que não sejam destruídos os componentes da “equação ecológica”, quais sejam: os animais e o meio orgânico e inorgânico que o circundam.

O parecer técnico número 4, que trata dos aspectos biológicos, de autoria do biólogo Dr. Cyl Farney Catarino de Sá⁶, é claro ao afirmar a necessidade de preservação da região:

“Diversas espécies que ocorrem na península de Búzios são consideradas raras e/ou ameaçadas de extinção de acordo com a ‘Lista Oficial de Espécies da Flora Brasileira Ameaçadas de Extinção’ (Portaria IBAMA 37-N de 03 de abril de 1992), como:

⁵Holanda Ferreira, Aurélio Buarque de. Mini Aurélio Século XXI. 5ª edição.

⁶Parecer 4: Aspectos Biológicos. Catarino de Sá, Cyl Farney. Retirado do processo administrativo, de número E-18/1337/2003, que deu origem ao tombamento provisório, pág. 89.

*Bauhinia smilacina (Leguminosae)
Caesalpinia echinata (Leguminosae)
Swartzia glazioviana (Leguminosae)
Sideroxylon obtusifolium (Leguminosae)
Jacquinia brasiliensis (Teophrastaceae)*

Outras espécies raras como Hornsuchia alba e Porcelia macrocarpa (Annonaceae – Maas, Junikka & Rainer 1999), e endêmicas locais como Pilosocereus utei (Cactaceae – Zappi 1994), entre outras aumentam a importância de áreas da península de Búzios. Também merece destaque a presença de duas novas espécies de Leguminosae (H.C. Lima, comunicação pessoal) dos gêneros Machaerium e Abarema ainda não descritas e encontradas nas florestas de Armação de Búzios.”

Dessarte, fica evidente que na península buziana existem seres vivos que estão correndo perigo de extinção. Com a extinção de espécies o ecossistema se torna pobre, podendo até deixar de existir. Para que não ocorra esta indesejável situação, que priva a atual e as futuras gerações de conhecer a beleza e a biodiversidade da região, bem como auferir os possíveis benefícios que podem surgir da exploração sustentável deste ecossistema, foi utilizado o tombamento ora em questão.

Frise-se que a tipologia peculiar da região torna o tombamento qualificado. É que não se está protegendo uma biota largamente encontrada no País, mas sim um sistema ecológico que só é encontrado na região e, portanto, merece especial proteção.

3.1.3 - Do valor histórico

Toda região onde hoje é estabelecido o Município de Armação de Búzios foi habitada por índios das tribos Tupinambás e Goitacazes.

O parecer técnico, em anexo, que deu origem ao tombamento informa que⁷:

“A história deste município esta vinculada à Cabo Frio, da qual era sede distrital. Mais de mil anos antes da chegada dos portugueses ao Brasil, a região era habitada por tribos Tupinambás e Goitacazes, que viviam na economia baseada na coleta de pesca e caça. Eram nômades e, após os recursos locais, iam a procura de outros trechos intactos. Empregavam o barro na cerâmica, confeccionavam adornos de pedras, dentes, conchas e penas, segundo achados arqueológicos.”

Assim, o conhecimento do meio onde viveram os nativos residentes da região é de grande importância histórica para a criação de uma identidade regional e nacional.

Outrossim, há um componente importante de história natural na região: a diferença entre o ambiente encontrado em todo o litoral do Estado do Rio de Janeiro, coberto por uma mata densa e úmida, e o que é encontrado em Búzios, que se assemelha com a vegetação da caatinga nordestina.

O motivo de haver tamanha distinção entre ambientes que aparentemente não possuem razões para serem diferentes é fonte inesgotável de inúmeras ciências, que

⁷Estudos de Tombamento Para dois Sítios Naturais Armação de Búzios, constantes do processo administrativo E-18/ 1337/2003.

conjuntamente buscam o estudo da história natural, como se demonstrará no tópico seguinte.

3.1.4 - Do valor científico

A área objeto do tombamento é uma rica fonte para pesquisa científica, abarcando uma série de ramos da ciência. Ainda que perfunctoriamente, alguns pontos de notória relevância científica passam a ser levantados.

A formação geológica da península de Armação de Búzios é sem dúvida um evento natural que permite um profícuo debate acadêmico. Segundo a tese mais aceita, a península de Búzios é formada pelo processo denominado Orogenia. Neste processo uma cadeia montanhosa surge em virtude da união de massas continentais por colisão.

A Orogenia Búzios decorre da colisão durante o período Cambriano (545 a 490 milhões de anos atrás) entre a América do Sul e a África e, aliado com outros fatores, teve como consequência o surgimento do megacontinente Gondwana.⁸

Búzios também guarda marcas da separação do Gondwana fenômeno que deu origem ao Oceano Atlântico, como deixa claro a seguinte passagem do Parecer 1:

“Muito depois, há 130 milhões de anos atrás, o Gondwana se fragmentou para dar origem ao oceano Atlântico. As evidências deste evento geológico se traduzem em diques basálticos encontrados nos costões de Búzios, destacando-se os da Ponta do Marisco, em Geribá, e por estruturas, dentre as quais a Falha do Pai Vitório, que coloca lado a lado rochas do embasamento cristalino Pré-Cambriano e os sedimentos terciários do Grupo Barreiras.”⁹

O fato de a cordilheira do Himalaia, onde residem os picos mais altos do mundo, também ser formada por Orogenia exemplifica a importância da proteção da região. Conhecendo melhor a maneira como surgiu e transcorreu a Orogenia Búzios os cientistas conseguem entender melhor o fenômeno que ocorre no Himalaia, bem como a formação de nosso planeta.

