



A função social da propriedade e o tombamento como instrumentos de proteção ao patrimônio histórico e cultural

Social function property and tipping as an instruments of protection to historical and cultural heritage

Thalia Ferreira Cirilo¹, Monique Medeiros de Melo² & Monnizia Pereira Nóbrega³

Resumo: O presente trabalho busca realizar um estudo acerca do instituto do tombamento enquanto mecanismo legítimo de intervenção na propriedade privada pelo Poder Público, com vistas a assegurar o cumprimento da exigência constitucional de função social da propriedade, delineada pela necessidade de oferecer proteção ao Patrimônio Histórico e Cultural brasileiro. Para a consecução de tal objetivo, será utilizada, quanto à abordagem, a pesquisa qualitativa; quanto aos procedimentos, serão exploradas a pesquisa bibliográfica e documental; além do método dedutivo, de forma que, partindo-se de premissas gerais inerentes à propriedade e à necessária ação interventiva do Estado para o alcance do interesse público, possa-se chegar à conclusão de que o tombamento, espécie constitucional de intervenção na propriedade, tem, como finalidade precípua, a proteção do Patrimônio Histórico e Cultural do país, a qual reflete diretamente no cumprimento da função social da propriedade.

Palavras-chave: *Propriedade; Tombamento; Função social; Patrimônio Histórico e Cultural.*

Abstract: The present work seeks to carry out a study about the tipping establishment as a legitimate mechanism for intervention in private property by the Public Power, with a view to ensuring compliance with the constitutional requirement of the social function of the property, outlined by the need to offer protection to the Historical and Cultural Patrimony Brazilian. To achieve this objective, qualitative research will be used in the approach; as for procedures, bibliographical and documentary research will be explored; in addition to the deductive method, so that, starting from the general premises inherent in the property and the necessary intervention of the State to reach the public interest, one can arrive at the conclusion that the tipping, constitutional species of intervention in the property, has as its main objective the protection of the country's historical and cultural heritage, which directly reflects the fulfillment of its social function.

Keywords: *Property; National Heritage List; Social function; Historical and Cultural Heritage.*

*Autor para correspondência

Recebido para publicação em 15/07/2019; aprovado em 30/06/2020.

¹ Graduanda em Direito, Estudante, UFCG, thalia_ccrei@hotmail.com; *

² Graduanda em Direito, Estudante, UFCG, melo.moniquee@gmail.com;

³ Mestre em Sistemas Agroindustriais, Professora do Ensino Superior, UFCG, monnizia@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A presente produção científica versa a respeito do direito de propriedade. Aborda o seu uso em conformidade ao princípio da função social. E o define como direito fundamental, oriundo da atual Carta Magna. Mostra também, a complexidade da origem do dialeto propriedade, que por sua vez, deriva do latim *proprietas*, e tem por conceituação empírica aquilo que a alguém pertence. É possível, ainda, vislumbrar que sua incidência recai tanto sob bens corpóreos e incorpóreos.

Em seguida, verifica-se a disposição de particularidades relativas ao instituto do tombamento, com ênfase a sua essência final de proteção do patrimônio histórico cultural e artístico da humanidade, configurando, assim, uma interferência estatal a propriedade privada. E, ainda, vale ressaltar, que a produção científica explana sob a consonância entre direitos coletivos e anseios particulares, respaldado no precipício administrativo da soberania do interesse público.

DO DIREITO À PROPRIEDADE

Face ao legado dogmático da Constituição Federal de 1988, o direito à propriedade dissolveu seu caráter absoluto. E passou a figurar, além, de direito fundamental fincado no seio do artigo 5º, mais especificamente nos incisos XXII e XXIII, um direito relativo com coaduno a sua função social. Conforme disposto no diploma legal abaixo, respectivamente:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXII - é garantido o direito de propriedade;
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social
[...]

Com mérito ao diagnóstico jurídico de que o direito à propriedade careceria de sobrepor o interesse coletivo ao privado individual, nasce, então, o alicerce do funcionalismo social da propriedade. Isto é, o proprietário não vestiria mais carapuça de rei, com poder ilimitado e ausência de intervenção estatal, o que, assim, desconfiguraria a ideia de um direito como poder subjetivo sem motor freio deste.

