

ALEXANDRE J. CARNEIRO DA CUNHA FILHO
ANA RITA DE FIGUEIREDO NERY
ALEXANDRA FUCHS DE ARAÚJO
COORDENADORES

DIREITO URBANÍSTICO

ENSAIOS POR UMA CIDADE SUSTENTÁVEL



DA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS À SUA APLICAÇÃO

ALEXANDRA FUCHS DE ARAÚJO

ALEXANDRE BUCCI

ALEXANDRE J. C. DA CUNHA F.

ANA RITA DE FIGUEIREDO NERY

ANDRÉ PETZHOLD DIAS

ANDRÉ TITO DA MOTTA OLIVEIRA

CAMILA ROCHA CUNHA VIANA

CYNTHIA THOMÈ

FELIPE MÊMOLO PORTELA

FERNÃO BORBA FRANCO

JOSÉ ANTONIO APPARECIDO JR.

JOSÉ RENATO NALINI

LUIS MANUEL FONSECA PIRES

LUIZ FELIPE HADLICH MIGUEL

LUIZA BARROS ROZAS

MÁRCIO KAMMER DE LIMA

RAFAEL LESSA VIEIRA DE SÁ MENEZES

RENATA MARTINS DE CARVALHO

VERA ANGRISANI

VITOR RHEIN SCHIRATO

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI

WILSON LEVY

QUARTIER LATIN

3. POTENCIAL CONSTRUTIVO E SUSTENTABILIDADE

José Antonio Aparecido Junior

1. PROPRIEDADE URBANÍSTICA E POTENCIAL CONSTRUTIVO

O direito real de propriedade é o mais amplo dos denominados direitos reais (*oponíveis erga omnes*), e um dos mais antigos institutos jurídicos. Em um conceito clássico, cunhado por DINIZ, propriedade é o direito que a pessoa natural ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, bem como reivindicá-lo de quem o injustamente detenha¹. O conceito traz todos os direitos classicamente atribuídos ao instituto, encadeados com clareza pela renomada autora. Como bem demonstra SILVA, contudo, hoje em dia se mostra mais adequado falar em “propriedades”, cada uma com seu aspecto característico, variantes de acordo com a incidência da função social de sua destinação (urbana, rural, pública, privada etc.). O regime jurídico da propriedade não é uma função exclusiva do direito civil, mas de um complexo de normas administrativas, urbanísticas, empresariais e civis, sob fundamento, isto é, diretamente referenciadas às normas constitucionais². Esta nova feição da propriedade, útil à compreensão do papel do potencial construtivo na aplicação do direito urbanístico e na sustentabilidade urbana, advém dos fenômenos da constitucionalização e da publicização do direito civil³. Tais fenômenos, por sua vez, acarretam a alteração da dogmática jurídica no que concerne à regulação da propriedade e dos direitos a esta inerentes. Nesta linha de ideias, a leitura eminentemente civilista das relações

1 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 4: Direito das Coisas. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111.

2 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 273.

3 Por “constitucionalização do direito civil” entende-se o processo de elevação, ao plano constitucional, dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a ser obrigatoriamente condicionantes da aplicação de toda a legislação infraconstitucional – não só a do direito civil – pelos tribunais e administradores públicos. O fenômeno da publicização do direito civil, por sua vez, compreende o processo de crescente intervenção estatal na sociedade, com a redução do espaço outrora ocupado pela autonomia privada, que acaba por retirar matérias até então consideradas pertinentes à legislação civilista de sua regulação. Como exemplo, cita-se o direito do trabalho, o direito das águas, o direito da habitação, o direito do consumidor e, mais hodiernamente, o direito urbanístico (sobre o tema, Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008).

concernentes à propriedade restringe-se cada vez mais (por exemplo, ainda é bastante incidente no regramento específico do direito de vizinhança). A propriedade, além de continuar com sua clássica característica de prover um feixe de direitos subjetivos exercitáveis em face de terceiros, é também reconhecida como detentora de um *minus*, o dever de desempenhar uma função de interesse de toda a sociedade – a denominada “função social da propriedade”.