Outro importante fenômeno natural que ocorre na região e que ainda carece de maior compreensão científica é a existência de uma diferença climática regional, que faz com que a península de Búzios tenha uma baixa densidade pluviométrica, próxima a aridez.

Este evento ainda não totalmente explicado decorreria, entre outros fatores, do fenômeno da ressurgência, como explanado no “Parecer 3: Aspectos Biológicos” de autoria do Dr. Ronaldo Fernandes de Oliveira¹⁰:

“Esta diferenciação climática – bastante conhecida por pescadores, moradores e frequentadores mais assíduos da região e estudada pelo Geógrafo Dr. Evandro Biassi Barbieri – pode estar associada, entre outros fatos ambientais determinantes, ao fenômeno da ressurgência, que se verifica nas proximidades da Ilha de Cabo Frio, em Arraial do Cabo. Ali, águas frias e profundas, provenientes

do Sul do Continente, devido às características dos ventos predominantes e da morfologia do fundo marinho, vêm à superfície. As águas muito frias demoram mais a evaporar e, conseqüentemente, colocam menos vapor d’água à disposição da formação de chuvas. Além do mais, índices elevados de temperatura e altas taxas de evapotranspiração provocam, em alguns casos, deficiência hídrica nos solos.”

Esta deficiência hídrica em comunhão com outros fatores resultou num outro e também interessante fenômeno natural que é a diferença entre a vegetação existente na região de Búzios relativamente à encontrada no litoral do Estado do Rio de Janeiro.

Não fosse todo esse micro-sistema encontrado na região, a península de Búzios seria recoberta por uma mata densa, úmida e com vasta vegetação. Contudo, este não é o ecossistema encontrado em Búzios, o qual possui uma vegetação tipificada como Estepe Arbórea Aberta, muito semelhante à encontrada na caatinga nordestina.

A vegetação encontrada em Búzios remonta a última era glacial. Neste período a vegetação tropical brasileira se retraiu dando espaço para vegetação do tipo estépico, mais adaptada ao clima seco de então. Com o fim da era glacial e o retorno ao clima tropical, as florestas tropicais retomaram seus espaços. Contudo, por força dos fenômenos naturais descritos acima, isto não ocorreu com a vegetação de Búzios, que se manteve caracterizada por ser estépica.

Mais uma vez, traz-se à baila os ensinamentos do Dr. Ronaldo Fernandes de Oliveira¹¹:

“Assim, as condições de semi-aridez da região mantiveram, nos dias atuais, um tipo de vegetação que pouco se tropicalizou com as modificações climáticas que passaram a atuar a partir dos últimos doze mil anos, no território fluminense como um todo. Em Búzios, esse tipo de vegetação – tipificada como Estepe Arbórea Aberta, pela Classificação da Vegetação Brasileira Adaptada a um sistema Universal (IBGE), concordante com a Classificação do the Biogeographical of the world (ICUN) – é fisionomicamente muito semelhante à caatinga nordestina, diferenciando-se dela pela composição florística.”

Esses intrigantes fenômenos naturais são exemplos emblemáticos da importância que a região tombada tem para o desenvolvimento da pesquisa científica e do debate acadêmico.

A proteção do patrimônio cultural não se destina, como equivocadamente pode parecer, só as produções de cunho artístico. Ainda que tais obras mereçam proteção, também devem ser e são objetos de resguardo do patrimônio cultural outros valores caros a sociedade, como, v.g., a produção científica.

O termo cultura possui uma definição tão ampla que invariavelmente sua conceituação não abarcará todos os elementos que formam seu conjunto. Contudo, se podemos definir cultura como universo de valores característicos de uma sociedade, não há dúvidas que, para uma sociedade que é calcada pela razão, a ciência é valor que

⁸V. Parecer 1: Aspectos Geológicos. Mansur, Dátia. Retirado do p.a. e-18/1337/2003, po. 59 a 61.

⁹Ibidem, pp. 59 e 60.

¹⁰Parecer 3: Aspectos Biológicos. De Oliveira, Ronaldo Fernandes. Parecer retirado do processo administrativo que deu origem ao tombamento, de número E-18/1337/2003, p. 76.

¹¹Parecer 3: Aspectos Biológicos. De Oliveira, Ronaldo Fernandes. Parecer retirado do processo administrativo que deu origem ao tombamento, de número E-18/1337/2003, pp. 76 e 77.

íntegra o núcleo do conceito de cultura.

3.2 – Dos inúmeros tombamentos análogos ao presente

Por todo o Brasil existem inúmeros tombamentos realizados pelas entidades de proteção à cultura dos entes estaduais e pelo IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) que se assemelham ao caso em comento.

