

O TOMBAMENTO ENQUANTO MECANISMO BALIZADOR DA LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE: A DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITOS PATRIMONIAIS E SUAS INTER-RELAÇÕES COM O PODER DE POLÍCIA ESTATAL**THE DESIGNATED PROPERTIES AS MOVING MECHANISM OF THE LIMITATION OF THE PROPERTY RIGHT: THE DELIMITATION OF THE CONCEPT OF PATRIMONIAL RIGHTS AND ITS INTER-RELATIONSHIP WITH THE POWER OF STATE POLICE**Júlio César de Souza¹Elcio Nacur Rezende²**Resumo**

O artigo aborda os institutos da posse, da propriedade e do tombamento a partir da perspectiva constitucional, considerando para tanto o exercício de sua função cultural, apresentando a necessidade de intervenção do Estado no âmbito privado, enquanto assegurador do exercício das ditas funções a que se encontram submetidos os proprietários. A pesquisa objetiva pautar o tombamento enquanto mecanismo balizador da limitação ao direito de propriedade, perpassando pela delimitação dos direitos patrimoniais e suas inter-relações com o poder de polícia. Pretende apresentar os fundamentos e características do tombamento como mecanismo de aplicação da função socioambiental da propriedade, pois tal instituto assegura a efetivação da preservação do patrimônio culturalmente considerado e, conseqüentemente, do meio ambiente equilibrado e da herança intergeracional. Do estudo surgiu o entendimento de que a proposta contida no conjunto de ações e limitações relativas ao tombamento, bem como a obrigatoriedade de fiscalização, controle e monitoramento dos bens de valor cultural, demandam compreensão a partir da finalidade precípua pretendida: preservar o acervo cultural difuso, condicionando o exercício do direito de propriedade. A metodologia utilizada no estudo é a teórico-documental, com técnica dedutiva e pesquisa bibliográfica em artigos e obras doutrinárias nacionais e internacionais.

Palavras-chave: Posse; Propriedade; Tombamento; Patrimônio cultural.

Abstract

The article deals with the institutes of possession, ownership and the designated properties from the constitutional perspective, considering for this purpose the exercise of their cultural function, presenting the need for State intervention in the private sphere, as the insurer of the exercise of said functions to which the owners are submitted. The research aims to guide the designated properties as a mechanism to limit the right to property, through the delimitation of patrimonial rights and their interrelations with police power. It intends to present the foundations and characteristics of the designated properties as a mechanism of application of

¹ Mestrando em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC/MG). Integrante do grupo de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA) CNPQ-BRA. E-mail: juliocesarufop@gmail.com

² Pós-Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. E-mail: elcionrezende@yahoo.com.br

the socio environmental function of the property, since this institute ensures the effectiveness of the preservation of the cultural heritage considered and consequently of the balanced environment and the intergenerational inheritance. From the study came the understanding that the proposal contained in the set of actions and limitations related to the tipping, as well as the mandatory control, control and monitoring of cultural value goods, demand understanding from the intended purpose of preserving the diffuse cultural heritage, conditioning the exercise of the right of ownership. The methodology used in the study is the theoretical-documentary, with deductive technique and bibliographical research in articles and national and international doctrinal works.

Keywords: Possession; Property; Designated properties; Cultural heritage.

INTRODUÇÃO

No percurso desenvolvido pela história da humanidade, muitos foram os elementos apontados como imprescindíveis para a definição de valores essenciais que, paulatinamente, tornaram-se reconhecidos como direitos fundamentais e, portanto, inerentes à condição humana. O viés de efetivação e implementação de tais direitos se firmou ao longo do tempo como fundamento ideológico influenciador da opção social, política e jurídica, concernentes ao modo de vida desenvolvido na sociedade e, mais especialmente, da diretriz dos poderes estatais constituídos.

Tal processo sucessivo de materialização de direitos perpassou inicialmente a positivação dos direitos denominados de primeira dimensão, dentre eles o de liberdade e o de propriedade, que, apesar de terem sido mencionados em escritos anteriores³, somente passaram faticamente a ser consagrados e positivados a partir das manifestações legislativas provenientes especialmente da Inglaterra⁴, Estados Unidos⁵ e França⁶.

Inicialmente a atividade estatal nesse contexto evolutivo foi pautada por uma não intervenção do Estado na gestão da propriedade privada, considerando-a de forma absoluta e submetida às diretrizes do detentor do direito de propriedade, sendo essa a característica marcante dos direitos de primeira dimensão no aspecto dominial.

Posteriormente, a própria definição de direitos fundamentais – impulsionada por

³ Santo Tomás de Aquino, em sua obra *Suma Teológica*, já fazia alusão a direitos inerentes à natureza humana, como o direito à vida, a liberdade e até mesmo a propriedade, decorrentes de uma lei natural a reger as relações humanas. (AQUINO, 2005).

⁴ Magna Carta imposta ao rei inglês João sem Terra em 1215 e a Petição de Direitos de 1628.

⁵ Declaração de Independência do EUA.

⁶ Declaração Universal dos Direitos do Homem.

variáveis como o decurso do tempo, as demandas sociais, dentre outras – aglutinou-se de forma sucessiva e ampliativa, paulatinamente conjugando ao longo do tempo atributos geradores de modificação estrutural de suas próprias significações com reflexos na enumeração dos direitos fundamentais. Esse processo posteriormente promoveu a agregação de direitos de cunho limitador ao direito de propriedade em fase posterior.

Trata-se aqui da relação existente entre o decurso do tempo e o processo de ampliação dos direitos positivados e a interconexão existente com o fator social, a promover a associação de novas características modificadoras da atuação estatal e limitadoras do direito de propriedade, adicionadas progressivamente à tutela de direitos sociais, econômicos e culturais, classificados como de segunda dimensão.

Assim, a dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais, imprimiu ao Estado a necessidade de promover condutas positivas para a materialização de novo aspecto atribuído à propriedade, promovendo a adequação dela a uma função social culturalmente considerada.

Portanto, transpondo as limitações atribuídas à propriedade em geral, emergiu a concepção da propriedade passível de sofrer limitações em face de um interesse da coletividade no âmbito da tutela do patrimônio cultural. Para além dessa visão, tal direito foi entendido de forma ampliativa e em alguns casos como simultaneidade de direitos sobre um bem culturalmente considerado.

Esse expediente possibilitou a construção da ideia de coexistência sobre determinado objeto, do aspecto particular ínsito ao proprietário e de outro mais amplo e de interesse plural a direcionar a atuação estatal para garantir positivamente a tutela do bem cultural. Posteriormente esse conceito de coexistência refletiu progressivamente sobre o direito de propriedade, culminando na terceira fase dos direitos fundamentais ao associar o aspecto social e cultural e a conduta positiva do estado na tutela desses aspectos, aos valores de fraternidade e solidariedade, inclusive na proteção de bens ambientais, assim elencados os culturais, parte integrante do conceito de meio ambiente.

Frisa-se, nesse contexto, um ponto relevante representado na mudança de paradigma caracterizada pela redefinição de direitos positivados, que em nada maculou o conteúdo assecuratório dos direitos de primeira dimensão. Ao contrário, agregou novos valores claramente consagradores de uma visão coletiva a privilegiar o interesse público e a noção de compartilhamento de pretensões e deveres, cujo nexos relaciona ainda hoje princípios de transindividualidade e solidariedade.

Tal entendimento compeliu o Estado a desenvolver políticas de bem-estar social e, após o reconhecimento delas, motivou na população a percepção da necessidade de apropriação de uma consciência ética de interdependência e corresponsabilidade, originária da incorporação dos direitos de terceira dimensão, cujo mote perceptível é a solidariedade.

