

Sobre o Direito de Protocolo

Ricardo Cintra Torres de Carvalho

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Intitula-se “direito de protocolo” a aplicação da legislação vigente ao tempo em que o pedido foi protocolado, e não da legislação vigente ao tempo da apreciação e do deferimento do pedido administrativo. Cuida do conflito de lei no tempo e da configuração do direito adquirido. Tais questões podem ser vistas sob dois ângulos: um, a legislação aplicável ao pedido, se outra foi editada após o protocolo; outro, as condições em que a legislação anterior deva ser aplicada, se ressalvada na legislação nova. Valho-me para isso de dois casos concretos julgados no Tribunal de Justiça de São Paulo.

O primeiro (Prefeitura Municipal de Taboão da Serra e outro vs Meru Empreendimentos Imobiliários Ltda. e outro, AC nº 0005172-61.2008, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, 6-9-2012, Rel. Torres de Carvalho) envolveu uma licença expedida em 10-3-2008 pelo Município de Taboão da Serra. A licença foi impugnada em lide bem delimitada nos autos: se aplicada a lei vigente ao tempo do pedido (que considerava a área como residencial e permitia empreendimento dessa natureza), a licença foi bem concedida; se aplicada a lei vigente ao tempo em que deferida a licença (que considera a área ZPA-17 – Zona de Preservação Ambiental e permite uma única residência no lote ou outro uso compatível com a Zona de Preservação Ambiental no local), a licença é ilegal e deve ser anulada. Em outras palavras, se o pedido protocolado em 19-12-2006 se submetia à LM nº 7/91, Plano Diretor anterior e LM nº 540/1978, Lei de Uso do Solo; ou à LCM nº 132/06, Plano Diretor com vigência em 26-12-2006, uma semana depois da apresentação do pedido, e das LM nº 164/08 e LM nº 176/09.

Considerou-se, na ocasião, que o interessado tem apenas a expectativa da licença quando faz o pedido, sujeita à alteração legislativa posterior. A lei entra em vigor quando promulgada, se não dispuser de outro modo; de modo que pela lei vigente ao tempo do deferimento o pedido deve ser apreciado. O protocolo implica em expectativa não protegida; a expedição da licença implica em ato jurídico perfeito protegido da alteração posterior, como reconhecido pelos Tribunais Superiores. A licença aqui cuidada, portanto, desatendia a lei vigente ao tempo da expedição e não podia ter sido concedida, nenhum direito se podendo extrair do art. 86 da LCM nº 302/06, citado pela apelante. A licença foi anulada; concluiu-se que se aplica a lei vigente ao tempo do deferimento, não do protocolo, conforme precedentes ainda atuais:

LOTEAMENTO URBANO. APROVAÇÃO POR ATO ADMINISTRATIVO, COM DEFINIÇÃO DO PARCELAMENTO. REGISTRO IMOBILIÁRIO. Ato que não tem o efeito de autorizar a edificação, faculdade jurídica que somente se manifesta validamente diante de licença expedida com observância das regras vigentes à data de sua expedição. Caso em que o ato impugnado ocorreu justamente no curso do processamento do pedido de licença de construção, revelando que não dispunha a recorrida, ainda, da faculdade de construir, inerente ao direito

de propriedade, descabendo falar-se em superveniência de novas regras a cuja incidência pudesse pretender ela estar imune. Da circunstância de plantas do loteamento haverem sido arquivadas no cartório imobiliário com anotações alusivas a índices de ocupação não decorre direito real a tais índices, à ausência não apenas de ato de aprovação de projeto e edificação, mas, também, de lei que confira ao registro tal efeito. Legitimidade da exigência administrativa de adaptação da proposta de construção às regras do Decreto nº 3.046/81, disciplinador do uso do solo, na área do loteamento. Recurso conhecido e provido. (Município do Rio de Janeiro vs Barra da Tijuca Empreendimento Imobiliário AS, RE nº 212.780, 1ª Turma, Rel. Ilmar Galvão, 27-04-1999, por unanimidade negaram provimento ao recurso). Consta do acórdão:

No presente caso, o ato impugnado no mandado de segurança ocorreu justamente no curso do processamento do pedido de licença de construção, num dos lotes do PAL nº 39.024 (Projeto Aprovado de Loteamento) (lote 18 da Quadra A), de dois blocos de 17 pavimentos, fato revelador de que não dispunha a recorrida, ainda, da faculdade de construir, inerente ao direito de propriedade, não restando espaço, portanto, para falar-se sequer em superveniência de novas regras a cuja incidência pudesse pretender ela estar imune.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LICENÇA PARA CONSTRUIR. INDEFERIMENTO COM BASE EM LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE À APRESENTAÇÃO DO PEDIDO. Argumento de afronta ao artigo 5º-II, XXII e XXXVI que não se caracteriza. Recurso extraordinário não conhecido. (Oswaldo Mario Bagnoli vs Município de Campinas, RE nº 146.336, 2ª Turma, Rel. Francisco Rezek, 17-09-1996, por unanimidade não conheceram do recurso extraordinário)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REGULARIZAÇÃO DE IMÓVEL URBANO. DIREITO DE PROTOCOLO. ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DA LEGISLAÇÃO. EFEITOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. 1. CONTROVÉRSIA. Sobre a existência de direito adquirido a regime jurídico fundado em lei revogada, quando o suposto titular apresentara mero requerimento administrativo. 2. DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. O conceito de direito adquirido, instituto sediado na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVI, CF/1988), encontra densidade discursiva no direito infraconstitucional, especificamente o art. 6º, § 2º, LICC, que assim considera o direito exercitável sem limite por termo pré-fixo ou condição pré-estabelecida inalterável ao arbítrio de outrem. 3. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO DIREITO ADQUIRIDO. Observado o critério proposto na obra de Francesco Gabbia, o recorrente não tem direito adquirido a regime jurídico, porquanto: a) não possuía, à época do requerimento, todas as condições necessárias para o implemento do direito à regularização imobiliária, porque seu requeiro demandava, além de outros aspectos, o placet do órgão administrativo, verdadeiro requisito de eficácia do direito a que almejava; b) a superveniente alteração legislativa esvaziou sua pretensão, antes do preenchimento dos requisitos plenos,

necessários à aquisição do direito; c) a nova lei suprimiu a possibilidade de concessão de eficácia ao que pretendia o requerente, na medida em que impediu seu reconhecimento jurídico, o que tornou impossível a constituição do próprio direito. 4. EFEITOS DO "DIREITO DE PROTOCOLO" NO CASO CONCRETO. Nesta espécie, não há como se resguardar o "direito de protocolo", ou seja, o direito à aplicação, durante todo o processo administrativo, do regime jurídico existente no momento do protocolo da petição inicial, na forma como deseja o recorrente. Precedente do STF. [...] (RMS 27.641-SP, STJ, 2ª Turma, 2-10-2008, Rel. Humberto Martins).

O segundo caso (Kallas Engenharia e Empreendimentos Ltda. vs Movimento Defesa São Paulo, AI nº 9027975-34.2006, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, 30-11-2006, Rel. Torres de Carvalho, com declaração de voto do 2º e 3º juízes) cuidou da modificação do projeto protocolado, em situação em que a lei assegurava a aplicação da lei vigente ao tempo do protocolo.

O Movimento Defesa São Paulo propôs ação civil pública impugnando a aprovação e construção na Rua Carlos Weber, no 663 - Vila Leopoldina do empreendimento imobiliário conhecido como Sky Line e anunciado como um dos prédios mais altos de São Paulo; o projeto original previa a construção de quatro blocos com 27 andares cada e ficou parado por três anos; o segundo projeto, que foi apresentado e aprovado em apenas três meses, cuida de duas torres de 41 andares cada uma e elevada altura. A Prefeitura aprovou o segundo projeto alegando tratar-se de modificação do projeto anterior, a que assegurada a aplicação da lei mais benéfica vigente ao tempo do protocolo, conforme assegurado na legislação posterior mais rigorosa (LM nº 13.420/02, Plano Diretor, e LM nº 13.885/04, Lei de Uso e Ocupação do Solo).

O acórdão limitou-se à análise, dentro do que o momento processual permitia (antecipação da tutela), da caracterização do projeto aprovado como "novo projeto", como pretendia o autor, ou simples "projeto modificativo" como considerou a Prefeitura ao conceder o alvará. Anotou-se que a questão era relevante ante as posturas edilícias mais rigorosas trazidas pelas LM nº 13.420/02 (Plano Diretor) e 13.885/04 (Lei de Uso e Ocupação do Solo); regra de transição permitiu a aplicação da legislação anterior aos projetos apresentados no período indicado na lei. A interessada apresentou projeto de construção na fase de transição, fazendo jus (o autor impugnou essa possibilidade, aspecto não analisado no agravo) à aplicação das posturas edilícias anteriores; e apresentou outro projeto, este aprovado pelo Município, já na vigência da lei nova. A caracterização deste segundo projeto como um "projeto modificativo" ou como "novo projeto" atrai a aplicação de uma ou de outra legislação. A questão, resumindo a problemática mais ampla a ser vista ao longo do processo, refere-se ao coeficiente de aproveitamento do terreno (que se tornou menor) e ao gabarito (isto é, a altura) da construção, que a lei anterior não restringia.