A existência destes outros tantos tombamentos demonstra que é plenamente aceito pelo ordenamento jurídico a proteção de sítios naturais por tombamento e que, quando necessária, são impostas limitações ao direito de construir.

Vejamos, então, alguns casos análogos tombados pelo IPHAN¹²: Floresta da Tijuca – RJ, Morro do Pão de Açúcar – RJ, Aterro do Flamengo – RJ, Parque Monte Santo – BA, Santa Cruz Cabralia – BA e Parque Nacional da Serra da Capivara – PI etc.

Diversas áreas são também protegidas pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO¹³ como: o Parque Nacional do Jaú, o Parque Nacional do Iguaçu, a Chapada dos Veadeiros e o Parque Nacional das Emas.

4- DA INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE MOTIVO OU DE FINALIDADE

Afirmam os autores que haveria vício de motivo no ato em razão de se ter utilizado o tombamento para proteção ambiental, por suas características geológicas e para adotar medidas urbanísticas, visando combater a ocupação humana que vinha desfigurando a paisagem da região, tudo em desconformidade com o previsto na legislação que rege o tombamento.

Em que pesem os argumentos levantados, não há qualquer vício no ato impugnado. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴:

“Motivo é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato.”

Assim, haverá vício de motivo caso não exista o pressuposto fático que autorize a prática do ato.

No presente caso não há que se falar em vício de motivo, pois o pressuposto fático para prática do ato é existente. Só poder-se-ia falar em vício de motivo se fosse comprovado, por exemplo, que o sítio natural tombado não possui grande beleza, importância para história natural ou que não possui qualquer relevância para pesquisa científica.

Por óbvio, não é de vício de motivo que se trata. Em verdade, diante de toda a argumentação dos autores se depreende que os mesmos pretendiam suscitar desvio de finalidade. Os autores também afirmam que há desvio de finalidade em razão de o tombamento não ser instituto que permita a alteração no bem, mas tão só sua conservação e em razão do tombamento ser omissivo em vários aspectos. Passa-se, então, a refutar tais argumentos.

O desvio de finalidade, também denominado desvio de poder, ocorre quando o agente pratica um ato com o intuito de alcançar finalidade diversa daquela para qual

¹²Exemplos retirados do site <http://www.iphan.gov.br/ans/inicial.htm>, em 11.04.2009.

¹³Exemplos retirados do site http://www.brasilia.unesco.org/areas/cultura/areastematicas/patrimoniomundial/copy6_of_index.html, em 11.04.2009.

¹⁴Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Malheiros, 16ª edição, 2003, p. 363.

possui atribuições.

Como explica Celso Antônio Bandeira de Mello:¹⁵

“De dois modos pode manifestar-se o desvio de poder:

- a) quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público. Isto sucede ao pretender usar de seus poderes para prejudicar um inimigo ou para beneficiar a si próprio ou amigo;
- b) quando o agente busca uma finalidade – ainda que de interesse público – alheia à ‘categoria’ do ato que utilizou. Deveras, consoante advertiu o preclaro Seabra Fagundes: ‘Nada importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido por divergir da orientação legal’”.

Desta sorte, não há desvio de finalidade em utilizar o tombamento para proteção de valores paisagísticos e ecológicos, conforme demonstrado no capítulo 3, pois a legislação infraconstitucional e a Constituição Federal encampam tais valores como patrimônio cultural que podem e devem ser protegidos por tombamento.

No que toca aos aspectos geológicos dos sítios naturais, objetos do ato, o tombamento é lastreado na proteção de valores científicos e da história natural da região. Ainda que o marco normativo sobre o instituto não preveja hipótese específica de proteção de interesse geológico, há previsão legal para proteção de valores que podem englobar questões geológicas, como o científico e o histórico, tudo de acordo com o que foi explicitado no capítulo 3. Dessarte, **não há desvio de finalidade também aqui em razão de o tombamento ter sido feito para a proteção de valores históricos e científicos, ainda que, para tanto, leve em consideração questões geológicas.**

Também não se verifica o desvio de finalidade por força da instituição de limitações à utilização do bem e em razão do instituto do tombamento não permitir alterações na coisa. Vejamos.

Tanto no tombamento ora em questão, como nos exemplos citados no tópico 3.2 supra, este veio acompanhado de uma série de limitações à utilização do bem. E não poderia ser diferente, o instituto do tombamento foi criado exatamente para que o proprietário de determinado bem seja obrigado a realizar alguns atos e/ou se abstenha de praticar outros tantos. Estes deveres específicos extrapolam os atos que são normalmente exigidos dos proprietários dos mesmos tipos de bens que, no entanto, não foram objeto de tombamento.

Pode-se dizer, assim, que os proprietários de bens tombados tem um âmbito menor de liberdade na condução de sua propriedade (tombada).

É ululante que de nada adiantaria o instituto em tese se não pudesse criar um regime especial para os bens tombados, pois é exatamente esse regime especial que permite ao instituto atingir sua finalidade: a conservação dos bens tombados.

De certo que se um sobrado tombado pudesse ser demolido, ou o uma obra de arte tombada pudesse ser descaracterizada, o tombamento seria um vazio jurídico.