É pertinente arrazoar também, que função social da propriedade e fim social possuem valores semânticos antagônicos, conforme aduz Costa (2003, p. 85):

Importante se faz alertar que o reconhecimento de que há na propriedade privada uma função social não é o mesmo que afirmar ter essa um fim social, vez que fim e função são conceitos inconfundíveis. Quando nos referimos ao fim de um determinado

enunciado é o mesmo que delimitar sua destinação a um exercício fixado e imutável, estando o fim sob o aspecto externo do respectivo enunciado. Por sua vez, quando utilizamos o termo função, estamos mencionando sobre a “atitude histórica e concreta diante de situações sempre renovadas e diversas”, algo que está presente sob o aspecto interno do enunciado. Pelo exposto, constatamos que fim e função social não são sinônimos, já que o fim atinge a estrutura do enunciado e, assim, a natureza de uma situação jurídica, enquanto a função pertine a sua eficácia no ordenamento jurídico.

Dessa forma, em consonância com o conceito de função social de Mello (2007, *apud* SOBRANE, 2005 pg. 208), deve esta:

Cumprir um destino economicamente útil, produtivo, de maneira a satisfazer as necessidades sociais preenchíveis pela espécie tipológica do bem (ou pelo menos não poderá ser utilizada de modo a contraditar esses interesses) cumprindo, dessarte, às /em proveito da coletividade.

O direito à propriedade, portanto, sofreu maturação ao perpassar, a priori, por um Estado liberal fincado em exercício individual e absoluto, para então, a posteriori, acompanhar uma necessidade moderna de compatibilizar o interesse social coletivo aos anseios individuais, com apreço aos direitos fundamentais do homem. Vivenciou-se, assim, a migração de uma concepção individualista a uma mais social.

Conforme Caio Mario, alusão feita pelo civilista reputado Gonçalves 2009, em sua obra, conceituar o direito de propriedade e seu exercício é uma tarefa árdua. Mais fácil seria, portanto, senti-la, assim como, perceber seus efeitos e desdobramentos, do que propriamente defini-la.

O direito à propriedade, por conseguinte, é um direito real por excelência, regulado pelo Código Civil de 2002, em seu título III, notadamente no artigo 1.228. É um direito, de maneira sistemática, cujo manifestação de atributos ou faculdades se efetivam mediante o uso, o gozo, a disposição e o poder de sequela, conforme, *in verbis*: “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”.

É válido aqui salientar que o direito à propriedade poderá ser exercido de forma plena ou concentrada, o qual vislumbrará a presença de todos os atributos inerentes a si. Ou poderá ser manifestado de forma restrita, isto é, às suas faculdades sofrerão limitações, portanto, serão exercidas de modo esfacelado.

Seguindo o tema das limitações, as incidências destas são decorrentes de normas legislativas, princípios gerais do direito ou até mesmo do titular da coisa, em sua orbita voluntária. É importante

vislumbrar como princípio base a função social da propriedade e a coexistência pacífica do individual ao coletivo.

Isto posto, a propriedade que não compre sua função social não será protegida pelo aparato constitucional. E o Estado, logo, será dotado de munição para intervir na propositura de um uso adequado, visto que, a função social é dever indissociável da propriedade, um poder socialmente e economicamente útil, conforme dogmas da atual conjectura econômica.

Destarte, não há dúvidas ao enquadrar o instituto do tombamento como uma das manifestações de intervenção administrativa do poder público. Manifestação esta passível de limitar o desempenho pleno do direito de propriedade, mas que não obsta a promoção da efetivação da função social.

TOMBAMENTO: CONCEITO, ESPÉCIES, INSTITUIÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Um dos princípios basilares da Administração Pública é, indubitavelmente, o da Supremacia do Interesse Público. A respeito desse princípio, Carvalho Filho (2014), com muita propriedade, ensina que o Estado, para alcançar os objetivos traçados em sua Carta Constitucional, precisa desenvolver sua atuação com vistas a superar os interesses antagônicos entre os indivíduos e aqueles que refletem o bem-estar da coletividade, sendo o alcance deste o verdadeiro fim último a ser atingido.

