

A revogação do direito de preferência na Lei do Tombamento

O ponto de partida para a efetiva preservação do patrimônio cultural no Brasil, viabilizando o posterior surgimento do Decreto-Lei 25/1937, conhecido como Lei do Tombamento, se deu em 1934, com a consagração da proteção ao patrimônio cultural por meio da Constituição Federal promulgada em 16 de setembro de 1934, não era previsto em nosso ordenamento jurídico.



Com efeito, a Carta Magna de 1934 instituiu pioneiramente a função

social da propriedade (artigo 133, inciso XVII), bem como estabeleceu os primeiros comandos constitucionais impondo a proteção do patrimônio cultural em seus artigos 10 e 148.

Referidas inovações constitucionais assentaram as bases para a criação de instrumentos legais capazes de garantir eficazmente a preservação do patrimônio cultural brasileiro.

Em 13 de janeiro de 1937, pela Lei nº 378, que tratava da estrutura do Ministério da Educação, Getúlio Vargas criou o SPHAN com o objetivo de promover no território nacional o tombamento, a conservação e a divulgação do patrimônio cultural do país. Referida norma fazia referência ao instituto do tombamento, conquanto não tivesse seu regime jurídico definido em nosso ordenamento jurídico [\[1\]](#).

O projeto de lei sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, que redundou no Decreto-Lei 25/37, foi elaborado por Mário de Andrade e por Rodrigo de Melo Franco Andrade (incorporando ideias, diretrizes e trechos dos projetos anteriores de Luis Cedro, Jair Lins e Wanderley Pinho, somado à consulta cuidadosa à legislação específica estrangeira) e apresentado à Câmara dos Deputados em 15 de outubro de 1936, onde tramitou muito rapidamente, sendo logo aprovado e encaminhado ao Senado.

No Senado, o texto foi aprovado com emendas e retornou à Câmara, sendo marcada a data de 10 de novembro de 1937 para a discussão final. Naquele mesmo dia, por ironia da história, um golpe de Estado dissolveu o Congresso e entrou em vigor a nova Constituição Federal, que, embora sendo produto do autoritarismo, era mais eficaz na defesa do patrimônio cultural brasileiro, considerado um dos símbolos da nacionalidade.

Na Carta do Estado Novo (1937), a matéria foi regulamentada pelo artigo 134, nos seguintes termos: *"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"*.

Cumprindo a vontade constitucional, o Estado Novo editou, com apenas 20 dias de sua existência, o seu 25º decreto-lei, no dia 30 de novembro de 1937, organizando a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. O texto do decreto era praticamente uma cópia do projeto de Mário de Andrade já aprovado na Câmara e no Senado.

Assim surgiu o instituto do tombamento, o qual conceituamos como um processo administrativo por meio do qual o poder público, a fim de proteger bens móveis ou imóveis dotados de valor cultural, reconhece formalmente o especial significado e interesse público do qual se reveste a coisa, que passa a ficar submetida a um especial regime jurídico no que pertine à disponibilidade, à conservação e à fruição, com o escopo de preservar os seus atributos.

O alargado período de vigência da Lei do Tombamento, sem alterações em seu texto, permitiu a formação de posicionamentos doutrinários amadurecidos sobre seu alcance, além de ter propiciado uma farta produção jurisprudencial sobre os seus mais diversos aspectos.

Contudo, no ano de 2015, a Lei nº 13.105, que instituiu o novo Código de Processo Civil Brasileiro e entrou em vigor no dia 16 de março de 2016, veio a revogar integralmente o artigo 22 do Decreto-lei nº 25/37, que assim dispunha:

"Artigo 22 — Em face da alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os municípios terão, nesta ordem, o direito de preferência. [\(Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015\) \(Vigência\)](#).

§1º. Tal alienação não será permitida, sem que previamente sejam os bens oferecidos, pelo mesmo preço, à União, bem como ao Estado e ao município em que se encontrarem. O proprietário deverá notificar os titulares do direito de preferência a usá-lo, dentro de trinta dias, sob pena de perdê-lo. [\(Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015\) \(Vigência\)](#)

§2º. É nula alienação realizada com violação do disposto no parágrafo anterior, ficando qualquer dos titulares do direito de preferência habilitado a sequestrar a coisa e a impôr a multa de vinte por cento do seu valor ao transmitente e ao adquirente, que serão por ela solidariamente responsáveis. A nulidade será pronunciada, na forma da lei, pelo juiz que conceder o sequestro, o qual só será levantado depois de paga a multa e se qualquer dos titulares do direito de preferência não tiver adquirido a coisa no prazo de trinta dias. [\(Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015\) \(Vigência\)](#)