Existindo uma infinita gama de bens sujeitos ao tombamento, também são infinitas as possibilidades de limitações a incidir sobre cada um deles, tudo a depender de quais são os perigos a que se encontra sujeito o patrimônio cultural objeto do tombamento.

No presente caso, como o bem é um sítio natural e os valores que se pretende proteger estão ligados com a constituição natural do local, as limitações incidentes

¹⁵Ibidem, p. 372.

devem ter como norte a preservação do estado natural da coisa.

Por outro lado, ainda que o instituto do tombamento possa limitar o âmbito da autonomia da vontade que um indivíduo tem sobre seus bens, esta limitação deve, obedecendo a critérios de proporcionalidade, respeitar o núcleo mínimo do direito de propriedade sobre o qual incidiu o tombamento, caso contrário ocorrerá expropriação.

Foi utilizando da proporcionalidade e com o escopo de respeitar o direito de propriedade dos autores que o Estado do Rio de Janeiro, por meio do INEPAC, entendeu que os proprietários dos terrenos poderiam construir neles, desde que fossem obedecidas determinadas regras.

Essas regras se assemelham as que normalmente são utilizadas em zoneamentos urbanísticos, contudo com elas não se confundem. Enquanto as limitações urbanísticas se destinam a ordenar uma área urbana e seus respectivos problemas, como o trânsito de pessoas e automóveis, a circulação do ar, a incidência do sol, a proteção do meio ambiente urbano, a distribuição da densidade demográfica etc, as limitações decorrentes de tombamento são destinadas à proteção do próprio bem.

Sinteticamente é possível afirmar que as limitações urbanísticas incidem sobre um bem não para proteção direta deste bem e sim para proteção de toda a cidade, já a limitação proveniente do tombamento visa à proteção direta do bem em si.

Assim, as limitações presentes no edital de tombamento provisório são destinadas à proteção do patrimônio cultural existente no sítio natural gravado pelo tombamento, de forma que não foi usurpada competência municipal para a instituição de normas urbanísticas, que existem e continuam plenamente vigentes no Município de Armação de Búzios.

Permitir uma larga ocupação do sítio natural tombado levaria a uma deterioração da área, conseqüentemente perecendo os inúmeros e valiosos valores culturais presentes na região. Por outro lado, impossibilitar qualquer tipo de construção ou ocupação na área tombada geraria o esvaziamento da propriedade.

Ainda que em alguns tombamentos exista a impossibilidade de modificação da coisa, está não é uma imposição do instituto. **O INEPAC dentro de sua área de expertise entendeu que uma pequena modificação dentro da área tombada, antecedida por projeto previamente aprovado pelo órgão, não geraria maiores danos ao patrimônio cultural que se pretende proteger, de modo que não há qualquer desvio de finalidade neste proceder. Ao revés esta é a conduta que dá concretude ao princípio da proporcionalidade, pois ao mesmo tempo protege o patrimônio cultural e o direito à propriedade privada dos autores.**

Por fim, afirmam os autores que haveria desvio de poder em razão de o tombamento ser omissão em vários aspectos, como pretendem demonstrar com o doc. 17 que acompanha a petição inicial, relativamente às normas de zoneamento urbano do Município de Armação de Búzios, fato que geraria insegurança jurídica.

Contudo, não há que se falar em omissão. As regras previstas no edital de tombamento são claras e eventual comparação com as normas urbanísticas municipais é descabida, pois, como já explanado, a natureza das limitações decorrentes do tombamento não se confundem com as urbanísticas.

5 – DA INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE FORMA

Alegam os autores que o tombamento possui vício de forma em razão da não observância do disposto no art. 18, inciso V, da resolução número 032 de 22 de fevereiro de 1991, que aprova o Regimento Interno da Secretaria de Estado de Cultura. Dispõe o citado artigo:

“Art. 18 – Ao Instituto Estadual do Patrimônio Cultural compete

desenvolver as ações, estudos, pesquisas e coordenação relacionados a bens culturais, cabendo-lhe promover e participar dos processos de preservação e restauração desses bens, observada a política patrimonial do Estado, e, especificamente: (...)

V- Entrosar-se com órgãos e instituições estaduais, municipais, federais e privadas, a fim de desenvolver e aperfeiçoar o desempenho de suas atribuições.”

Segundo os autores, como o INEPAC não teria ouvido no decorrer do processo de tombamento provisório o Município de Armação de Búzios o processo estaria maculado por vício de forma. Contudo, tal assertiva não merece prosperar: a uma, porque o ato foi praticado de acordo com a forma legal e, a duas, porque o Regimento Interno da Secretaria de Cultura não impõe tal dever.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Forma é o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência.”

Assim, haverá vício quando o ato for revestido por uma forma diversa daquela prevista em lei.

No presente caso, não há vício de forma tendo em vista que o tombamento é exarado sob a forma de um ato administrativo escrito, tudo como prevê a legislação que rege o instituto.

Outrossim, o previsto no art. 18, V, do Regimento Interno da Secretaria de Cultura não determina que para cada ato ou processo administrativo deva o INEPAC necessariamente entrosar-se com outros órgãos ou entidades.