Dessa forma, não são raras as vezes que o Estado intervém em uma situação de natureza tipicamente privada para atender aos anseios do meio social. Talvez o exemplo mais comum utilizado pela Ciência Jurídica, especialmente pela doutrina administrativa, seja o da intervenção na propriedade privada, pelo Estado, para alcançar a função social delineada pelo artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal de 1988. Sobre isso, ensina o mesmo doutrinador (CARVALHO FILHO, 2014, p. 793):

No caso da intervenção na propriedade, o Estado age de forma vertical, ou seja, cria imposições que de alguma forma restringem o uso da propriedade pelo seu dominus. E o faz exatamente em função da supremacia que ostenta, relativamente aos interesses privados, quando o particular sofre a imposição interventiva do Estado em sua propriedade, sua reação natural é a de insatisfação, e isso porque seu interesse foi contrariado. Mas toda intervenção visa ao atendimento de uma situação de interesse público e, sendo assim, há de justificar-se a atuação estatal, mesmo contrária ao interesse do particular (grifo nosso).

Nesse contexto, embasando-se nesse fundamento, surge a figura do tombamento, doutrinária e jurisprudencialmente consagrada como uma das mais importantes formas de intervenção do Estado na propriedade a fim de se alcançar a sua função social. Evidentemente, cada estudioso encontra a melhor

forma de conceituá-lo, reunindo elementos que considerem indispensáveis para tanto. Assim o faz Moreira Neto (1989, p. 318):

É a intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de exercício de direitos de utilização e disposição, gratuita, permanente e indelegável, destinada à preservação, sob regime especial, dos bens de valor cultural, histórico, arqueológico, artístico, turístico ou paisagístico.

Resta claro, em um primeiro momento, que a função social a que o instituto do tombamento destina alcançar está intrinsicamente relacionada à proteção do patrimônio cultural do país, sendo nesse contexto a conceituação trazida por Alexandrino e Paulo (2014, p. 1016): “tombamento é a modalidade de intervenção na propriedade por meio da qual o Poder Público procura proteger o patrimônio cultural brasileiro”. Ressalte-se que esse ponto será, mais à frente, melhor esclarecido.

O instituto do tombamento foi regulamentado, a nível federal, em 1937, com a expedição do Decreto-lei nº 25, comumente denominado de “Lei do Tombamento”. Tal decreto ainda vige hodiernamente, apesar de algumas alterações pontuais ao longo do seu texto. Seu artigo 1º aponta que o tombamento tem com objeto tanto bens móveis, quanto imóveis, que, juntos, formam o patrimônio histórico e artístico pátrio e que, portanto, refletem aspectos memoráveis da história nacional, os quais, inquestionavelmente, merecem uma especial proteção pelo Poder Público.

Quanto às espécies, de forma geral, a doutrina traz algumas classificações. Primeiramente, divide o tombamento em duas espécies, sob o aspecto da manifestação da vontade: voluntário e compulsório, ressaltando que ambos são regulados pela Lei do Tombamento, respectivamente nos artigos 7º e 8º. Sobre essas espécies, ensina Carvalho (2017, p. 1048):

O tombamento voluntário ocorre 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 [...] Por sua vez, o tombamento compulsório ocorrerá quando o proprietário se recusar a anuir à inscrição da coisa. Nestes casos, deverá ser instaurado procedimento administrativo, nos moldes determinados pelo Decreto-Lei 25/37, com a finalidade de se proceder à inscrição do imóvel, permitindo ao particular o exercício do contraditório.

Parte da doutrina traz, também, a divisão em mais duas espécies: tombamento geral e tombamento individual. O primeiro, conforme ensina Di Pietro (2005), é aquele cujo objeto são os bens de uma

determinada localidade, como os situados em um bairro ou, até mesmo, em uma cidade; o tombamento individual, por sua vez, como o próprio nome sugere, é aquele que alcança um bem individualmente considerado. Carvalho Filho (2014, p. 820) discorda de tal classificação, defendendo que o tombamento geral não tem pertinência lógica, tendo em vista que “os efeitos do ato alcançam diretamente apenas a esfera jurídica do proprietário de determinado bem”.

