



**Comissão de Direito Urbanístico da OAB/SP**  
**Nota Técnica CDU\_OABSP – 01/2024**  
**Tombamento – Conpresp - proposta de alteração**  
**apresentada pelo legislativo. Impossibilidade.**

**EMENTA**

Tombamento - interferência nas atribuições do Poder Executivo, desconformidade com a Constituição Federal, ENUNCIADOS DO CNJ e Doutrina.

Em 21 de dezembro de 2023, a Câmara Municipal de São Paulo aprovou o substitutivo ao Projeto de Lei nº 586/2023, que trata da denominada Nova Lei de Zoneamento. De forma açodada foram inseridos três artigos que versam sobre o procedimento do tombamento.

No substitutivo ao PL 586/23, que se encontra em fase de sanção pelo Chefe do Executivo, foram inseridos os seguintes artigos:

Art. 89. As propostas de tombamento de porções do território municipal que configurem alteração de parâmetros urbanísticos de matéria afeta ao código de edificações, legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo ou zoneamento, serão formuladas pelo CONPRESP e encaminhadas ao Executivo para serem consubstanciadas em projeto de lei a ser enviado à Câmara Municipal de São Paulo.

Parágrafo único: As disposições do caput deste artigo aplicam-se também às propostas de envoltórias no entorno de bens já tombados, quando configurarem alteração de parâmetros urbanísticos referidos no caput.

Art.90 Nos casos de abertura de processo de tombamento de envoltória de bem tombado, a área territorial proposta terá o mesmo regime de preservação do bem objeto do tombamento por um prazo máximo de 180 dias a contar da resolução que abriu o processo de tombamento.

Parágrafo único: Decorridos 180 ( cento e oitenta) dias da data da abertura do processo referido no caput deste artigo, sem que tenha havido aprovação pela Câmara do projeto de lei enviado pelo Executivo, o entorno do bem objeto do processo de abertura do tombamento não terá mais o mesmo regime de proteção.

Art. 91 Os imóveis ou porções do território municipal com processo de tombamento já abertos pelo órgão municipal de preservação do patrimônio histórico, cultural e ambiental na data da publicação desta lei que, no período de 2 (dois) anos após a

publicação desta lei não tiverem tido seu tombamento definitivo efetivado, passarão a ter o mesmo zoneamento do entorno.

Como pode ser observado, tais artigos endereçam a competência de decisão pelo tombamento de bens imóveis à Câmara Municipal de São Paulo, quando tal ato trazer consigo parâmetros específicos de uso e ocupação do solo - seja do bem em si objeto do tombamento, seja de sua área envoltória.

Nesses casos, tais artigos tornam obrigatória que a proposta de tombamento e/ou de regulamentação de área envoltória, seja (i) formulada pelo Conpresp; (ii) encaminhada ao Executivo para ser consubstanciada em projeto de lei, o qual (iii) deverá ser enviado à Câmara Municipal de São Paulo e por ela aprovado. De forma prática e objetiva, o novo regramento proposto estabelece que a decisão do tombamento e regulamentação de área envoltória ocorra pelo Legislativo, quando implicar em alteração de parâmetros urbanísticos.

Os dispositivos ora em debate se debruçam sobre competência até então exclusiva do Conpresp, que é o colegiado municipal competente para deliberar sobre as decisões de tombamento.

Esse é o breve relatório.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu expressamente a necessidade de tutelar e salvaguardar o patrimônio cultural enquanto direito fundamental de terceira geração, portanto, pertencente a uma coletividade. Tal proteção jurídica está estampada no art. 216, IV e V, §§1º e 5º, *in verbis*:

“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.**

Uma das formas de tutela do patrimônio cultural é o Tombamento. Entendido como ato administrativo<sup>1</sup>, é de **competência privativa do Poder Executivo no exercício da**

---

<sup>1</sup> O tombamento é um instituto conhecido de há muito no direito administrativo. Consiste num ato administrativo unilateral, por meio do qual o poder público altera o regime jurídico aplicável a um determinado bem público ou privado, para assegurar a preservação da sua identidade. MARÇAL JUSTEN FILHO, in PRESERVAÇÃO DA FUNÇÃO DO BEM PÚBLICO SUJEITO A TOMBAMENTO. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo 2015, VOL.21 (NOVEMBRO-DEZEMBRO 2015).