O que impõe tal dispositivo é que o INEPAC deva buscar outros órgãos e entidades de forma genérica e abstrata para aperfeiçoar o desempenho de suas funções e não para prática de um específico ato. Esse tipo de entrosamento é praticado corriqueiramente pelo INEPAC, o próprio autor junta documento que demonstra tal conduta como se verifica pelo ofício 251/INEPAC/04 (v. fl. 174).

5 – DOS LIMITES DA ÁREA TOMBADA

Alegam os autores que a área tombada “vem se tornando cada vez maior com o passar do tempo”. Ainda que não exista impedimento legal ao aumento da área tombada, no presente caso não houve qualquer majoração na região objeto do tombamento provisório.

Por meio do ofício 251/INEPAC/04 o INEPAC, buscando uma melhor integração com o Município de Armação de Búzios, encaminhou ao ente municipal mapa atualizado da delimitação parcial da “Área 1”. Este documento é tido pelos autores como tentativa de alargamento da área tombada.

Conquanto os autores não tenham feito pedido para que se declare a nulidade do que eles entendem ser um alargamento ilegal da área tombada, em nome do princípio da eventualidade demonstrar-se-á que o ato impugnado não sofre de qualquer vício.

Antes de adentrar no cerne desta discussão é importante frisar que o tombamento ora impugnado é provisório e será, portanto, futuramente substituído por um definitivo. O tombamento provisório permite que mesmo durante o processo de tombamento os bens objetos do mesmo afixem a proteção necessária ao resguardo do patrimônio cultural. Pode-se dizer, assim, que o tombamento provisório tem escopo cautelar. É

necessário que se compreenda, portanto, que o tombamento provisório é precário por natureza.

Em que pesem tais argumentos, o ato ora em questão possui detalhamento suficiente para que se delimite com clareza qual a área sobre qual incide, como se verifica no edital de tombamento provisório, bem como nos mapas presentes no processo administrativo do qual originou.

Contudo, na exordial se afirma que “o edital de tombamento exclui toda a Praia do Canto, pois atinge somente sua extremidade oeste, prosseguindo pelo costão de rocha localizado nessa extremidade; isto é no fim da praia”. Com base nesta argumentação os autores pretendem demonstrar que os “lotes A-1, A-2 e A-3-1” não se encontram dentro dos limites da área tombada.

A argumentação supra padece de contradição em seus próprios termos, visto que afirma que o tombamento exclui toda a Praia do Canto, pois atinge sua extremidade oeste (sic). Ora, **se o tombamento atinge uma das extremidades da praia é porque um “pedaço” final da praia é atingida pelo mesmo, não havendo que se falar, assim, em exclusão de toda Praia do Canto.**

Uma das pretensões por de trás desta questão é salvar a venda do “lote A-1” que, de acordo com o doc. de fls. 164/172, foi prometido à venda para dois franceses, que pagaram R\$ 890.190,00 (oitocentos e noventa mil, cento e noventa reais) pelo terreno. Pede-se vênha para sair do objeto desta lide com o intuito de notificar um fato relevante, de acordo com a Escritura Pública de Promessa de Compra e Venda supracitada, parte substancial do valor, R\$748.890,00 (setecentos e quarenta e oito mil, oitocentos e noventa reais), foi pago com cheque emitido pelo Banco do Brasil S/A, agência da Ciudad Del Leste – Paraguai, pagável na agência de New York, EUA, numa transação que pode indicar a prática de ilícitos criminais fiscais. Ainda que não se possa afirmar categoricamente a ocorrência de crime, a título de colaboração entre as instituições, sugere-se que seja extraída cópia do documento em referência e de outras peças importantes para que seja notificado o Ministério Público Federal e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras-COAF.

A fim de verificar se os lotes em questão estavam dentro da área tombada, os autores peticionaram ao Município de Búzios (sic) para que este verificasse o suscitado. O Município por sua vez, por meio do parecer da lavra do Dr. Sérgio Luiz da Silva Santos, Procurador Geral do Município (sic), v. fls. 180/191, informou que os “lotes A-1, A-2 e A-3-1” não se encontravam dentro dos limites do tombamento.

É de se estranhar que os autores com dúvidas sobre os limites da área tombada procurem o Município de Búzios para que este sane suas indagações. Se bem foi tombado por órgão do Estado do Rio de Janeiro este é quem deveria ser suscitado para que dirimisse eventuais dúvidas dos autores. É de clareza solar que não compete ao Município de Búzios eventual controle dos atos praticados pelo Estado do Rio de Janeiro.

Assim, não há qualquer alteração nos limites da área tombada, se os autores desejarem verificar a inclusão de parte de suas propriedades dentro da área tombada deverão procurar o INEPAC, que é o órgão competente para tanto.

6 - DA IMPOSSIBILIDADE DE SE ALTERAR POR VIA JUDICIAL AS LIMITAÇÕES INSTITUÍDAS NO TOMBAMENTO

Pretendem os autores caso não seja julgado procedente o pedido principal, de anulação total do tombamento, seja anulado parcialmente o tombamento para que sejam retiradas as “regras de uso e ocupação do solo urbano local”.

Já se demonstrou a exaustão que as limitações presentes no tombamento não

possuem natureza urbanística e, assim, não há qualquer invasão da competência municipal pelo Estado.