Nessa perspectiva progressiva, verificou-se, notadamente, a transmutação do direito de propriedade até a sua delimitação mais atual em conformidade com a teoria da função ambiental da propriedade, derivada da função social atribuída ao domínio, como será visto. Tais temas são necessários à compreensão do atual sistema civil regulador da propriedade, enquanto instituto jurídico.

Anteriormente consignado como direito individual de cunho patrimonial, cujo intento estava associado à satisfação dos anseios do proprietário de exercer controle sobre os atributos de uso, gozo, além do atributo abutendi e da fruição e disposição do bem, hoje o direito de propriedade é influenciado por essa nova visão, na qual a propriedade enquanto direito potestativo deve ser exercida em prol do bem comum.

Desse modo, após a adaptação principiológica vivenciada no decorrer da transformação do conceito dos direitos patrimoniais, no Brasil ou alhures, a propriedade ganhou matizes de nova funcionalidade e finalidade, convergindo para a mudança do padrão conceitual. Neste a aplicabilidade da primeira definição resta conjugada à missão de exercer nova serventia, voltada para um contexto em que o destinatário passa a ser também a coletividade.

Assim, e de acordo com a vigência do novo modelo valorativo da normativa instituída, atualmente conjuga-se a propriedade ao atributo da função social entendida de forma ampla a englobar o viés ambiental, cuja premissa maior relaciona a satisfação do dito direito ao cumprimento de medidas que confluem o pleno exercício da propriedade à satisfação da proposição coletiva a ser orientada pelo alcance do bem comum.

A busca pelo interesse coletivo gerou no contexto de direitos tradicionalmente individuais em sentido estrito a modificação estrutural na composição de tais preceitos, enriquecendo suas finalidades a partir do adensamento das funções deles, em que o acesso ao exercício da propriedade hodiernamente pressupõe o respeito à existência do corpo social, também influenciado pela aquisição singularizada desse direito.

Nesse aspecto, nota-se o verdadeiro intento dos mecanismos de intervenção na propriedade privada e nas metodologias estabelecidas pelo Estado no tocante às limitações de cunho administrativo. Tais propostas visam, em sua natureza, projetar medidas capazes de conciliar as intenções individuais legítimas do detentor do direito à composição do interesse

coletivo.

É a partir desse entendimento que o instituto do tombamento deve ser reconhecido como forma de intervenção na propriedade privada, visto manifestar a concretização do mandamento constitucional referente à preservação do meio ambiente integral e conservação do patrimônio histórico, cujos enunciados também representam a diretriz primeira de efetivação dos direitos fundamentais positivados no ordenamento interno.

Desse modo, o estudo tem como objetivo apresentar o instituto do tombamento como método adequado de intervenção na propriedade, considerando, a partir do exame dos conceitos do referido instituto e também do conceito jurídico de propriedade, o contexto de preservação do meio ambiente e do patrimônio cultural⁷ nacional, demonstrando, para tanto, sua interdependência decorrente da orientação constitucional.

Visa ainda explicar o significado de micro e macrobem ambiental com base em uma perspectiva a considerar a importância de relacionar o direito de uso, gozo e fruição individual à irrenunciabilidade do direito difuso de conservação, memória e deleite garantido à coletividade pela via constitucional.

Para a compreensão do tema, é fundamental analisar o tombamento enquanto eixo operacional assegurador da manutenção do patrimônio ambiental cultural destinado ao usufruto de todos, inclusive com o compromisso de salvaguarda das presentes e futuras gerações, sem, contudo, inviabilizar o exercício do direito de propriedade.

Sobre as proposições concedentes de diretriz ao presente trabalho, frise-se o anseio de investigar qual fundamento possibilita ao tombamento a prerrogativa de intervir no âmbito do domínio privado. Busca-se também responder sobre a plausibilidade da convergência de preceitos fundadores do ordenamento jurídico pátrio, no sentido de aprimorar os conceitos de direitos historicamente garantidos, cuja necessária adequação decorre do incremento de valores essenciais à sadia qualidade de vida coletiva, presente e futura.

Destarte, é necessário indagar, em face do princípio da exclusividade dos direitos reais, se é possível a coexistência de direitos aparentemente conflitantes, representados pelo direito subjetivo individual sobre o bem particular atribuído ao *dominus* em usar e fruir da coisa, e o direito da coletividade em usar e fruir de um aparente direito difuso de deleite, também incidente sobre um bem tombado.

⁷ Santos e Staffen (2016, p. 268) apresentam um entendimento ampliativo sobre a cultura. “[...] Não é possível desprezar que a cultura propõe ao ser humano uma gama de possibilidades que viabilizam colocar em prática os próprios planos de ação, dentro de uma história que está em perene construção, ou seja, é um corrimão seguro para a autóctise histórica do ser humano.”

Para o desenvolvimento da investigação, foi utilizada a metodologia teórico-documental, com técnica dedutiva através de pesquisa bibliográfica e tendo como fonte de dados artigos e obras doutrinárias nacionais e internacionais.

O estudo dos direitos de posse e propriedade, e de sua função socioambiental correlacionada à submissão ao tombamento, justifica-se pela necessidade de habilitar os referidos institutos ao fundamento constitucional impositivo de renovada visão holística adequada à consideração da coletividade, enquanto composição social a ser reconhecida, associada a um interesse difuso a demandar compulsória intervenção estatal concretizadora.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Os contornos especificadores do estudo sobre posse e propriedade remontam a passagem sequenciada dessa temática ao longo da história, não sendo possível precisar com certeza a origem desses institutos, pois variou nas diferentes sociedades. Verifica-se, apenas em um primeiro momento, o estabelecimento da propriedade enquanto bem de natureza coletiva⁸, cujo significado encontrava-se intimamente relacionado ao sentido de *res* coletiva.

A partir da progressão e expansão da instituição estatal, marcada e materializada especialmente pelo Direito Romano, formou-se o entendimento a respeito da propriedade privada e seus elementos, cuja natureza associada à família⁹ dava a tônica do caráter absoluto, indisponível, vitalício e privativo do direito de propriedade. Tais aspectos patrimoniais repercutiram durante a idade média¹⁰, em face da mudança estrutural decorrente do declínio do modelo imperial romano, perpassando pelos estados feudais e a formação do estado nacional moderno em constante modificação agregadora de elementos¹¹.

Portanto, a configuração do instituto da propriedade foi sendo alterada por todo esse período e *a posteriori*, com o advento do movimento iluminista; já na idade moderna e

⁸ Engels, 1984.

⁹ Fustel de Coulanges, ao discorrer sobre a propriedade, traz no capítulo VI de seu livro a associação entre propriedade privada e família. (COULANGES, 2009).

¹⁰ Tais especificidades denotaram o desejo de permanência da propriedade no seio das mesmas famílias, bem como originaram, mediante participação da filosofia patrística e tomista, as primeiras noções de propriedade enquanto direito individual inerente à condição humana (notas do autor).

¹¹ A grande modificação da estrutura patrimonial da época se deu em virtude da legitimação dos grupos detentores do poder, que por sua vez dispunha da oferta de propriedades em razão de sua influência na nova configuração social, circunstância esta que possibilitou a manutenção das propriedades exclusivamente nas mesmas famílias, que concediam a terceiros interessados a cessão remunerada para exploração das áreas (notas de autor).

contemporânea, culminou com a consolidação e positivação do direito de propriedade, traduzido como pilar do liberalismo e reconhecido como direito intimamente constitutivo e associado à formação do Estado moderno.