**função típica da Administração Pública.** O Tombamento se aperfeiçoa por meio de um procedimento administrativo<sup>2</sup>, no qual o colegiado competente delibera a partir de insumos providos de corpo técnico capaz de avaliar as informações pertinentes a cada caso. No Município de São Paulo, tais instâncias se consubstanciam no Conpresp e no Departamento do Patrimônio Histórico (DPH), respectivamente.

O que fica em evidência no procedimento administrativo que redundando no tombamento é a **necessidade de realização de estudos prévios que devem subsidiar a deliberação, pelo colegiado competente, sobre a proteção ou não do bem material nos livros do tomo, a partir da compreensão do seu enquadramento como bem portador de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira** (CF/88, art. 216, caput).

Em resumo, é essencial que a decisão pelo tombamento seja precedida de análise técnica que consubstancie a hipótese de preservação aos parâmetros de interesse público definidos pela Constituição Federal. Na sequência, é essencial que a deliberação final quanto ao tombamento seja realizada por colegiado com participação do poder público e da sociedade civil e com capacidade de garantir o contraditório, em obediência ao quanto previsto no Decreto-lei 25/37, art. 9o.

Considerando o rito descrito acima, questiona-se a possibilidade de o tombamento decorrer de lei. O Supremo Tribunal Federal recentemente firmou novo entendimento quanto a esse tema. Na ADI 5670, que apreciou a constitucionalidade da Lei do Estado Do Amazonas nº 321/2016, que tombou 29 edificações de projetos arquitetônicos elaborados por Severiano Mário Porto, a Corte Constitucional concluiu pela constitucionalidade da lei "como o ato acautelatório de tombamento provisório a provocar o Poder Executivo local, o qual deverá perseguir, posteriormente, o procedimento constante do Decreto-Lei 25/1937, sem descuidar da garantia da ampla defesa e do contraditório".

Na decisão está inserta a admissão de que, com a edição da lei de efeitos concretos, o Executivo (i) está obrigado a seguir com o procedimento que poderá resultar no tombamento definitivo; (ii) não está vinculado à declaração do reconhecimento do valor cultural do bem tombado provisoriamente pelo Legislativo.

Com referida decisão, embora o tombamento seja classificado como ato ou procedimento administrativo e, portanto, de competência do Poder Executivo, é possível que seja realizado mediante lei de efeitos concretos. Esse entendimento não concede competência ao legislativo para ser o responsável por todos procedimentos de tombamento e que sempre decorrem de Lei, mas simplesmente concede constitucionalidade a lei específica e de efeito concreto.

---

[https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDAdmCont\\_n.21.02.PDF](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.21.02.PDF)

<sup>2</sup> O tombamento pode ser definido como o procedimento administrativo pelo qual o poder público sujeita a restrições parciais os bens materiais de qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico. Maria Sylvia Zanella di Pietro. Direito Administrativo. Pag. 134. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Ou seja, de um lado afastou a noção de competência exclusiva do Executivo para acautelar o patrimônio cultural material por meio do tombamento, e de outro indicou que o Legislativo tem competência concorrente nesse sentido, mas apenas e tão somente como ato provisório a ser referendado posteriormente em âmbito administrativo. Tal referendo deve se dar por meio da promoção de análise técnica do pedido e da ampla defesa e do contraditório. Se ao Legislativo está autorizado o tombamento por meio de lei, este é somente provisório e sublinha a necessidade de que a decisão definitiva seja dada pelo Executivo, com respaldo técnico e respeitado o contraditório.

Ora, os dispositivos inseridos no Plano Diretor do Município de São Paulo vão na contramão do entendimento da Corte Constitucional, uma vez que alteram em absoluto a ordem do procedimento para o tombamento definitivo. Isso porque condicionam a decisão do tombamento à aprovação de projeto de lei, a partir de provocação do Executivo quando, na melhor jurisprudência constitucional, deveria ocorrer o contrário: pode o Legislativo tomba provisoriamente, de forma a instar o Executivo a manifestar-se e decidir sobre a preservação, com os efeitos administrativos que ela acarreta.