Contudo, outra questão merece especial reflexão que é a potencial violação ao princípio da separação de poderes, caso este pedido seja julgado procedente. Vejamos.

O princípio da separação de poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal impõe que cada um dos poderes só atue dentro de sua área de atribuição. É fato indubitável que compete ao Poder Executivo realizar o processo administrativo que ao final levará ao ato administrativo de tombamento.

Caso seja retirada parte fundamental do ato administrativo impugnado – as limitações instituídas – o tombamento adquirirá uma nova feição totalmente diversa daquela pretendida pelo Poder Executivo. O que subsistirá, além de não oferecer nenhuma proteção ao patrimônio cultural, será um ato de tombamento novo e realizado pelo Poder Judiciário, numa clara violação ao princípio da separação de poderes.

Noutro passo, um outro aspecto do princípio da separação de poderes também merece atenção, qual seja: a especialização funcional.

Em sua feição clássica o princípio da separação de poderes surgiu para que cada Poder do Estado tivesse independência, diluindo o poder e, assim, diminuindo as chances de autoritarismo e arbitrariedades.

Contudo, diante das exigências complexas da vida moderna, a atuação dos órgãos, entes e agentes públicos foram ficando cada vez mais especializadas, cada qual dentro de sua área de *expertise*.

Sendo o órgão mais especializado num determinado assunto que o Poder Judiciário, a intromissão deste nas escolhas daquele pode levar a equívocos na prática do ato especializado.

Desta forma, a atuação do órgão dentro de sua área de especialização deve gerar uma deferência maior por parte do Judiciário quando do controle de seus atos.

Neste sentido leciona Gustavo Binenbojm¹⁶:

“Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura de controle. Há ainda situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve ser preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direito ou imediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão. Em uma palavra: **a luta contra as arbitrariedades e imunidades do poder não se pode deixar converter em uma indesejável judicialização administrativa, meramente substitutiva da Administração, que não leva em conta a importante dimensão de especialização técnico-funcional do princípio da separação de poderes, nem tampouco os influxos do princípio democrático sobre**

¹⁶Binenbojm, Gustavo. Temas de Direito Administrativo e Constitucional. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2008, pp. 17 e 18.

Assim, a atuação do Estado do Rio de Janeiro, por meio do INEPAC, reveste-se, inegavelmente, de elevado grau de especialização, pelo que, o Poder Judiciário deve dar deferência às suas manifestações, tudo conforme a mais atual leitura do princípio da separação de poderes.

7-DA INEXISTÊNCIA DE DANO

Como último pedido na eventual hipótese dos demais não serem julgados procedentes, os autores requerem indenização pelo esvaziamento econômico que a propriedade teria sofrido em decorrência do tombamento. Contudo, como se passa a demonstrar, não há qualquer direito à indenização no presente caso.

7.1 Da Função Social da Propriedade:

Quando da entrada em vigor do já revogado Código Civil de 1916, considerava-se a propriedade como um direito praticamente absoluto, caracterizado como a possibilidade de usar, fruir e dispor das coisas com plena liberdade. As tímidas limitações impostas pelos direitos de vizinhança não chegavam, na verdade, a abalar os alicerces desta conformação.

Assim, nos quadrantes dessa já superada doutrina, seria *em tese* concebível que o proprietário, simplesmente, não usasse a coisa, não desse a ela função alguma. Isto tudo, repita-se, *em tese*. Sim, pois, em verdade, mesmo no início do século passado a doutrina já criticava esta conformação do direito de propriedade. A esse respeito, colha-se a lição de LEON DUGUIT¹⁷:

“A propriedade deixou de ser direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.”

De todo modo, com o surgimento e posterior positivação constitucional do princípio da função social da propriedade, a velha doutrina jurídica da propriedade (de cunho exclusivamente privatista), é mortalmente fulminada para desaparecer do mundo jurídico, agregando-se ao fato de hoje constar expressamente no art. 1228, § 1º do CC o princípio acima exposto.

A esse respeito, colha-se o magistério de EROS ROBERTO GRAU¹⁸, que, em seu já clássico “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, afirma:

“O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o **princípio**

¹⁷Duguit, Leon. *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, *apud* Orlando Gomes, *Direitos Reais*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 108.

¹⁸Grau, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 259 e 260.

da função social da propriedade *impõe* ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o **dever de exercê-lo em benefício de outrem** e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta merecê de concreção do poder de polícia.

(...) o que atualmente divisamos, nas propriedades impregnadas pelo princípio, são verdadeiras *propriedades-função social* e não apenas, simplesmente, *propriedades*. O princípio da *função social da propriedade*, desta sorte, passa a integrar o conceito jurídico-positivo de *propriedade* (destas propriedades), de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade.

Ora, no momento em que a constituição reconhece o direito de propriedade, **desde que, e somente se atendida sua função social**, decorre como imperativo lógico que o não atendimento desta função caracteriza uma “propriedade” que, por violar a Constituição, não pode ser por ela protegida.

Com efeito, não se pode tomar o regime constitucional da propriedade pela metade – *a metade que interessa ao proprietário* – sem que se esqueça da outra, ou seja, aquela que atende à coletividade.