O reflexo do novo entendimento relativo à natureza da propriedade restou identificado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, vigente a partir de 1789, por ocasião da ocorrência da Revolução Francesa.

Após a consolidação dos processos revolucionários modificadores do caráter estrutural das composições de poder, a propriedade materializou de forma mais clara com o status de direito absoluto, consolidando-se como direito fundamental de primeira geração¹², cujo aspecto essencial orienta a não intervenção estatal e a garantia de livre acesso e utilização do referido direito.

Com a chegada do Século XX, um novo viés ideológico foi incorporado aos direitos reconhecidos anteriormente, a partir da inclusão dos denominados direitos de segunda geração, cujo núcleo constitutivo se desenvolveu no sentido de exigir a intervenção do Estado como ente assegurador da efetivação dos direitos sociais e culturais.

Foi a partir da densificação dos direitos individuais consagrados pelo Estado que os direitos de segunda dimensão passam a influir no sentido atribuído aos direitos de primeira geração, dando a estes nova roupagem normativa, cuja finalidade era a de dinamizar a natureza principiológica deles e dar a ela a condição de agregadora de direitos, reflexo de uma integralidade do anseio social.

Essa nova dinâmica ganhou contornos de importância com a Constituição de Weimar, na qual o direito de propriedade passou a ter significado a contemplar também a previsão de garantia do espectro coletivo, tendo desse modo inaugurado a necessidade de se vincular ao direito uma função social.

No Brasil, a progressão da materialização e tutela do direito de propriedade se confunde com a própria história de configuração política do território nacional, sendo que o fator influenciador do perfil de propriedade privada existente no Brasil está associado à ideia colonizadora de ocupação comercial da terra¹³.

¹² Também classificado como primeira dimensão, fruto da denominada primeira “onda” do direito.

¹³ A estratégia de ocupação territorial foi elaborada a partir do sistema de sesmarias que estabelecia a doação de terras a particulares dispostos a colonizar as áreas recém-reclamadas pela metrópole. Nesse contexto do início da colonização, o regime de ocupação baseado na grande propriedade aperfeiçoou-se com a possibilidade de concessão de terras por parte dos responsáveis pelas capitanias, promovendo a subdivisão desses territórios, conforme os desígnios dos donatários das capitanias hereditárias.

Relativamente à temática legal do instituto da posse e propriedade, foi a Lei nº 601/1850 que representou um marco em se tratando dos institutos da posse e propriedade, pois os promoveu e ainda reconheceu instrumentos para aquisição de modo legítimo do domínio sobre a terra.

Com o advento da legislação civilista republicana, foi instituído o Código Civil de 1916 e no decorrer dos anos diversas leis surgiram a regular, por exemplo, a propriedade e suas limitações. Nesse contexto, outros institutos de direito foram abarcados pelo ordenamento jurídico nacional e passaram a influir no exercício da propriedade, dentre os quais as limitações administrativas, as requisições, o tombamento, etc.

Hodiernamente, a nova legislação civil codificada de 2002 é o instrumento jurídico delimitador do instituto da posse¹⁴ e da propriedade e enquanto comando legal regula a situação de aquisição das mesmas.

Impende destacar o contexto de elaboração do Código Civil de 2002. No debate para a elaboração do citado comando legislativo e em observância ao texto constitucional referente à recepção dos dispositivos legais, buscou-se dotar a legislação civilista de modo a garantir-se a máxima eficácia dos princípios previstos na Carta da República de 1988¹⁵.

Além disso, os institutos de Direito Administrativo e as limitações trazidas por eles e que ainda exercem efeitos sobre o modo de exercício da propriedade foram incorporadas ao novo paradigma constitucional de exercício do direito de propriedade de modo a materializar a função social da propriedade e a primazia do interesse público.

O resultado dessa mudança de paradigma, como será visto no decorrer do estudo, está inserido na delimitação do próprio conceito de direitos patrimoniais, do mesmo modo que a atuação do poder de polícia ínsita ao instituto do tombamento foi marcada pelo

A concessão de módulos de terra menores seria feita a donatários, criando uma verdadeira rede de vassalagem entre os colonos e uma nova configuração de parcelamento do solo, contudo, sem ser mudada a base da ocupação, manifestada na grande propriedade rural. Posteriormente, esse sistema fracassou, sendo substituído pelo governo geral, contudo, a concentração de terras oriundas do modelo das capitâneas perdurou por todo o período colonial e império (notas do autor).

¹⁴ Essa assertiva ainda é controversa no direito brasileiro, pois a posse não é delimitada no direito pátrio, já que o Código Civil apresenta as características do que seja possuidor sem, contudo, definir o conceito de Posse. Conforme expresso no Código Civil de 2002: “[...] Art. 1.196 CC/02: Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (BRASIL, 2002).

¹⁵ Aplicação da teoria sociológica da posse, o que não é impedimento para aplicar o conceito sociológico à propriedade, apesar de ser a propriedade um instituto diverso da posse. Se a posse passa a existir a partir de um reconhecimento social de que o possuidor dá uma destinação social ao bem, sendo que o possuidor detém *animus domini*. Igual função assiste ao proprietário que ao fruir de sua propriedade também deve imprimir a ela uma função social.

reconhecimento de limitações de conteúdo, relativas ao exercício do direito de propriedade no contexto constitucional de 1988.

A propriedade no contexto constitucional de 1988

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) revelou o anseio da Assembleia Constituinte de garantir e consagrar um alicerce essencial de princípios fundamentais devidamente materializados. Isso mediante normas asseguradoras da efetividade e aplicabilidade dos direitos essenciais componentes da CRFB/88, a base e o fundamento do nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, cumpre ressaltar a singularidade do direito à propriedade, erigido à condição de direito fundamental individual¹⁶, bem como alçado ao patamar de princípio da ordem econômica¹⁷, ressaltando-se, para tanto, o reconhecimento constitucional da necessidade relativa à vinculação de funcionalidade valorativa do referido direito real.

Esse mister é promovido a partir da incorporação ao exercício da propriedade da característica da função social¹⁸, asseguradora, em última análise, da dignidade de vida a todas as pessoas submetidas à regência da Lei Fundamental de 1988. Tal fenômeno se deu em decorrência do processo de constitucionalização do direito privado, cujas nuances passaram a receber carga principiológica constitucional.

A mudança de entendimento tornou a propriedade, antes vista como direito meramente individual e desconectado da percepção de utilidade para o alcance do bem-estar social, em direito reconhecidamente carregado de densidade e inspiração para tais propósitos. Isso foi possível e ainda o é, pois essa concepção mais garantista existente no Direito Civil constitucionalizado vai ao encontro de um anseio a sedimentar e demarcar a proposição de dar ao direito real de propriedade uma função relacionada aos fundamentos e princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, conferindo à relação jurídica da propriedade natureza supraindividual.

Sobre a função social da propriedade estatuída nos artigos 5º, XXIII, e 170, III, da

¹⁶ Art. 5º, XXII, da CRFB/88.

¹⁷ Art. 170, II, da CRFB/88.

Sobre possibilidade de um determinado texto legal possibilitar a formulação de uma norma jurídica (normas objeto de aplicação), como regra ou princípio ou da possibilidade de um determinado texto legal ser extraído até mesmo uma regra e um princípio simultaneamente, Humberto Ávila (2004), em seu livro Teoria dos Princípios, disserta sobre essas possibilidades, destacando o papel do hermeneuta na construção e reconstrução da norma jurídica.