Para MELLO, o entendimento acerca do tema da função social da propriedade deve ter por pressuposto que “não se trata apenas de coibir o uso antissocial da propriedade, mas de fazer com que cumpra tal função, já que passa a ser um bem jurídico naturalmente definido a nível constitucional, como teleologicamente orientado para este destino⁷⁴. A função social apresenta-se como integrante de sua própria estrutura – ela não limita a propriedade, e sim integra a sua conformação, irrigando a compreensão dos direitos que dela advêm. Em outros termos, os clássicos direitos de usar, gozar, fruir e reivindicar estão plenamente presentes, mas seu significado tem que considerar não somente o domínio, mas também a disposição do bem ao serviço da coletividade.

Com as informações já colacionadas, já é possível destacar que tanto a Constituição Federal (art. 182) quanto à legislação de regência (especialmente o Estatuto da Cidade – Lei Federal nº 10.257/01) indicam incidir nas cidades um regramento jurídico que põe em evidência a ideia de definição da propriedade em virtude de sua função social. É possível, de fato, afirmar que “a propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função social específica: realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar habitação (moradia), condições adequadas de trabalho, criação e circulação humana; realizar, em suma, as funções sociais da cidade”⁷⁵.

O potencial construtivo de um lote⁶, por sua vez, guarda relação direta com a conformação da propriedade urbanística. A definição de coeficientes de aproveitamento mínimos, básicos e máximos⁷ para as diferentes zonas de uso do território será um relevante índice para a aferição e implantação da

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Novos Aspectos da função social da propriedade no direito público*. In: *Revista de Direito Público*, v. 20, n.º 84, out./dez. 1987, p. 39.

5 SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 74.

6 O potencial construtivo de um lote é expresso em metros quadrados, e é o resultado da multiplicação de seu coeficiente de aproveitamento pela área do terreno. Assim, num terreno de 1.000 m² com coeficiente de aproveitamento igual a 2,0, serão edificáveis 2.000 m² – este será seu potencial construtivo.

7 O coeficiente de aproveitamento mínimo é o índice pelo qual se avalia se a propriedade urbanística é não aproveitada ou subaproveitada. Se o terreno tiver área construída inferior ao coeficiente de aproveitamento mínimo, pode sofrer as sanções de parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (cf. art. 182, § 4º, da Constituição Federal).

política de desenvolvimento urbano do município. A edificabilidade em lotes urbanos, desta forma, integra o direito de propriedade urbanística, sendo definida pela legislação urbanística de cada município. Evidencia-se, com isto, a relevância do potencial construtivo como elemento de desenvolvimento sustentável das cidades.

Para compreender as diversas facetas da natureza jurídica do bem jurídico “potencial construtivo” para além identificar sua relação com a sustentabilidade no desenvolvimento urbano, cumpre analisar suas características como bem urbanístico, bem civil e bem jurídico socioambiental.

2. POTENCIAL CONSTRUTIVO COMO BEM URBANÍSTICO

A lei urbanística, ao regular o uso do solo, distribuindo os coeficientes de aproveitamento utilizáveis no espaço urbano em diferentes zonas de uso, define os potenciais construtivos para os lotes da cidade. Tal tarefa é realizada para induzir o equilíbrio urbanístico – a lei do plano diretor positiva o plano urbanístico, qualificando as condições de uso e aproveitamento do solo, e transfere aos lotes particulares (e públicos, evidentemente) determinadas quantidades de potencial construtivo, tudo em obediência ao plano urbanístico adrede elaborado.

O potencial construtivo, desta forma, apresenta-se como um elemento de suporte à implantação do plano urbanístico positivado em lei, sendo certo que o volume deste bem jurídico a ser utilizado no município deve ter como pressuposto de existência e condição necessária de utilização a sua utilidade no cumprimento da tarefa de implementação do planejamento urbanístico positivado pela lei do plano diretor.

Com tal constatação, percebe-se que a função urbanística do potencial construtivo dos lotes urbanos é exercida antes mesmo de sua efetiva utilização em determinado imóvel urbano. Sua manifestação física, isto é, a construção em si, apresenta-se como mera exteriorização de um processo de planejamento. Em consequência, constata-se que a função do potencial construtivo, haja vista seu papel de regulador da edificabilidade nos terrenos urbanos (tarefa essencial ao planejamento urbanístico e objeto específico do plano diretor), não depende de qualquer propriedade imobiliária diretamente referida. A edificabilidade e a edificação em imóveis urbanos são consequências da função exercida por este bem jurídico, previamente e quando incorporado à propriedade urbana.