Neste ponto, colha-se a clássica lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO¹⁹, *verbis*:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...). Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais”

Note-se que, no caso, além dos dispositivos genéricos, consagrados no incisos XXII e XXIII, do art. 5º, da Carta Magna, incide ainda o art. 170, III, da Constituição, que elevou a função social da propriedade à categoria de princípio geral da ordem econômica.

Ressalte-se, neste ponto, que a moderna doutrina constitucional é unânime em salientar o duplo papel dos princípios constitucionais, que funcionam, ao mesmo tempo, como norma jurídica, ou norma princípio, *diretamente incidente sobre as situações fáticas a que se destinam* e, também, como critério interpretativo ou filtro que testa a conformidade constitucional de todas as normas do sistema.

Se a proteção do patrimônio cultural existente em um determinado bem é interesse

¹⁹Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*, 1986, p. 230

de toda a coletividade (v. art. 216, §1º, da C.F.), a proteção ao patrimônio cultural está contida dentro do princípio da função social da propriedade.

Como a Constituição só protege a propriedade que cumpre com sua função social, seria um contra-senso indenizar aquele que é obrigado a observar o princípio da função social da propriedade e não o faz. Em verdade, a lógica é outra: aquele que não cumpre com a função social é que deve ser punido.

7.2 Das limitações ambientais incidentes sobre a área

Sobre a propriedade em questão incidem diversas Áreas de Proteção Permanente - APP. Segundo o art. 3º do Código Florestal, a supressão total ou parcial de vegetação em APP depende de prévia autorização do Poder Executivo e a existência de interesse social ou de utilidade pública.

Ainda de acordo com os arts 2º, alínea “d” e 3º, alínea “e”, do Código Florestal, são APP as vegetações naturais situadas em topo de morro e as vegetações destinadas a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico.

A Lei Orgânica do Município de Armação de Búzios, de 11.11.1997²⁰, também prevê Áreas de Preservação Permanente, é o que dispõe seu art. 242:

“Art. 242 - Consideram-se de preservação permanente:

I - Os manguezais e as áreas estaurinas;

II - **As vegetações de restinga;**

III - As nascentes e as faixas marginais de proteção de águas superficiais;

IV - **A cobertura vegetal que contribua para a estabilidade das encostas sujeitas à erosão e deslizamentos;**

V - **As áreas que abriguem exemplares raros, endêmicos, vulneráveis, ameaçados de extinção ou insuficientemente conhecidos da flora e da fauna, os bancos de genes, bem como aqueles que sirvam de local de pouso, abrigo ou reprodução de espécies em especial as matas de Pau-Brasil;**

VI - As lagoas do município, em especial: do Canto, de Geribá, do Bauen Clube, das Ferradura, da estrada da Usina e do Ossos;

VII - **Os costões rochosos**, as cavernas, os grotões e as pontas;

VIII - A Ilha Feia, do Caboclo e Caboclo Alto, Branca, Gravatás, Âncora, Emerências e Ilhote e Rasa;

IX - A Serra das Emerências e Morros que abriguem vegetação “estepe-arborea” aberta;

X - Os Sítios arqueológicos pré-históricos e históricos;

XI - Aquelas assim declaradas em Lei.”

(Grifamos e sublinhamos)

Da Lei Orgânica do Município de Búzios retiramos ao menos quatro APP que atuam sobre a área tombada (incisos II, IV, V, VII, do art. 242), pois o terreno é composto de costões rochosos, vegetação de restinga (também denominada Estepe Arbórea Aberta),

²⁰Lei Orgânica retirada do site do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro em 12.04.2009.

No seguinte endereço: <http://www.tce.rj.gov.br/services/DocumentManagement/File-Download-EZTSvc.asp?DocumentID=%7B80CB8486%2DD5F5%2D4371%2DAF01%-2DB6615AB906C5%7-D&ServiceInstUID=%7B1526AE99%2DF57A%-2D490B%2D99CA%2DFB6C90A11A05%7D>

espécies vulneráveis, raras ou ameaçadas de extinção e porque a cobertura natural da área evita a ocorrência de deslizamentos ou erosões, tudo como se demonstrou no capítulo 3 *supra*.

Não há outra conclusão a que se possa chegar senão a de que sobre toda a área em questão incidem Áreas de Proteção Permanentes.

Ora, sendo todas estas limitações ambientais anteriores ao tombamento, não há que se falar em esvaziamento da propriedade pelo tombamento. A propriedade dos autores já era limitada de forma muito mais gravosa por normas de direito ambiental.

Se houvesse algum prejuízo a indenizar, o que de todo não se acredita, tal decorreria de outras normas limitativas e não do tombamento em questão, que, provavelmente, pode até gerar valorização da propriedade.

7.3 Da possível valorização da área e da não violação a isonomia:

O tombamento ora em questão atinge uma extensa área que somada possui 59,06 hectares, da qual uma pequena parte é de propriedade dos autores.

Se a propriedade em comento tem expressivo valor no mercado é porque está preservada, assim como as áreas vizinhas também estão.

Com o tombamento todos os proprietários e os eventuais adquirentes sabem que na área não haverá modificações que gerem um abalo paisagístico no local. Essa garantia de conservação futura da área, incluindo seus vizinhos, dará um *plus* de valor ao imóvel.

