

O direito de protocolo como obstáculo à inovação na gestão das cidades

Mariana Levy Piza Fontes¹

Mariana Chiesa Gouveia Nascimento²

FernandoG. BrunoFilho³

Nas últimas semanas, o debate sobre o direito de protocolo ganhou destaque na imprensa⁴ em razão do recente julgamento pelo Tribunal de Justiça de São Paulo da Ação Direta de Inconstitucionalidade⁵ proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do plano diretor e da lei de zoneamento do Município de São Paulo.

O direito de protocolo – objeto de questionamento pela ação judicial - é uma espécie de apelido conferido aos dispositivos legais previstos na legislação de diversas cidades brasileiras, que garantem aos empreendedores imobiliários o direito de aplicar as regras vigentes na época do protocolo do pedido de licença para construir.

O que pode parecer, em um primeiro momento, uma simples regra de transição ou um debate abstrato sobre direito intertemporal, revela na verdade a maneira pela qual as normas jurídicas, muitas vezes, criam obstáculos concretos à implementação de políticas públicas, especialmente àquelas voltadas a estabelecer novos procedimentos, formatos e arranjos institucionais na gestão pública.

O plano diretor de São Paulo como ferramenta de inovação na gestão pública

O plano diretor de São Paulo (Lei municipal nº 16.050/14) recebeu o [prêmio](#) de inovação na gestão pública pela da ONU em 2017 e o [prêmio](#) Desafio de Prefeitos da *Bloomberg Philantropies* em 2016.

O reconhecimento internacional deve-se em grande parte às soluções criativas instituídas para combater as desigualdades sociais e territoriais na cidade, as quais assumem formatos e arranjos jurídicos próprios. O plano diretor de São Paulo tornou-se

¹Doutoranda em direito pela USP e pesquisadora visitante do Instituto de Estudos Latino-americanos da Universidade Livre de Berlim. Integra o Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU).

²Advogada, mestre e doutora em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Vice-presidente da Comissão de Direito Urbanístico da OAB/SP.

³Advogado, doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Professor da Faculdade de Direito da Universidade São Judas (SP).

⁴<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/mercadoaberto/2019/03/julgamento-define-rumo-de-obras-imobiliarias-em-sao-paulo.shtml>;

<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/as-enchentes-e-o-direito-de-protocolo/>;

<https://www.conjur.com.br/2019-mar-20/relator-declara-inconstitucional-direito-protocolo-sp>;

<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2019/03/19/O-que-%C3%A9-direito-de-protocolo.-E-por-que-est%C3%A1-em-xeque>

⁵TJ/SP. Ação Civil Pública nº 2028122-62.2018.8.26.0000, julgada em 27.03.2019.

uma das principais referências do novo ciclo de planos diretores instituídos no país após a promulgação do Estatuto da Cidade (Lei federal nº 10.257/01).

O adensamento e potencial construtivo na cidade, por exemplo, passaram a se estruturar em função dos eixos principais de transporte coletivo. A combinação entre coeficiente de aproveitamento básico, outorga onerosa do direito de construir e Fundo de Desenvolvimento Urbano permite a ampliação de recursos públicos disponíveis para implementação da política urbana, bem como a indução de atividades econômicas compatíveis com o desenvolvimento urbano da cidade.

A política fundiária foi fortalecida a partir da ampliação das Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) e da cota de solidariedade, instrumentos importantes de acesso à terra para produção da moradia popular na cidade.

A proteção do meio ambiente foi também um eixo central da nova legislação, que ampliou as Zonas Especiais de Proteção Ambiental e estabeleceu novas exigências para a construção em áreas que alagam com frequência, melhor repartindo o ônus do sistema de drenagem com a iniciativa privada. A Zona Rural foi instituída de maneira a potencializar os projetos de agroecologia e segurança alimentar na cidade.

A mesma lei, porém, que cria instrumentos e ferramentas de inovação na gestão urbana e ambiental institui regras que impedem que a mudança regulatória gere os efeitos previstos.

Apesar dos avanços legais observados na redemocratização brasileira – que estabeleceu, por exemplo, a obrigatoriedade de participação popular no processo de elaboração do plano diretor – a permanência do direito de protocolo resgata de forma explícita normas do período autoritário, promulgadas antes do texto constitucional de 88 e do Estatuto da Cidade. A inovação na gestão da cidade não deixa de conviver com o atraso.

Gargalos jurídico-institucionais na implementação do plano diretor

A eficácia e aplicabilidade dos planos diretores exigem que se direcione o olhar para além de seu processo participativo de elaboração. A concretização da função social da propriedade depende da implementação das normas previstas no plano diretor.

O direito, muitas vezes, cria obstáculos na implementação da política urbana capazes de aprofundar os dilemas econômicos, políticos e sociais na gestão das cidades.

Podem ser considerados “gargalos jurídico-institucionais” as “circunstâncias nas quais se pode atribuir, direta ou indiretamente, ao direito a responsabilidade por mitigar

capacidades estatais técnicas ou políticas ou por de qualquer outra forma obstruir a implementação adequada e a efetividade de políticas públicas”⁶.

As regras de transição previstas nos planos diretores constroem um emaranhado complexo de regras que dificultam muitas vezes a compreensão e aplicação das normas que delimitam o exercício do direito de propriedade no tempo e no espaço.

O plano diretor de 2002 de São Paulo – um dos primeiros aprovados após a promulgação do Estatuto da Cidade – reconheceu o direito de protocolo, influenciando diversas cidades do país.

A lei municipal paulistana autorizava a aplicação das regras vigentes na época do protocolo. Vale dizer, independente da aprovação ou não do empreendimento, o dispositivo garantia a incidência das leis de zoneamento da cidade instituídas na década de 70 (Leis municipais nº 7.805/72 e 8.001/73)⁷. É o caso do Shopping Cidade São Paulo localizado na Avenida Paulista, por exemplo, inaugurado em 2016 e aprovado com base na legislação pré-constituente.

O plano diretor de São Paulo de 2014, apesar de ampliar as restrições para aplicação do direito de protocolo, continua prevendo essa possibilidade⁸, garantindo aos empreendedores imobiliários a oportunidade de aplicar a regra anterior. Os esforços de promover um planejamento territorial com a participação da população e a construção de um novo projeto de desenvolvimento urbano para a cidade passam a ser objeto de decisão em cada caso concreto pelo empreendedor privado. A lei municipal institui mecanismos que dificultam sua própria aplicação.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, contrariando a jurisprudência dos tribunais superiores, julgou a Adin improcedente e considerou que o direito de protocolo respeita o texto constitucional. As cortes superiores poderão reabrir a discussão no futuro. O Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁹ e o Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁰ já manifestaram o entendimento em outras ocasiões de que o protocolo gera apenas expectativa de direito e não direito adquirido. Essa interpretação permite que os avanços

⁶COUTINHO. Diogo. O direito econômico e a construção institucional do desenvolvimento econômico. Revista de Estudos Institucionais, v. 2, n. 1, p. 248, 2016.

⁷Art. 302, Lei Municipal nº 13.430/02.

⁸Art. 380 e 381, Lei municipal nº 16.050/14

⁹STJ - Agravo em Recurso Especial nº 1.183.268 – SP, relator: Ministro Sérgio Kukina, data de julgamento: 27/03/2018; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 27.641, relator: Ministro Humberto Martins, data de julgamento: 02/10/2008.

¹⁰STF - Recurso Extraordinário N. 235.736-7 – MG, Relator: Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 21/03/2000.

na legislação traduzam-se na implementação da política urbana e, conseqüentemente, na realização do direito à cidade de todos os paulistanos.