§3º. O direito de preferência não inibe o proprietário de gravar livremente a coisa tombada, de penhor, anticrese ou hipoteca. [\(Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015\)](#)

(Vigência)

§4º. Nenhuma venda judicial de bens tombados se poderá realizar sem que, previamente, os titulares do direito de preferência sejam disso notificados judicialmente, não podendo os editais de praça ser expedidos, sob pena de nulidade, antes de feita a notificação. [\(Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015\)](#)

(Vigência)

§5º. Aos titulares do direito de preferência assistirá o direito de remissão, se dela não lançarem mão, até a assinatura do auto de arrematação ou até a sentença de adjudicação, as pessoas que, na forma da lei, tiverem a faculdade de remir. [\(Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015\)](#) (Vigência)

§6º. O direito de remissão por parte da União, bem como do Estado e do município em que os bens se encontrarem, poderá ser exercido, dentro de cinco dias a partir da assinatura do auto de arrematação ou da sentença de adjudicação, não se podendo extrair a carta, enquanto não se esgotar este prazo, salvo se o arrematante ou o adjudicante for qualquer dos titulares do direito de preferência. [\(Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015\)](#) (Vigência)".

Verifica-se que o texto do artigo 22 da Lei do Tombamento diz respeito a dois tipos de alienação sobre as quais incidiria o direito de preferência do poder público: a onerosa, envolvendo negócios jurídicos privados (artigo 22, *caput*, e §§1º a 3º); e a judicial, realizada no bojo de processos judiciais, regrada nos §§4º a 6º do referido dispositivo.

Apesar da indiscutível distinção de modalidades, o artigo 1.072 do Novo Código de Processo Civil, em seu inciso I, revogou integralmente o artigo 22 do Decreto-Lei 25/1937, retirando do mundo jurídico o direito de preferência incidente não só sobre as alienação judiciais, mas também sobre as privadas.

De se lembrar que a Constituição Federal alberga o instituto do tombamento de forma expressa em seu artigo 216, §1º, tornando-o verdadeira garantia fundamental do direito ao patrimônio cultural brasileiro.

A doutrina especializada, ao comentar o artigo 1072 do NCPC, assinala que o preceito do artigo 22 do Decreto-lei nº 25/37 tornou-se inútil "*em face do que preveem os arts. 889, VIII e 892, § 3º*" [\[2\]](#), CPC" [\[3\]](#).

Contudo, tal assertiva não procede uma vez que a primeira parte do artigo 22 da Lei do Tombamento (artigo 22, *caput*, e §§1º a 3º) não versa sobre a alienação judicial de bens tombados (de que tratam os artigos 889, VIII, e 892, §3º, CPC), mas, sim, sobre transações privadas acerca das quais o direito de preferência deveria ser respeitado.

Como bem percebido por Fábio André Uema Oliveira ao analisar o artigo 1.072 do NCPC: houve ampla limitação da preferência, que antes podia ser exercida em todas as alienações onerosas de bens móveis ou imóveis tombados privados, restringindo-se, atualmente, aos leilões judiciais quando o bem tombado for penhorado [\[4\]](#).

Em verdade, com tal inovação, mutilou-se duramente o instituto do tombamento, que tem como uma de suas características marcantes a restrição à alienabilidade das coisas protegidas, nos termos do seu artigo 12, que assim dispõe: "*A alienabilidade das obras históricas ou artísticas tombadas, de propriedade de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado sofrerá as restrições constantes da presente lei*".

Não se trata de discussão meramente teórica ou acadêmica, uma vez que o dispositivo indevidamente revogado objetiva — além da preferência para a aquisição de bens tombados — evitar a evasão de bens



culturais, bem como monitorar as alterações da propriedade de tais coisas, sobre as quais recai indiscutível interesse público [\[5\]](#), dando concretude aos mandamentos previstos nos artigos 23, IV, e 216, §1º, da CF/88.