Ademais, o tombamento ainda pode ser provisório ou definitivo. Sobre essas espécies, ensinam Alexandrino e Paulo (2014, p. 1017):

O tombamento é provisório enquanto está em curso o processo administrativo instaurado pela notificação do Poder Público, e definitivo quando, depois de concluído o processo, o Poder Público procede à inscrição do bem como tombado, no respectivo registro de tombamento.

No que diz respeito à instituição do tombamento, é importante salientar, primeiramente, que, em que pese existir uma pequena divergência doutrinária quanto à natureza do ato pelo qual o Estado decreta o tombamento, a corrente majoritária defende ser um ato estritamente administrativo, sendo de competência, portanto, do Poder Executivo, estando apto o Poder Legislativo apenas para a sua função típica legiferante, no sentido de produzir regras a serem observadas pelo Poder Público quando da intervenção na propriedade.

Nesse viés, ressalte-se que é de competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, conforme disciplina o artigo 24, VII, da Constituição Federal, legislar a respeito da proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico, possuindo, também, o Município – embora não mencionado como detentor de competência concorrente – competência para legislar sobre a proteção ao patrimônio histórico e cultural local, assim como estabelecido no artigo 30, I e II, da Carta Constitucional.

Assim, além da competência legislativa para dispor sobre a proteção ao patrimônio histórico e cultural, os entes federativos, através do Poder Executivo, são competentes para efetivar os atos necessários à decretação do tombamento. Sobre isso, ensina Carvalho (2017, p. 1047):

[...] compete a União efetivar o tombamento sobre bens que conservem aspectos relevantes à história, arte ou cultura nacionais; enquanto que os estados membros devem praticar o ato restritivo somente sobre bens que possuam aspectos a serem protegidos no âmbito regional. Por seu turno, compete aos municípios determinar o tombamento incidente sobre bens cujas características remontem à história local ou façam alusão às manifestações culturais daquela localidade. Ressalte-se, ainda, ser possível que um único bem seja ao mesmo tempo de interesse

nacional, regional e local, ensejando a possibilidade de realização de mais de um tombamento.

Conforme mencionado acima, o tombamento foi regulamentado pelo Decreto-Lei nº 25/1937, que trouxe seu objeto de incidência no artigo 1º, além de várias outras questões importantes no decorrer dos seus dispositivos. Saliente-se que a Constituição Federal corrobora, expressamente em seu artigo 216, §1º, a necessidade de se proteger o patrimônio cultural brasileiro, elencando, dentre os meios hábeis a tal proteção, o tombamento. Dessa forma, observa-se que o fundamento de existência do tombamento, como mencionado acima, decorre da necessidade de se intervir na propriedade privada que, de certa maneira, reflete um valor importante para a identificação do povo brasileiro, seja em decorrência de um momento histórico vivido ou por possuir uma importância arqueológica, arquitetônica ou artística, necessitando, dessa forma, de uma proteção especial pelo Poder Público. Assim, por meio do tombamento, a propriedade consegue atingir a sua função social, sobressaindo o interesse público em relação ao interesse particular.

O TOMBAMENTO COMO OBJETO DE EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Ao ancorar-se no nexos evolutivo do conceito de propriedade privada e seus desdobramentos ao longo da história, assim como, o espaço o qual ocupa dentro do próprio cenário jurídico vigente, tem-se notório que a função social da propriedade é instrumento modulador do seu uso, isto é, um dever jurídico com escopo de conspirar favorável ao bem-estar comum e individual.

Com o desenvolvimento urbano em ascensão, o rearranjo do velho ao moderno e suas transformações, se fez necessário preservar o patrimônio histórico cultural, manter viva as memórias e peculiaridades de uma humanidade que ali já esteve presente. A partir disso, nasce uma função social da propriedade enrustada ao acesso cultural.

Entretanto, para a guarnição de um bem cultural se constitui necessário medidas administrativas e jurídicas do Estado. Imperando ao particular detentor do bem preservá-lo, e conservá-lo conforme estatue o mecanismo do tombamento.

O confronto entre o direito do particular e o interesse coletivo desenvolve-se quando os liames de pretensões relativos ao bem são antagônicos. De um lado, o Estado com o escopo de preservar o contexto cultural, assegurado pelo princípio constitucional da função social e acesso à cultura. Do outro, o particular, pautado, também, em ditames Constitucionais, notadamente, o princípio da propriedade privada. Qual é, por conseguinte, o limite de ambos?