De forma similar funciona o procedimento administrativo que reconhece bens de natureza imaterial por meio do Registro. Trata-se de ato de competência do Poder Executivo, que deve ser precedido de estudos técnicos e pesquisas junto aos detentores dos saberes para que se verifique sua presença e contornos nas comunidades. Como indica José Ricardo Oriá Fernandes<sup>3</sup>:

Vale ressaltar que o Registro de determinado bem ou expressão significa mais do que a mera atribuição de um título. Seu principal efeito é administrativo, na medida em que estabelece a obrigação, por parte do Poder Público, de documentar a manifestação - sua origem, sua trajetória, as modificações por que passou, seus produtores, seus modos de produção, a forma como circula, entre outros aspectos relevantes - e dar ampla divulgação dessas informações a toda sociedade pelos mais diferentes meios de comunicação.

A Constituição Federal, determina que a separação de poderes é um princípio fundamental (art. 2º e 60, § 4º, III) . A violação deste princípio ocorre quando uma lei concede a um Poder atribuições que são designadas a outro. É isso o que se observa no caso em tela, senão vejamos.

No âmbito da cidade de São Paulo, a Lei 10.032 de 1985 dispõe sobre a criação do Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo e determina que a homologação do procedimento do tombamento é ato do Poder Executivo (art. 15), in verbis;

Efetiva-se o tombamento, objeto de Resolução do Conselho, por Ato do Secretário Municipal de Cultura, publicado no Diário Oficial do Município, do qual caberá, no prazo de quinze dias, contestação, junto ao CONPRESP, por qualquer pessoa física ou jurídica.

---

<sup>3</sup> FERNANDES, José Ricardo Oriá, *O parlamento na contramão da lei: as proposições de declaração do patrimônio cultural no legislativo federal*, in SOARES ET AL, *Patrimônio imaterial e políticas públicas no Brasil: trajetórias e desafios*. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p. 323 e 324.

Portanto, a obrigatoriedade de submissão da Resolução de Tombamento ao Legislativo configura usurpação de uma atribuição do Poder Executivo.

Ademais, tal medida não teria eficácia em processos de tombamento proferidos pelo Estado (CONDEPHAAT) ou pela União (IPHAN) em bens culturais no município. A permanência de tais dispositivos atenta também ao Pacto Federativo, pois há outras hipóteses de tombamento que interferem nos parâmetros urbanísticos, mas que não são de competência do Município, como por exemplo a descoberta de um eventual sítio arqueológico durante uma obra civil. A competência para estes casos é da União nos termos dos artigos 20, IX, 23, III, 216, V da Constituição Federal.

Assim, além da flagrante usurpação de competência, os dispositivos do Plano Diretor aqui questionados padecem de grande insegurança jurídica oriunda de uma redação equivocada e dúbia. Tanto em função da inobservância da forma de funcionamento da preservação do patrimônio pelos diversos entes federados, exposta acima, quanto pelo uso impreciso dos vocábulos "tombamento de envoltória de bem tombado" (art. 90). Trata-se de um erro em termos, uma vez que área envoltória, tal como inicialmente definida pelo Decreto-lei 25/37 (art. 18), não é passível de tombamento, mas de regulamentação. **Tomba-se** o bem protegido e **regulamenta-se** sua envoltória para preservação da ambiência que lhe dá leitura.

**Por fim, há que se mencionar que os dispositivos ora atacados se colocam em oposição ao que de mais atual tem se construído no campo da preservação do patrimônio cultural. Trazemos ao presente enunciados aprovados na I Jornada de Direito do Patrimônio Cultural e Natural pertinentes ao caso, bem como diretrizes da Carta de Ouro Preto, ambos documentos produzidos em 2023 por especialistas, juristas e comunidade engajada na preservação do patrimônio.**

Em março de 2023, magistradas e magistrados da Justiça Federal debateram e aprovaram cerca de 50 enunciados sobre patrimônio cultural. Os enunciados são referência importantes para julgados e doutrina e são fruto de evento organizado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF) e pela ONU. Aplicam-se ao caso em tela os seguintes Enunciados<sup>4</sup>:

#### INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

ENUNCIADO 9 – Integram a estrutura básica da ordem pública de proteção do patrimônio cultural e natural, entre outros, os princípios da vedação de salvaguarda deficiente; in dubio pro patrimônio público; da proibição do retrocesso cultural e/ou ambiental; da função memorativa da propriedade cultural; da prevenção de dano; da precaução; da responsabilização in integrum; da solidariedade intergeracional; da cooperação internacional; da participação pública; da função ecossocial da propriedade; da fruição coletiva; e do respeito à ancestralidade e à diversidade.