A questão envolvia a aplicação do item 3.6.6 da LM nº 11.228/92 de 26-6-1992, o Código de Obras do Município, que permitia a apresentação de projeto modificativo após a emissão do Alvará de Execução: "O Alvará de Aprovação poderá, enquanto vigente o Alvará de Execução, receber termo aditivo para constar eventuais alterações de dados, ou a aprovação de projeto modificativo em decorrência da alteração do projeto original". O tribunal suspendeu a vigência do alvará pelo seguinte fundamento:

‘Modificar’ é alterar, mudar, transformar; pressupõe que haja uma forma original e a alteração dessa forma original; a forma final é composta da forma original e das alterações nela introduzidas. A forma original, é desnecessário dizer, continua presente na forma final ou modificada.

A inicial afirma, sem contradita da agravante, que o projeto original previa a construção de quatro blocos com 27 andares cada e dormitou nos escaninhos da Prefeitura por três anos ante o desinteresse da proprietária em cumprir as exigências para aprovação; o segundo projeto, que foi apresentado e aprovado em apenas três meses, cuida de duas torres de 41 andares cada uma e elevada altura.

Não se trata de simples modificação, alteração, adaptação, aperfeiçoamento, adequação do projeto originalmente apresentado mas sim, ao menos no que permite esta visão preliminar, de novo projeto ao desabrigo da legislação anterior. A licença, nesta perspectiva, ofende a lei municipal vigente ao tempo da apresentação do projeto e a aprovação foi irregular. O bom direito alegado pelo autor transparece, sem prejuízo de análise mais detalhada depois de terminado o contraditório.

Disse bem a juíza (fls. 361, aqui fls. 84): “Entretanto, conforme consta do art. 303 do PDE, somente o projeto protocolado no período de transição será analisado com base no coeficiente de aproveitamento do ano correspondente ao protocolo (negrito do original). O mesmo não ocorrerá com outro projeto, ainda que ele seja inserido no mesmo processo administrativo. E no caso dos autos, o que a Municipalidade vem chamando de ‘projeto modificativo’ é, na verdade, um novo projeto, totalmente diferente como se verifica das plantas de fls. 92 (projeto original) e de fls. 212 (projeto modificativo).”

Revi tais considerações, feitas por ocasião do agravo anterior, às luzes dos elementos trazidos pela ora agravante; mas não me convenci de seu desacerto. A possibilidade de absoluta disparidade entre o projeto originário e o projeto aprovado implica na própria desnecessidade do projeto inicial; seria mais simples, então, aos ‘sem projeto’ apresentar simples requerimento hábil a garantir-lhes por determinado tempo os benefícios da lei velha, evitando o desperdício de trabalho das diversas análises e ‘comunique-se’ destinados a produzir nenhum resultado prático. Confesso a minha dificuldade, mesmo sem a apresentação das plantas de cada um, em ver no segundo projeto simples alteração ou modificação do projeto original.

O Município admite, com base em leitura extensiva do Código de Obras, a substituição do projeto original por outro como ‘modificativo’; é posição que facilita a vida dos interessados e, em regra geral, não ofende a lei. Tal leitura – a exata definição do que seja um ‘projeto modificativo’ – assume maior interesse na hipótese dos autos; dessa leitura, saber-se se um projeto é simples alteração do anterior ou se é um projeto novo, decorre a aplicação de uma ou de outra. Regras de transição não visam perpetuar a lei velha, mas resguardar situações que, iniciadas na lei anterior, se completam na lei nova; são regras de exceção que não comportam interpretação ampliativa.

De tais acórdãos se podem extrair algumas regras simples a serem aplicadas, resguardada a peculiaridade de cada caso, ao direito de construir e à lei aplicável às licenças administrativas: (a) o ato administrativo é regido pela lei vigente ao tempo de sua prática; o pedido (ou o 'protocolo') configura simples expectativa que não confere direito e não afasta a aplicação da lei nova, se editada nesse entremeio; e (b) se assegurada pela lei nova a aplicação da lei anterior aos pedidos antes protocolados, há que analisar com cuidado se o novo projeto configura uma modificação, também ao abrigo da lei anterior, ou um novo projeto, a que se aplicará a lei mais recente. Ficou a impressão, desses casos, da tendência da administração municipal em adotar sempre a interpretação mais favorável ao construtor, por vezes (como aconteceu) distorcendo o significado e o alcance das leis.