¹⁸ Art. 5º, XXIII, da CRFB/88.

Constituição Federal de 1988, é relevante acentuar que a referida composição atualmente representa uma condicionante indispensável ao exercício pleno do direito de propriedade previsto nos incisos XXII do art. 5º e II do art. 170 da CRFB/88.

Ela está alinhada à proclamação da finalidade e afeta à satisfação dos fins sociais, ao reconhecimento da supremacia do interesse coletivo e à valorização do princípio da dignidade humana, enquanto atua como baliza apropriada para fundamentar o pacto social fomentador das regras limitadoras do direito de propriedade.

Nesse sentido, assevera Costa Neto (2013, p. 53):

[...] o princípio em tela significa, noutras palavras, atrelar o exercício da propriedade à satisfação de outros valores (por vezes estranhos aos do proprietário) imersos no contexto social em que tal direito é exercido. A função social da propriedade impõe uma projeção dialética desse direito, relacionando-o com todos os demais direitos fundamentais, como, de resto, com os objetivos essenciais da República, indicados no artigo 3º da Constituição Federal, entre os quais se destaca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais [...].

Anote-se a referência expressa trazida pela Constituição da República de 1988, em seus artigos 182, §2º, e 186, quanto aos requisitos imprescindíveis a serem observados, tanto no âmbito da propriedade urbana quanto rural, na efetivação de sua função social.

As previsões específicas se fazem necessárias porque os modelos de propriedade repercutem de modo distinto quando o assunto trata da forma de uso e gozo do bem. Especificamente abordando a propriedade urbana, ela se encontra vinculada a sua funcionalidade singular correspondente à previsão contida nos respectivos Planos Diretores, conforme dicção do parágrafo segundo do artigo 182 da Lei Fundamental de 1988.

Em se tratando de propriedade rural, ela é submetida aos comandos expressos no artigo 186 da CRFB/88. Já quanto à titularidade do direito à propriedade rural, observa-se a decisão constitucional em externar, de modo inequívoco, os requisitos associativos da função social, cuja construção pauta-se no respeito a princípios valiosos atribuidores de significado à implementação dos fundamentos da República, conforme se verifica a seguir:

Art. 186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (BRASIL, 1988).

Extrai-se do texto constitucional, ao longo dos artigos anteriormente citados, o envolvimento do critério relativo à promoção, conservação e proteção do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, apontado como baliza essencial à verificação do cumprimento da função social da propriedade, bem como vetor de efetivação da mencionada funcionalidade, cuja missão é a salvaguarda do interesse coletivo dimensionador da preservação dos recursos naturais. Esse viés é mais percebido no âmbito da propriedade rural, mas também permeia a propriedade urbana.

Inspirado pela maturação do princípio da função socioambiental da propriedade, Costa Neto (2003, p. 55) esclarece sobre a intersecção entre propriedade e meio ambiente no contexto de cumprimento de sua função social:

[...] Convém destacar, de outra face, que a função socioambiental não atua como uma limitação externa ao direito de propriedade. Antes, integra o conteúdo da propriedade, amoldando-a à satisfação de outros valores constitucionais que possuem o traço da “fundamentalidade” (promoção da dignidade da pessoa, construção de uma sociedade justa e solidária; erradicação da miséria; desenvolvimento nacional, etc.). Está-se diante, pois, de um conteúdo funcional do direito de propriedade.

O entendimento apresentado pelo autor denota uma nova percepção do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, mudando o enfoque da finalidade e localização da função socioambiental para transformá-la em um elemento ínsito ao conteúdo da propriedade e balizador da materialização de outras finalidades positivadas pelo legislador e com grandes reflexos no exercício do direito de propriedade¹⁹.

Esses reflexos serão destacados na medida em que o instituto da propriedade for analisado, mediante a restrição do objeto de estudo. Assim, no tocante à cognição do sentido constitucional ofertado à matéria dos direitos reais, é primordial compreender os elementos componentes da conceituação dos direitos de posse e propriedade relacionados a seguir.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS SOBRE POSSE E PROPRIEDADE

Conforme Costa (1998, p. 109), “[...] o Direito Civil reconhece três formas básicas de contato das pessoas com as coisas: I – por meio da propriedade e dos direitos reais limitados; II

¹⁹ Para além de ser um elemento ínsito ao conteúdo da propriedade, a função socioambiental norteia a atuação estatal, ordenando no plano executivo as políticas públicas de gestão ambiental, ordenamento urbano, tudo tendo como norte um sentido garantista e de busca pela máxima efetividade na tutela ambiental. Nesse sentido aduzem Pinheiro dos Santos e de Souza (2017, p. 120): “[...] O Estado tem função de proteger o meio ambiente, além de garantir a dignidade da pessoa humana, sendo a vida urbana ordenada uma das formas. Assim deverá promover diligências capazes de assegurar esses bens jurídicos.”

– mediante a posse e a quase posse; III – pela simples detenção. [...]”. Para fins de estudo, o artigo, tendo como parâmetro o explicitado acima, debaterá sobre os institutos da posse e da propriedade e sua conceituação proveniente da doutrina e da lei civil²⁰.

O contexto de definição da posse perpassa alguns fatores mais relacionados às diferenças estruturais existentes entre o referido instituto e o direito de propriedade, tendo em vista ser a posse composta de alguns elementos intrínsecos à natureza da propriedade.

Desse modo, as duas modalidades de aquisição inseridas no campo de estudo do direito das coisas possuem semelhanças geradoras de certa correspondência na observação aparente dos institutos, circunstância esta que também se reveste de importância, pois a qualificação conceitual de ambos se encontra de fato nos elementos que as compõem.

Já para Tortola (2012, p. 151), a propriedade deve ser entendida como “[...] o poder jurídico legalmente atribuído ao sujeito de direitos, para usar, gozar e dispor de um bem, o qual pode ser corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha, dentro dos limites estabelecidos na lei.”

Como dito alhures, o elemento diferenciador da posse da propriedade são as características estruturantes de ambas, haja vista que no movimento de continência vale ressaltar que a posse é exercício de poderio direto e instantâneo sobre a coisa (posse direta) ou mediato (posse indireta).

Na propriedade plena, a posse está nela contida e na propriedade assiste o uso do denominado direito de sequela. Tais similitudes confirmam a inter-relação presente entre os dois modelos, restando as divergências, que por sua vez dão o tom definitivo da divisão de conceitos.

Diferenciam-se os dois institutos nas ações correspondentes à materialização, seja da posse, seja da propriedade. Quanto às demais diferenças a exercerem influência conceitual sobre cada instituto, ressalta-se que a posse se reveste de natureza fática, enquanto a propriedade é reconhecida como direito real e presente no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988.

A circunstância fática possessória é geradora do direito do possuidor (*jus possessionis*). Já para a propriedade, a posse é a consequência do direito inerente de possuir, haja vista que a propriedade enquanto direito real mais abrangente abarca este último direito se for plena.

²⁰ Segundo Cunha Gonçalves (*apud* COSTA, 1998, p. 110): “Posse é o poder de fato exercido por uma pessoa sobre uma coisa, normalmente alheia ou pertencente a dono ignorado ou que não tem dono, relação tutelada pela lei e em que se revela a intenção de exercer um direito por quem não é titular dele, embora este direito não exista, nem tem que ser demonstrado.”

O proprietário tem o poder de usar, fruir, dispor e reivindicar o bem; este, por sua vez, significa dotar o titular do direito de poder para reaver o bem de quem indevidamente o possui (direito de sequela).