Segundo lição de José dos Santos Carvalho Filho, o artigo 22 da Lei do Tombamento encerrava primeiramente um direito atribuído aos entes federativos, garantindo-lhes a aquisição do bem tombado no caso de alienação pelo proprietário. O escopo da lei era o de permitir que o bem tombado não viesse a integrar o patrimônio de outro particular, se houvesse interesse maior na sua preservação em virtude das características culturais que apresentasse. Assim, entre permanecer no domínio privado, embora com restrições ao proprietário, e passar a pertencer ao acervo público, o poder público optaria por esta última posição, exercendo seu direito de preferência sobre eventuais ofertas particulares [\[6\]](#).

No regime jurídico original da Lei do Tombamento, enquanto não notificadas as pessoas jurídicas de direito público mencionadas no §1º do artigo 22 da norma e enquanto não decorrido o prazo de 30 dias ali referido, as coisas tombadas eram consideradas como insuscetíveis de serem objeto de comércio em âmbito privado (*res extra commercium*), de sorte que a alienação sem cumprimento do direito de preferência seria nula de pleno direito.

Conforme doutrina Paulo Affonso Leme Machado:

"Deixando de haver a regular notificação do poder público para que pudesse exercitar a sua preferência na alienação, esta é nula. Foi um significativo avanço da legislação. Não é anulável o ato, mas nulo. Pontes de Miranda ensina que a alienação é ineficaz. O negócio jurídico ente o alienante e o adquirente é nulo, por ilicitude do objeto (CC, artigo 145, II). Prevê, pois, publicisticamente, deixando de lado o entendimento privatista de que somente seriam exigíveis perdas e danos pelo não cumprimento de ser oferecida a coisa" [\[7\]](#).

Em razão da mutilação normativa provocada pela indevida revogação da primeira parte do artigo 22 da Lei do Tombamento (artigo 22, *caput*, e §§ 1º. a 3º), que retrocedeu indevidamente, de forma ilógica e desmotivada, o regime jurídico protetivo incidente — desde o ano de 1937 — sobre os bens tombados em nosso país, parece-nos evidente que o legislador obrou contra a nossa Constituição Federal, que alberga a "proibição de retrocesso social" ou o "princípio do não-retrocesso" [\[8\]](#), já que a tutela normativa relativa ao patrimônio cultural deve se operar de modo progressivo no âmbito das relações jurídicas, a fim de ampliar a qualidade de vida existente e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade humana, não retrocedendo jamais a um nível de proteção inferior àquele já incorporado ao patrimônio da coletividade.

Segundo leciona Luis Roberto Barroso, pelo princípio da vedação de retrocesso, que decorre do sistema jurídico constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido [\[9\]](#).



Considerando os argumentos acima expostos, concluímos que o artigo 1.072 do NCPC retrocede drasticamente a tutela do direito fundamental ao patrimônio cultural brasileiro, razão pela qual padece de flagrante inconstitucionalidade no que tange à revogação do artigo 22, *caput*, e §§1º a 3º do Decreto-Lei de 1937.

[1] "Artigo 46. Fica creado o Serviço do Patrimonio Historico e Artístico Nacional, com a finalidade de promover, em todo o Paiz e de modo permanente, o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimonio historico e artístico nacional".

[2] "Artigo 889. Serão cientificados da alienação judicial, com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência: VIII – a União, o Estado e o Município, no caso de alienação de bem tombado. Artigo 892. Salvo pronunciamento judicial em sentido diverso, o pagamento deverá ser realizado de imediato pelo arrematante, por depósito judicial ou por meio eletrônico. §3º No caso de leilão de bem tombado, a União, os Estados e os Municípios terão, nessa ordem, o direito de preferência na arrematação, em igualdade de oferta".

[3] MARINONI, Luiz Guilherme et. all. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 1002.

[4] OLIVEIRA, Fábio André Uema. Direito de preferência da Administração Pública na aquisição de bens tombados Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 12 mar 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50341/direito-de-preferencia-da-administracao-publica-na-aquisicao-de-bens-tombados>. Acesso em: 12 mar 2021.

[5] Tal obrigação, em razão de sua relevância, estava prevista no artigo 80 do Decreto n. 24.735, de 14 de julho de 1934, *litteris*: "Artigo 80. As pessoas e corporações que possuirem objectos e reliquias artisticas ou historicas são obrigadas a fornecer a relação dos mesmos ao Museu Historico Nacional e não poderão negociá-los sem previa consulta a este, que terá sempre preferencia".

[6] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, GEN/Atlas, 30ª ed., 2016, p. 856.

[7] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 886.

[8] SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 418.



[9] BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar. 8. Ed. 2006. p. 152.

Date Created

13/03/2021