PATRIMÔNIO ARQUEOLÓGICO, PALEONTOLÓGICO,  
ESPELEOLÓGICO E GEOLÓGICO

---

<sup>4</sup> Jornada Direito do Patrimônio Cultural e Natural (1. : 2023 : Brasília, DF) Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/Enunciados%20aprovados%201%20JDPCN-VF.pdf>

ENUNCIADO 13 – Além de ser de propriedade exclusiva da União, com vedação de livre circulação e comércio, o patrimônio arqueológico (Lei n. 3.924/1961), paleontológico (Decreto-Lei n. 4.146/1942) e espeleológico (Resolução CONAMA n. 347, de 10 de setembro de 2004) é afetado em si mesmo a uso especial. Por isso, trata-se de proteção jurídica não condicionada à existência de instrumento de acautelamento legal ou administrativo específico. Ou seja, a tutela tem fonte constitucional e procede da genética normativa do patrimônio, a natureza de bem público federal afetado ao interesse público.

**INSTRUMENTOS NACIONAIS DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL**

ENUNCIADO 16 – A autoridade competente para promover o tombamento ou registro deve, em razão do princípio participativo (art. 216, §1º, da Constituição da República), assegurar a legitimidade do ato, seja por consulta pública ou manifestação de Conselho com representatividade da sociedade civil e se responsabilizar pela elaboração dos respectivos documentos técnicos de dossiês de tombamento e de registro, incluindo a poligonal de entorno, a fim de de aumentar a segurança jurídica relativa aos efeitos do instituto, nos termos do art. 30 da Lei n. 13.655/2018. (grifo nosso)

ENUNCIADO 18 – Eventual nulidade do processo administrativo de tombamento não prejudica o reconhecimento da relevância cultural do bem.

ENUNCIADO 21 – O patrimônio cultural tombado ou protegido como conjunto caracteriza *universitas rerum* (universalidade de direito ou *universitas iuris*, nos termos do art. 91 do Código Civil), atribuída a 11 natureza de unidade aos bens individuais que o compõem, uma entidade ideal e complexa que demanda proteção integral do todo e das partes integrantes, observada eventual diversidade existente nos conjuntos, que justifique critérios de intervenção distintos.

#### **RESPONSABILIDADE CIVIL E PATRIMÔNIO CULTURAL**

ENUNCIADO 27 – À reparação civil por dano ao patrimônio cultural e/ou natural aplica-se a responsabilidade objetiva e solidária, tal como previsto no art. 14, §1º, da Lei n. 6.938/1981. Para tanto, observam-se os princípios da imprescritibilidade do dever de reparação; da vedação do lucro ou vantagem ilícita; da inadmissibilidade da teoria do fato consumado; da inaplicabilidade do princípio da bagatela; da reparação integral, incluído o dano moral coletivo; e da individualização da responsabilidade pelo dano ao patrimônio cultural, quando for o caso, em face de condutas que atentem contra bens conexos, como a ordem urbana, o meio ambiente natural, entre outros aspectos.

#### **ENTORNO DO BEM CULTURAL**

ENUNCIADO 25 – Para fins de aplicação do art. 18 do Decreto-Lei n. 25/1937, o entorno de um bem cultural e/ou natural deve ser compreendido como a ambiência em que se insere e o

diálogo com o quadro natural ou construído capazes de influir sobre a percepção estática ou dinâmica do patrimônio protegido, nomeadamente quanto a notórios laços sociais, econômicos ou culturais, tal como preconizado na Declaração de Xi'an (2005), que dispõe sobre a conservação do entorno de edifícios, sítios e áreas do patrimônio cultural.