Além disso, o possuidor pode agir com *animus domini*, cujo significado indica que seu comportamento pode se assemelhar ao do proprietário no sentido de agir como se dono da coisa fosse²¹. Já a posse remanesce elencada no art. 1.196²² do Código Civil de 2002, cujo fundamento encontra amparo na corrente objetiva de Ihering.

Gonçalves (2008, p. 207) conceituou a propriedade como “o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos em lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha”.

Assim, esses dois institutos valiosos na avaliação da definição do relacionamento de aquisição e domínio das coisas são postos, cada um, de acordo com sua natureza; a propriedade reconhecida como o direito real por excelência sobre a coisa, e a posse entendida como direito autônomo, a “[...] expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela [...]”²³, indispensável à manifestação da função social do bem.

Em virtude do grande valor fático e normativo contido na essência dos comandos definidores das relações no campo do Direito Privado, foi concretizada na Constituição da República de 1988 a vinculação da propriedade a sua respectiva função social, tornando tal funcionalidade elemento integrante da definição do direito e, mais além, pressuposto de existência do exercício da propriedade.

O intuito da positivação constitucional teve como escopo promover a dignidade da pessoa humana e abranger uma perspectiva mais coletivizada, do ponto de vista da supremacia do interesse público sobre o particular, partindo do propósito de inaugurar no ordenamento jurídico brasileiro o entendimento referente à relativização dos direitos patrimoniais, intrínsecos à função social.

Além desse viés relativizador atribuído à função social, o texto constitucional concedeu

²¹ Sobre a definição legal, encontra-se previsto no artigo 1.228 do Código Civil de 2002:

“[...] Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (BRASIL, 2002).

²² “[...] Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (BRASIL, 2002).

²³ Enunciado n. 492 da V JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2012.

ao ordenamento jurídico pátrio nova proposição, cuja repercussão ganhou progressão com a inserção inovadora de conceitos elementarmente obrigatórios na consecução do bem comum. Trata-se da função socioambiental da propriedade.

Nesse novo paradigma influenciado pela função social ou socioambiental da propriedade, a consagração do ideal de Estado Democrático de Direito, submetido ao comando dos direitos e garantias fundamentais e aos princípios, demanda que o bem jurídico sobre o qual incidem direitos de cunho patrimonial sofra a materialização do direito de propriedade, condicionando-o.

Por conseguinte, os fundamentos formadores de uma nova cultura jurídica de salvaguarda dos interesses individuais devem ser desenvolvidos e aplicados levando em consideração, especialmente, os aspectos e prerrogativas dos direitos sociais²⁴, de modo que o direito contemple e assegure a preservação e o acesso a um meio ambiente sadio e equilibrado²⁵ em suas várias formas.

Nessa mesma linha de pensamento, também é inserida a proteção do meio ambiente artificial como espécie do gênero meio ambiente, cuja defesa se estende à conservação da memória e do patrimônio histórico e cultural.

Consequentemente abrangido por essa tutela se situa o tombamento enquanto instrumento de Direito Administrativo viabilizador da efetivação dos princípios de preservação, conservação, gestão e manejo do meio ambiente cultural e nesse contexto tal instituto deve ser compreendido.

Isso é possível porque o entendimento esboçado aufere fundamento na necessidade de relativização do direito de propriedade, no sentido de conjugar ao exercício dele finalidade e funcionalidade correspondente ao composto normativo prestigiado pela Carta da República de 1988, devidamente recepcionado pela Constituição.

O TOMBAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

²⁴ Enquanto desdobramento do direito a saúde e em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, o meio ambiente também pode ser entendido como de cunho social (notas do autor).

²⁵ No estudo é utilizada uma visão ampla de meio ambiente, englobando o meio ambiente natural e o artificial.

A proteção patrimonial no Brasil foi algo gradativo, sendo o texto constitucional de 1934 a primeira Constituição a abordar no país a possibilidade de tutela patrimonial, fato que posteriormente foi expresso em todas as constituições subsequentes, inclusive constando na CRFB/88.

Com o advento da Constituição de 1937, posteriormente foi editado o Decreto-Lei n.º 25/37, com a finalidade de materializar os comandos de proteção delimitados na Carta Constitucional de 1937²⁶, instrumento inovador da ordem jurídica interna ao trazer as configurações e delimitações do instituto do tombamento no âmbito nacional.

No país o tombamento é elencado como uma forma de intervenção do Estado na propriedade, sendo definido majoritariamente pela doutrina pátria como ato tipicamente administrativo (CRETELLA JUNIOR, 1975; DI PIETRO, 2000; CARVALHO FILHO, 2013). Transcrevendo a doutrina de Justen Filho (2013, p. 627) para ilustrar, o instituto do tombamento pode ser definido:

[...] 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 que acarreta o dever de manter a identidade do objeto, podendo gerar direito de indenização.

Segundo Assumpção Alves (2006, p. 67), o instituto do tombamento agrega ainda o valor de proteção cultural, sendo uma limitação ao direito de propriedade pautado na função social da propriedade. Nesse sentido pondera o autor sobre o instituto:

[...] um instrumento jurídico de proteção ao patrimônio natural e cultural. Quando uma pessoa é proprietária de um bem de valor para a cultura do país, o Estado pode intervir e sujeitá-la a um regime especial de tutela, usando de seu domínio eminente no cumprimento do dever de proteção à cultura. Esta limitação ao direito de propriedade é consentânea com vários dispositivos constitucionais que, em conjunto, atribuem uma função social à propriedade (arts. 5º, XXIII, 170, III, e 182, § 2º).

Convém citar que a doutrina tem debatido sobre a natureza jurídica do tombamento, classificando-o como limitação administrativa (CRETELLA JUNIOR, 1975) e servidão administrativa, ou mesmo apresentando-o como um instituto de natureza jurídica própria (DI PIETRO, 2000). Em se tratando da classificação, o Decreto n.º 25/37 delimita, conforme expresso nos art. 6º, 7º e 8º do texto legal:

²⁶ Constituição de 1937. “[...] Art. 134: Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.” (BRASIL, 1937).

Art. 6º O tombamento de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado se fará voluntária ou compulsoriamente.

Art. 7º Proceder-se-á ao tombamento voluntário sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a juízo do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o mesmo proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

Art. 8º Proceder-se-á ao tombamento compulsório quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa. (BRASIL, 1937).

Após essas observações referentes à conceituação do instituto e sua localização topográfica, impende destacar a atuação do tombamento enquanto elemento balizador da limitação²⁷ do direito de propriedade no ordenamento jurídico pátrio. O expediente é necessário na medida em que exerce influência sobre o direito de propriedade, configurando o exercício dele.

O tombamento enquanto mecanismo balizador da limitação ao direito de propriedade

Em decorrência de sua natureza originária, o Estado, legítimo detentor das funções de gestão e execução das leis e das políticas públicas, é chamado pelo mandamento constitucional a intervir no domínio da propriedade privada. Isso para garantir a aplicabilidade dos princípios e fundamentos norteadores da nação soberana, cujo critério de orientação está planificado na condicionante da função social, eixo estruturante da composição do direito de propriedade enquanto microbem²⁸.

Aqui cumpre destacar as noções de micro e macrobem em sentido ambiental de modo a ampliar a compreensão da temática e seus efeitos no direito de propriedade. Nesse sentido, na esfera do Direito Ambiental, seu objeto relativo à classificação dos bens ambientais concentra-se em torno dessas duas grandes classificações, quais sejam: do macrobem e do microbem ambiental.