Desse modo, mesmo que ambos os lados possuam respaldo jurídico enraizados na Constituição Federal, como a própria produção científica evoca em seu tópico 2.2, a supremacia do interesse público (princípio basilar da Administração Pública) persevera sobre os anseios particulares. Imprescindível, por sua vez, esboçar sob uma óptica reflexiva o conflito entre o direito de propriedade e a limitação e função social advinda do tombamento.

Neste diapasão, o tombamento figura-se como meio capaz de promover a efetivação da função social da propriedade, desde que pautado no devido processo legal. Com a perda do aspecto absoluto da propriedade, oriundo da vigente carta magna, passou está a ter por finalidade atender não só as ambições do particular, conforme já mencionado, mas também, as necessidade e interesses de ordem pública. Consoante aduz no bojo do artigo 1.228, §1º, do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 1.228 [...] [...] § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. [...]

O Código Civil de 2002, por sua vez, não trouxe expresso por meio de qual instituto se fazia viável atuar para promoção da função social do bem histórico. Porém, resguardou como essencial a proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural.

Para intitular o instituto viabilizador, se fez necessário recorrer a seara administrativa, o objeto do trabalho recaí, como já mencionado, sob o tombamento. E, apesar, deste se fundar em uma razão legítima, as limitações ao direito da propriedade só poderão ser consideradas oriunda de lei, em caráter coercitivo, ou por vontade autônoma do particular, para que não agrida garantias individuais.

METODOLOGIA

O labor científico debruçou-se sob a égide do método dedutivo, com a utilização de uma abordagem conceitual e legal a respeito da propriedade e de sua função social, sendo seguida pela especificação do tombamento enquanto instrumento protetivo do Patrimônio Histórico e Cultural do país que, por conseguinte, ao resguardar o interesse coletivo, esbarra no cumprimento da função social da propriedade; quanto aos objetivos, utilizou-se a pesquisa exploratória, visando uma melhor explanação do objeto da pesquisa, o que foi possível, também, devido à utilização dos procedimentos bibliográfico e documental, que permitiram uma sistematização de informações extraídas de trabalhos científicos, doutrinas jurídicas,

bem como de documentos legais inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, como as espécies normativas e a própria Constituição Federal de 1988, Lei Maior do regimento vigente.

CONCLUSÕES

É, portanto, inquestionável a evolução histórica jurídica sofrida pelo direito de propriedade. O qual foi desenvolvido sob a égide da individualidade e intocabilidade, e hoje, é velado em prol de uma compreensão socializada. Emoldurado nessa reflexão, o direito à propriedade possui respaldo no artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal de 88, sendo, então, acoplado ao rol de direitos fundamentais. E recaí como caráter indissolúvel a sua necessidade de promoção da função social.

Desse modo, a essencialidade da função social promove a submissão do direito à propriedade a limitações. E o tombamento, instituto do poder público, restringe este direito a preservação do patrimônio histórico cultural.

O Tombamento, por sua vez, foi elucidado como fator fundamental na guarida de bens memoráveis a história e peculiaridades culturais de uma civilização em um dado íterim. Advindo, este, da cooperação da sociedade e do poder público. É assegurado pela constituição Federal de 1988 e pela seara administrativa.

REFERÊNCIAS

- [1] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 22. ed. São Paulo: Método, 2014.
- [2] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 04 de outubro de 2018.
- [3] _____. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 04 de outubro de 2018.
- [4] _____. Decreto-lei de nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 dez. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm> Acesso em 04 de outubro de 2018.

- [5] CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- [6] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- [7] GONÇALVES, Carlos Roberto Direito Civil Brasileiro. 12. ed. São Paulo : Saraiva, 2017
- [8] MADRUGA, Lucas Pinheiro. O tombamento como instrumento de concretização da função social da propriedade. 2015. Dissertação (Trabalho de Conclusão de Curso)-Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais- FAJS, Centro Universitário de Brasília- UniCeub. Disponível em:
<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7102/1/21059485.pdf> Acesso em: 10 de outubro de 2018.
- [9] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- [10] PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.