**EXEGESE DOS VOCÁBULOS “DESTRUIR” E “DEMOLIR”**  
ENUNCIADO 29 – No Decreto-Lei n. 25/1937, os termos “destruir” e “demolir” devem ser empregados em sentido amplo para alcançar, também, as ações de “estragar”, “reduzir as qualidades características”, “afetar negativamente de maneira substancial”, “inviabilizar ou comprometer as suas funções”, “afastar-se da concepção original”, “violiar ou contradizer a ratio da tutela do bem cultural”.

Não obstante a inobservância dos Enunciados acima, o Legislador ao inserir tais dispositivos não levou em consideração as Cartas Patrimoniais, documentos que trazem diretrizes norteadoras para proteção do patrimônio cultural, em especial a Carta de Ouro Preto<sup>5</sup>. Dentre as diretrizes estabelecidas nesta carta, aplicam-se ao caso em tela as seguintes:

DIRETRIZ 05. Definir parâmetros para aplicação dos princípios da solidariedade e subsidiariedade no que tange à distribuição de competências entre os entes federados em matéria de patrimônio cultural e as possibilidades de ações cooperadas.

DIRETRIZ 17. Definir que o tombamento (em sua acepção estrita) e o registro são atos administrativos de competência exclusiva do Poder Executivo, salvo exceção constitucional expressa, e que devem ser precedidos de manifestação conclusiva do respectivo Conselho de Patrimônio, sem prejuízo que o reconhecimento do valor cultural do bem possa ocorrer em outras instâncias.

DIRETRIZ 25. Garantir autonomia administrativa e financeira com indicação de orçamento a ser destinado aos órgãos e entidades federais, estaduais, distritais e municipais dedicadas ao Patrimônio Cultural.

DIRETRIZ 26. Definir que as decisões dos Conselhos de Patrimônio em nível federal, estadual, distrital ou municipal têm caráter deliberativo e que sua composição seja paritária, representativa da diversidade étnica, cultural e territorial.

DIRETRIZ 32. Definir hipóteses específicas de improbidade administrativa, inclusive culposa, decorrente de ações e omissões que impactem negativamente o patrimônio cultural.

É necessário que o sistema de salvaguarda do patrimônio cultural seja feito em constante diálogo com o planejamento urbano. Nesse sentido, essencial que ele esteja

---

<sup>5</sup> Carta de Ouro Preto. Disponível em < <https://www.patrimonioculturalbrasil.org/carta> >

inserido no Plano Diretor, que é a legislação que visa dar concretude à política urbana no Município.

No entanto, é necessário que tal inserção seja feita em franco diálogo com todos os agentes competentes no processo de preservação. Não foi isso que se observou nos dispositivos ora em debate. Inseridos poucas horas antes da última votação do PL, os artigos 89, 90 e 91 não foram debatidos seja com o Conpresp e DPH, seja com a sociedade civil. Como resultado, temos uma previsão no Plano Diretor que vai na contramão do entendimento jurisprudencial acerca da competência para se decidir definitivamente pelo tombamento, além de alijar a sociedade civil, o olhar técnico e o contraditório sobre esse processo decisório.

Assim, diante do exposto, embora em casos específicos seja possível o tombamento provisório ocorrer por meio de lei de efeitos concretos, entendem-se os dispositivos inseridos como regra no Projeto em tela não devem permanecer, preservando a atribuição de proteção concreta do patrimônio cultural ao Poder Executivo. No tocante à função legiferante do Legislativo, sua função precípua é de legislar em abstrato, vinculando-se ao conteúdo, abstendo-se de leis cujo conteúdo é ato administrativo de efeito concreto, salvo nas hipóteses autorizadas pela Constituição.

Ademais, a transferência para o legislativo da discussão sobre proteção ao patrimônio acarretará morosidade e ausência da protetividade ao patrimônio cultural consagrada no texto constitucional. Nesse sentido, é importante que tais dispositivos sejam objeto **de veto** pelo Sr. Prefeito.

Este é o nosso entendimento, sub censura.

São Paulo. São Paulo, 07 de janeiro de 2024.

**Lilian Regina Gabriel Moreira Pires**  
Presidente de CDU- OAB/SP

**Grace Laine Pincerato Carreira Dini**  
Integrante da CDU-OAB/SP

**Vivian Barbour**  
Integrante da CDU-OAB/SP