O macrobem ambiental refere-se à composição integral formadora do meio ambiente em sua inteireza e extensão, computadas as interações, os sistemas, a diversidade de fatores e de envolvidos. É o espelho do conceito que aponta o meio ambiente como um conjunto de

²⁷ Cretella Junior (1975, p. 79) entende que “[...] o tombamento de bens, fundamentado no poder de polícia do Estado, é uma restrição parcial ao direito de propriedade, localizando-se no início duma escala de limitações em que a desapropriação ocupa o outro extremo.”

²⁸ Leite (2011, p. 84) traz uma completa definição sobre o tema macro e microbem.

elementos envolvidos em uma teia composta de diversas composições naturais e sociais, em que está inserida também a humanidade e o desejo de coexistência com as leis da natureza. Já o microbem representa a composição individualizada dos elementos componentes do meio ambiente.

O Estado, no exercício de sua missão operacional de controle do aproveitamento ilimitado de direitos e com o fito de assegurar o bem e a paz à coletividade, tem o dever de intervir no campo dos direitos reais, mediante aplicação dos institutos da limitação administrativa, servidão administrativa, da ocupação temporária, da requisição, da desapropriação e do tombamento, este último objeto de estudo do artigo.

Em sede de preservação do meio ambiente em sua integralidade, o tombamento figura como instrumento de intervenção no âmbito da propriedade privada em virtude da obrigatoriedade constitucional imposta de salvaguarda do meio ambiente cultural, histórico, paisagístico, arqueológico, turístico e científico, considerado pelas características atribuídas ao meio ambiente como macrobem.

O apontamento legal relativo ao tombamento encontra-se previsto no art. 1º, §§1º e 2º, do Decreto-Lei n.º 25/1937, após a definição do objeto a ser instrumentalizado pelo referido instituto, com a seguinte dicção:

[...] Art. 1º Constitue 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.

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico o artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

§ 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[...]²⁹ (BRASIL, 1937).

Nota-se que o legislador infraconstitucional projetou o conceito de patrimônio cultural enumerando as hipóteses de enquadramento. Após, estabeleceu a regra de inclusão no Livro do Tombo e instituiu a normativa sobre a obrigatoriedade da realização do tombamento para esses bens jurídicos especificados na lei de regência.

²⁹ Mantido pelos autores na grafia original do texto legal publicado em 1937.

Com a inovação trazida pela Constituição de 1988, o tema ganha um viés de progressão e contempla definições mais abertas a respeito do conceito de patrimônio cultural, de acordo com o disposto no art. 216:

[...] 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 [...]. (BRASIL, 1988).

Conforme se observa, o tombamento se situa no rol de medidas interventivas estatais aptas a resguardar o patrimônio cultural brasileiro. Tais providências de cunho administrativo decorrem da necessidade de proteger o direito difuso elevado à condição de patrimônio cultural e se traduzem na proposição de limitações determinadas pela Administração Pública em face dos proprietários públicos ou particulares de bens de natureza cultural.

Fiorillo (2012, p. 429) destaca: “[...] A utilização do tombamento como meio de preservar e proteger o patrimônio cultural brasileiro busca permitir o acesso de todos à cultura, configurando mais um instrumento de tutela do meio ambiente.”

Nessa perspectiva, o tombamento se reveste de especial missão, cujo objeto está relacionado à condicionante da função social da propriedade, haja vista a obrigatoriedade, primeiramente do Estado, de intervir de modo a garantir a devida adequação do uso e manejo da propriedade em favor do bem-estar coletivo. Este, por sua vez, se configura na efetivação da sustentabilidade ambiental, entendida como a diretriz norteadora da conservação e preservação do patrimônio cultural nacional.

Em segundo lugar, a imposição mediante coerção estatal ao proprietário, de conduta compatível com sua obrigação legal de dar funcionalidade à propriedade, atendendo a função socioambiental dela. Essas funções ambiental, cultural e social, por composição legal, no contexto ambiental entendido como bem tutelado por um direito da coletividade, são integrantes do suporte conceitual de macrobem ambiental, e, por conseguinte, vedando a apropriação privada do aspecto cultural da *res* que nesse viés compõe os bens formadores do

patrimônio cultural brasileiro considerados de forma difusa.

Assim, deve o proprietário portar-se de modo a praticar inclusive comportamentos positivos no curso do exercício de seu direito, a fim de adequar-se ao mandamento de preservação e conservação do meio ambiente cultural.

Desse modo e em decorrência da aplicação do direito fundamental ao exercício da função social da propriedade, o tombamento traz em seu conteúdo limitações e obrigações de agir positivo e restritivo a serem enfrentadas e executadas pelo proprietário.

Conforme dicção do Capítulo III do Decreto-Lei n.º 25/1937, os efeitos mais relevantes do tombamento referem-se à: obrigatoriedade de averbação do tombamento, feita no registro do imóvel ao lado da transcrição do domínio; necessidade de informar aos possíveis adquirentes que, em caso de alienação, o ônus se transmite automaticamente; proibição de destruir, demolir ou mutilar o bem inscrito.

No caso de reparações decorrentes da necessidade de conservação, elas far-se-ão com a consulta prévia e consentida do Instituto de Proteção ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN); e em não sendo possível a realização dos cuidados de preservação pelo proprietário em razão de falta de recursos, poderá o ente estatal promover a desapropriação do imóvel ou mesmo proceder à reparação.

Tais medidas fiscalizadoras de controle e monitoramento dos bens culturais derivam da importante atribuição do Estado de garantidor da conservação da memória, da história e da cultura reunidas em um conceito amplo de meio ambiente cultural, orientadas pela supremacia da norma constitucional, a preservá-las às presentes e futuras gerações³⁰.

Nesse sentido, Rocha (2011, p. 126) arremata:

[...] A função ambiental do direito de propriedade encontra sua justificativa ou o seu fundamento na preservação dos recursos naturais para toda a posteridade. Logo, todo proprietário deve exercer o direito de propriedade sobre a sua coisa, com a consciência de que é dele o dever de conservação do meio ambiente, para transmitir às gerações futuras [...].

A assertiva colacionada demonstra as limitações impostas ao exercício do direito de propriedade no ordenamento jurídico nacional e direciona o estudo para uma reflexão sobre a delimitação do conceito de direito patrimonial e o próprio conteúdo do direito de propriedade, a ser abordado a seguir e caracterizado como núcleo do estudo em questão.

³⁰ Esse entendimento no campo ambiental “[...] pode se tratar de um desenvolvimento que é compatível com a preservação da capacidade da natureza em suportar a vida humana, envolvendo também a gestão correta dos recursos para garantir a justiça intergeracional.” (SANTOS; STAFFEN, 2016, p. 280).

A DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITOS PATRIMONIAIS E DO CONTEÚDO DA PROPRIEDADE E SUAS INTER-RELAÇÕES COM O PODER DE POLÍCIA ESTATAL

Para Andrea Ferreira (1997, p. 2), patrimônio equivale a um conjunto de direitos dotados de unidade a ser conferida por um valor comum intrínseco a eles, enquanto integrantes do acervo de bens³¹. Assim, no aspecto econômico, por exemplo, representam, juridicamente, um conjunto de direitos de cunho econômico, podendo ser: obrigacional, a posse, a propriedade *lato sensu* e demais direitos reais, sendo esse um sentido mais amplo do conceito de propriedade, no qual está inserido outro sentido estrito de propriedade (*lato sensu*), entendido como domínio.