Dentro do próprio Estado do Rio de Janeiro temos um exemplo claro desta valorização em função do tombamento que ocorreu no centro histórico de Paraty.

Ainda que o bem tombado fosse só o dos autores não caberia indenização, pois o núcleo central do direito de propriedade estaria preservado. Contudo, **nos poucos casos onde a instituição de tombamento gera o dever de indenizar tal obrigação se fundamenta na violação a isonomia**, visto que um proprietário não é obrigado a suportar sozinho a limitação de sua propriedade em prol de toda coletividade.

Todo tombamento é caracterizado por ser um ato determinado, pois incide sobre bem certo. No entanto, o instituto ganha ares de generalidade quando atinge uma vasta área onde são protegidos bens semelhantes. É o que explana Marçal Justen Filho²¹:

“O tombamento atinge bem determinado. Até é possível, como ensina MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que o tombamento atinja todos os bens em situação equivalente (os imóveis de um bairro ou de uma cidade), mais isso deriva sempre das características individuais que cada bem apresenta.”

Como no presente caso o ato abrange uma grande região, **a violação ao princípio da igualdade se esvai em função de toda uma coletividade ser prejudicada e beneficiada ao mesmo tempo pelo instituto**, hipótese semelhante ao que ocorre com as limitações administrativas genéricas.

Nestes casos, o ato administrativo representa o assentamento do próprio princípio geral da igualdade, inserido no artigo 5º da Constituição da República, de vez que **a isonomia das concessões de cada um ao todo social revela a própria substância da igualdade**. Assim é que o bem comum, no caso dos autos a proteção de um sítio natural, deve ser buscado através de igual proteção dos indivíduos. E em remate, vale lembrar o princípio especial da “igualdade dos ônus dos administrados em face do Estado”, que

²¹Ibidem, p. 493.

impera no Direito Administrativo.

Para ilustrar a questão, traz-se a baila passagem de Paulo Affonso Leme Machado²²:

“Não é de ser desprezado o contexto em que o bem está inserido. Uma propriedade situada numa quadra em que os outros imóveis têm aproximadas características históricas ou arquitetônicas insere-se, naturalmente, no mesmo corpo de prescrições. Assim se todos os bens dessa quadra ou das quadras vizinhas forem sujeitos aos mesmos gravames de conservação, inedificabilidade, preempção para a venda, com pequenas diferenças sobre futuras modificações, nada há de discriminatório. Assim, se a propriedade imóvel, no caso, não está sujeita a gravame e ônus de maneira desigual a outras situadas em igual situação. Nesse caso, ocorre a possível generalidade da limitação (ainda que não absolutamente geral, pois poderia haver zonas diferentes numa mesma cidade) e nada há a indenizar pelo Poder público.

Exemplo de propriedades situadas em cidades históricas como Ouro Preto, Olinda etc., onde a exceção é a não conservação. Como setor tombado onde se guarda a homogeneidade de tratamento jurídico pode-se citar o Pelourinho. No setor dos recursos naturais, exemplifique-se com uma parte tombada em relação a uma única propriedade ou várias propriedades compondo um conjunto natural de relevante valor pela raridade e beleza. (Grifamos e sublinhamos)

Verifica-se, assim, que o tombamento ao trazer maior segurança quanto à perenidade da conservação da área pode gerar uma sobrevalorização nos imóveis. Por outro lado, o tombamento em análise, por abranger uma grande área, incide sobre toda uma coletividade que suporta os ônus e auferes os bônus reciprocamente. Desta forma, como o ato é isonômico fica afastado o dever de indenizar.

8-DAMULTAIMPOSTA

Em razão da abertura de rua sem a competente licença dos órgãos estaduais foi imposta multa pela Comissão Estadual de Controle Ambiental – CECA. Como consequência da alegada nulidade do tombamento os autores pretendem seja anulada a multa imposta pela FEEMA.

Contudo, como se demonstrou durante boa parte desta contestação não há qualquer vício a macular o tombamento. Com isso, os autores deveriam ter requerido licença para a abertura da “rua”, pois a extensão total da área modificada para a abertura da via é de tamanha monta (1.000 m²) que acabou por desfigurar o patrimônio tombado, sem a necessária aquiescência do Estado do Rio de Janeiro, de maneira que a multa imposta deve subsistir.

Por outro lado, a multa em questão decorre também de outras violações a legislação ambiental, pelo que subsistiria ainda que fosse hipoteticamente nulo o tombamento. No entanto, como os autores não adentram neste ponto, a matéria encontra-se preclusa.

²²Leme Machado, Paulo Affonso. Direito Ambiental Brasileiro. 7ª ed, Malheiros Editores, 1998, pp. 763 e 764.

9-CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, requer-se seja a presente demanda julgada totalmente improcedente, condenando o autor nos ônus da sucumbência.

Protesta-se pela produção de todas as provas admitidas em direito, sobretudo a documental suplementar e a pericial.

O procurador que subscreve a presente receberá intimações na 12ª Procuradoria Regional, com endereço na Rua Domingos Ribeiro nº 62, Passagem, Município de Cabo Frio.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.
Cabo Frio, 13 de abril de 2009.

FABIO SANTOS MACEDO
Procurador do Estado