Por conseguinte, para o autor, propriedade e direitos patrimoniais em seu significado compreensivo são expressões equivalentes e como conjuntos/universalidades são sinônimos, suportando o conceito de propriedade não apenas um direito de propriedade, mas sim vários direitos de propriedade.

Nesse contexto, o depreendido é que patrimônio adquire um aspecto não de objeto, mas sim de direitos a incidirem sobre determinados bens, nada impedindo a possibilidade de vários direitos patrimoniais existirem sobre um único bem³². O entendimento apresentado pelo autor é importante para se entender a noção de micro e macrobem, já abordada, como objetos sobre os quais recai o exercício de direitos de natureza patrimonial de titularidade particular e/ou difusa.

Contudo, para aprofundamento do estudo, importante se ater preliminarmente ao aspecto dominial do conceito de propriedade inserido em um viés mais amplo de patrimônio e da relação existente entre titular da coisa e a coisa em si e entre proprietário e terceiros. Impende ponderar sobre os reflexos da atuação do poder de polícia estatal nesse contexto, visto a importância dos efeitos jurídicos exercidos pelo tombamento sobre o domínio do proprietário particular do bem.

Tal relação sujeito/coisa, oriunda do direito de propriedade segundo Cretella Jr. (1975, p. 80), “[...] confere a seu titular o pleno gozo do bem, móvel ou imóvel, que lhe pertence. Usar,

³¹ Cita o autor: “[...] conforme salientado, o que dá unidade, o que confere identidade a um patrimônio, é o valor comum aos direitos referentes aos bens que o integram, seja o valor econômico, seja o cultural, seja de outra natureza.” (ANDREA FERREIRA, 1997, p. 15).

³² O Código Civil de 2002 e a legislação civil anterior reconheceram a existência de direitos reais sobre coisa alheia, por exemplo, constantes no CC/02, artigo 1.225. A temática direitos reais sobre coisa alheia é extensa, cabendo apenas citá-la para exemplificação. (Nota do autor).

fruir e abusar são atributos inerentes a esse direito [...]”.

Entretanto, com o advento da CRFB/88, essas prerrogativas do proprietário passaram a sofrer restrições e limites em seu conteúdo e extensão, em que o texto constitucional passou a fixar as fronteiras pertinentes deles, apresentando um aspecto positivo, usar, fluir e dispor, direito de sequela, etc., e conteúdos negativos, esses fixando os limites ao exercício das prerrogativas inerentes à propriedade.

Interessante destacar a função dúplice exercida pela lei, na ordem constitucional vigente: ela fixa limites ao exercício das prerrogativas do proprietário e também limita as prerrogativas de terceiros sobre o bem particular. (ANDREA FERREIRA, 1997, p. 3).

Essas atividades limitadoras de conteúdo são encontradas na esfera do Direito Civil como as regras de direito de vizinhança³³ ou na delimitação de direitos reais limitados, “[...] parcialidades de conteúdos de direito, e não extensão da coisa (condomínio, compropriedade) [...]” (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 67). Todas podendo se originar de normas de Direito Administrativo derivadas do regular exercício do poder de polícia (CRETELLA JUNIOR, 1975, p. 81).

Nas três situações citadas acima como exemplo, têm-se: no primeiro exemplo, a possibilidade de um uso anormal da propriedade nos casos de aplicação do direito de vizinhança no qual o uso da coisa por seu proprietário pode exceder os limites do razoável e prejudicar terceiros, podendo ser inclusive caracterizado como abuso do direito de propriedade³⁴.

Já nos casos de materialização de direitos reais limitados, existem fixações de limites, geralmente negativos ao domínio do titular, atuando como setores do conteúdo da propriedade que se fizeram independentes³⁵.

Relativamente à atuação do poder estatal de modo a implementar a intervenção fundamentada no exercício do poder de polícia, essa atuação pode ser levada a efeito para coibir um uso anormal e prejudicial da propriedade. Ou ainda na inexistência de um uso anormal, para promover a materialização do interesse público, como nas instituições pelo

³³ Artigos 1.277 a 1.313 do Código Civil Brasileiro de 2002.

³⁴ Frisem-se aqui as lições de Cretella Junior (1975, p. 87) ao distinguir os tipos de limitações ou restrições do direito de propriedade: “[...] as de direito privado, que têm por fim a compatibilidade do direito de cada proprietário com os direitos e com os interesses dos outros sujeitos e, sobretudo com os outros proprietários, as de direito público, que têm por objetivo compatibilidade do direito do proprietário com os direitos subjetivos públicos do Estado; no primeiro caso as limitações atingem o direito de propriedade de um particular diante de outro particular; no segundo caso, as restrições atingem o direito de propriedade de um particular diante do interesse público, diante do Estado.”

³⁵ Pontes de Miranda (2012, p. 67) se posicionou nesse sentido.

poder público das servidões administrativas, do tombamento e demais formas interventivas do Estado na esfera privada, entendidas como restrições administrativas ou não.

Andrea Ferreira (1997, p. 7) entende não haver diminuição do conteúdo do direito de propriedade. Para o autor:

[...] O poder de polícia não diminui conteúdo, mas, apenas direciona o exercício das faculdades do proprietário, para mantê-lo na medida da regularidade, sem lesões a determinado interesse público ou social. Embora se use a expressão limitações administrativas, e mesmo se entendendo essas últimas como limitações ao exercício, a realidade é do balizamento, no sentido da preservação da regularidade.

O entendimento relativo à função do poder de polícia em muito se assemelha à atribuição da função social da propriedade, sendo essa, assim como o poder fiscalizador, entendida como um elemento direcionador do exercício do direito de propriedade na ordem constitucional atual, adequando o exercício desse direito ao interesse público³⁶.

Assim, a atuação do poder de polícia no tocante à intervenção na propriedade e os reflexos daí oriundos na matéria dos direitos reais visa garantir à coletividade de pessoas o pleno exercício de direitos culturais. É primordial compreender os elementos que compõem essa inter-relação existente entre o direito do titular e o direito difuso cuja titularidade é pertencente à coletividade de pessoas.

Se o patrimônio de uma pessoa é entendido como direito e não como um bem em si, nos escritos de Pontes de Miranda (2002, p. 66), o que se tem é um direito do proprietário em toda sua plenitude, a princípio, por exemplo, de usar, fruir e dispor da coisa.

Contudo, quando é observada essa nuance e tendo como parâmetro a CRFB/88 e a releitura do instituto do tombamento, o direito potestativo do titular sofre influência de um direito de natureza difusa, entendido como de deleite em fruir de um contexto fático preservado em determinado bem tombado.

Tem-se, portanto, na situação posta, um bem jurídico privado entendido como objeto da relação jurídica sobre o qual incide um direito patrimonial de natureza individual, de propriedade, coexistindo com um direito de titularidade difusa de usar e fruir também incidente sobre o mesmo bem jurídico.

De um lado se tem o patrimônio individual e do outro é observada a existência de um patrimônio, entendido como direito subjetivo da coletividade de usar, fruir e dispor da parcela de determinado bem tombado na qual se manifesta a faceta relativa à memória cultural.

³⁶ Andrea Ferreira (1997, p. 9) disserta que “toda função é um comprometimento finalístico e diz respeito a uma atividade.”

Em face dessa premissa, há um bem ao qual é atribuído um valor histórico cultural e de onde é possível ser abstraído nesse entendimento, como desdobramento causal, um direito à memória cultural, de fruir e desfrutar da cultura protegida, expressa em um determinado bem tombado.

Cumpra salientar no exemplo, se existe ofensa ao princípio da exclusividade, reitor dos direitos reais e aparentemente não é observado ofensa ao citado princípio, pois esse direito difuso possui objeto de fruição diverso do usar e fruir atribuído ao proprietário individual do bem e o direito patrimonial individual atribuído a esse titular da relação jurídica.

Ao ser retomada a noção de micro e macrobem como elemento explicativo da questão, é possível a coexistência dessas duas titularidades de direitos subjetivos, bem como a existência simultânea de dois direitos de fruição incidentes sobre um único bem jurídico.

Um direito tem como objetividade jurídica o uso e fruição de determinado bem individual entendido como microbem, já o outro, classificado como macrobem, possui como objetividade jurídica a fruição de mero deleite, representada na natureza histórica do objeto tombado administrativamente.

Não é debatida a questão da titularidade do objeto material sobre o qual incide o exercício de direitos reais, porque este pertence ao titular do domínio, sendo ele o detentor do direito de propriedade da coisa.

No campo das restrições impostas ao direito individual e ao difuso, pode ser observado que as limitações aparentemente são inclusive recíprocas, assim como os ônus daí oriundos³⁷ se manifestando no plano da proteção expressa no tombamento. Nesse sentido, no âmbito da tutela de bens de relevo cultural nacional, o Decreto-Lei n.º 25/37 instituiu a responsabilidade subsidiária³⁸ do Poder Público em arcar com a preservação da coisa tombando em caso de insuficiência de recursos do proprietário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado enquanto ratificador dos processos e dos sistemas de organização social construiu em escala progressiva um arcabouço legislativo capaz de dirimir conflitos e limitar direitos, cuja finalidade é buscar um salutar convívio social.

Tendo como parâmetro o ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 albergou em seu conteúdo essencial os pilares principiológicos e os

³⁷ Arts. 12, 13, 20 e 29 do Decreto-Lei n.º 25/37.

³⁸ Art. 19 do Decreto-Lei n.º 25/37.

direitos explícitos na composição legal instituída com a finalidade de se materializar direitos fundamentais.

Nesse cenário, a função social da propriedade representa a escolha normativa promovida pela CRFB/88, no sentido de dar novo significado à propriedade, excluindo de seus fundamentos a apropriação privada como direito absoluto em prol de um exercício da propriedade de modo a ser respeitada a função social dela.

Visível foi a intenção do legislador em promover um conceito racional no uso da propriedade ao conciliar o exercício dela e a função social que dela deve emergir, imprimindo, no paradigma da CRFB/88, no direito de propriedade limitações fáticas e jurídicas no exercício das prerrogativas atinentes a esse direito real, materializando na relação jurídica *dominus/coisa* a função socioambiental da propriedade.

A propriedade não é mais e apenas um fim em si, ela é também um instrumento de promoção da justiça social. Nesse contexto garantista, o tombamento é método de intervenção estatal no âmbito da propriedade pública e privada, a operacionalizar a materialização do caráter funcional e finalístico a ser aderido à propriedade, de modo que o condicionamento se incorpore por definitivo na definição deste que é o direito real por excelência.

Isso posto, a força normativa diretora do procedimento administrativo de tombamento é a mesma viabilizadora da efetividade de acesso presente e futuro ao meio ambiente integral equilibrado, consignando em sua topografia espaço especial de expressão da proteção do patrimônio cultural.

A proposta contida no conjunto de ações e limitações relativas ao tombamento, bem como a obrigatoriedade de fiscalização, controle e monitoramento da coisa pertencente aos proprietários de bens de valor cultural, precisa ser compreendida a partir da finalidade precípua que se pretende atingir: preservar o acervo natural, social e cultural pertencente à coletividade, condicionando o exercício do direito de propriedade. Tal objetivo é tarefa composta de carga diretiva, porque é praticada na busca do bem comum. Os fins referidos estão diretamente associados à percepção de necessidade de conservação.

O titular de direitos patrimoniais, seja por vontade própria, seja mediante ação do Estado, está fadado a compreender que a aquisição, uso, gozo, fruição e manejo da propriedade dependem das possibilidades de manutenção do patrimônio existente. Hoje, a proteção desses bens culturais está condicionada ao direito subjetivo de deleite pertencente à coletividade.

A finalidade das diretrizes jurídicas estatais em face do pesquisado no estudo é materializar e consagrar a noção de compartilhamento, responsabilidade, cuidado e respeito à

posteridade, promovendo a preservação de bens de interesse cultural, sem, contudo, impedir o exercício dos direitos de primeira dimensão como o direito de propriedade.

Nesse contexto, o tombamento como forma de intervenção do Estado na propriedade para garantir a preservação da memória cultural atende a finalidade de se aliar o exercício do direito de propriedade e a tutela de um interesse difuso, conciliando direitos aparentemente conflitantes.

A materialização do instituto permite ofertar às gerações futuras a mesma variedade e qualidade de patrimônio cultural, capazes de ocasionar o reconhecimento das composições do passado, de modo a propiciar aos herdeiros da sustentabilidade reconhecimento e a reprodução dos valores da solidariedade, da deferência e da ponderação.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. I. II. v. 4. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

ASSUMPÇÃO ALVES, Alexandre Ferreira de. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Minas Gerais, n. 98, jul./dez, 2008. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/098065098.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2017.

ANDREA FERREIRA, Sérgio de. O tombamento e o devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo RDA FGV-RJ**, Rio de Janeiro, v. 208, p. 1-34, abr./jun. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46980>>. Acesso em: 9 set. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Lei n.º 601**, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Brasília, DF, 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Decreto-Lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 6 dez. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1º de novembro de 1937**. Brasília, DF, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

_____. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. rev., ampl. e atual. até 31 dez. 2012. São Paulo: Atlas, 2013.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil**. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. (Org.). Brasília: CJF, 2012.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. Coleção obra-prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2009.

COSTA, Dilvanir José da. O sistema da posse no direito civil. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 109-117, jul./set. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/391/r139-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 10 out. 2017.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção jurídica do meio ambiente – florestas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CRETILLA JUNIOR, José. Do tombamento no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 70, p. 79-106, 1975.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Trabalho relacionado com as investigações de L.H. Morgan. 9. ed. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1984.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume V: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte especial. Tomo X. Direito das coisas: posse. Luiz Edson Fachin – atualizador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PINHEIRO DOS SANTOS, Ariel; SOUZA, Júlio César de. A participação do poder judiciário na proteção urbanística. In: XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE. **Direito urbanístico, cidade e alteridade** [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI. coordenadores: Flávia Piva Almeida Leite; Rosângela Lunardelli Cavallazzi; Valter Moura do Carmo (Coord.). Florianópolis: CONPEDI, 2017.

ROCHA, Maria Vital da. Traços da função ambiental da propriedade privada no direito brasileiro. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luis Nogueira. (Coord.). **Propriedade e meio ambiente: da inconciliação à convergência**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. Disponível em: <<http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/funjab-livro-propriedade-e-meio-ambiente.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

SANTOS, Rafael Padilha dos; STAFFEN, Ricardo Staffen. O fundamento cultural da dignidade da pessoa humana e sua convergência para o paradigma da sustentabilidade. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 26, p. 263-288, mai/ago. 2016.

Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/814/507>>. Acesso em: 10 out. 2017.

TORTOLA, Elissandra Roberta. O direito de propriedade em face da preservação ambiental. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 1, 2012. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/22/11>. Acesso em: 10 out. 2017.

Trabalho enviado em 13 de novembro de 2017.

Aceito em 23 de fevereiro de 2018.