A incorporação do potencial construtivo à propriedade imóvel urbana ocorre de forma gratuita ou onerosa. A forma gratuita corresponde ao coeficiente de aproveitamento ordinariamente autorizado, normalmente denominado “coeficiente de aproveitamento básico” ou “único”. Tal potencial construtivo, des-

de a edição da lei urbanística, é agregado a cada lote. O potencial construtivo adicional é normalmente distribuído sob a forma onerosa, com eventuais exceções a entidades flantropicas, ao Poder Público etc. Em qualquer das hipóteses, reitere-se, a regulação da matéria pelo plano diretor deverá sempre levar em conta a função urbanística de sua utilização, seja este potencial construtivo originalmente previsto para o sítio, seja ele adquirido mediante outorga onerosa, advindo da transferência de potencial construtivo ou da utilização dos denominados CEPACs⁸.

Conferido o potencial construtivo pela lei urbanística, correspondente ao coeficiente de aproveitamento básico ou único, ou vinculado posteriormente ao lote, na medida do coeficiente máximo, a edificabilidade convola-se em uma fatia atribuída ao detentor do imóvel. Por outro lado, constitui um ônus⁹ do proprietário a construção até o coeficiente de aproveitamento mínimo do terreno, que pode coincidir ou não com o aproveitamento básico (ou mesmo máximo) do lote. O fundamento da instituição da obrigatoriedade de construção até o coeficiente de aproveitamento mínimo do lote é também o privilégio da função social da propriedade, sendo certo que a inação do proprietário do terreno pode resultar em sanções aplicáveis pelo Poder Público, caso previstas no plano diretor ou em lei dele decorrente¹⁰. O ônus de edificar até o coeficiente de aproveitamento mínimo do lote, por sua vez, expõe nitidamente a característica de bem urbanístico do potencial construtivo. Relembre-se, por oportuno, que as disposições constitucionais sobre as possíveis sanções pelo não aproveitamento ou subaproveitamento do solo urbano encontram-se no mesmo art. 182 que atribui a política de desenvolvimento urbano ao Poder Público municipal, com objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da

8 Os CEPAC (certificados de potencial adicional de construção) tem previsão no Estatuto da Cidade, que dispõe, em seu art. 31, que a lei específica que aprovar a operação urbana consorciada poderá prever a emissão pelo Município de quantidade determinada destes papéis, que serão alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias a própria operação. Os CEPAC serão livremente negociados, mas conversíveis em potencial construtivo adicional somente na área definida pela lei da operação urbana, até o limite permitido (se houver).

9 Onus jurídico consiste na necessidade de observar determinado comportamento para a obtenção ou conservação de uma vantagem para o próprio sujeito e não para a satisfação de interesses alheios. Desse modo, o réu tem o ônus jurídico de contestar, se quiser que os fatos contra ele articulados pelo autor não sejam tidos por verdadeiros, e adquirir de bem imóvel o ônus de registrar, se pretender que sua aquisição possa valer contra terceiros (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Brasileiro*, v. 2: Teoria Geral das Obrigações, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 26-27).

10 É possível que o coeficiente de aproveitamento mínimo possa vir a ser igual a zero (vg: em áreas de preservação ambiental, ou faixas de servidão de bens e serviços públicos), o que impede afirmar que sempre haverá a obriganção legal de construir algo em terreno urbano. Logo, a despeito do forte componente urbanístico do tema, veiculado, repita-se, principalmente pelo conceito da função social da propriedade, ainda é pertinente falar em "direito de construir", e não em "direito-dever de construir" em solo urbano.

cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes¹¹, novamente sendo destacado o fato de que o potencial construtivo exerce função urbanística antes mesmo de que seja realizada qualquer edificação na propriedade.

A possibilidade de edificar em solo urbano, destarte, manifesta-se como um aspecto do planejamento urbanístico, idealizado tendo por objetivo o bem-estar comum. De fato:

[...] o potencial construtivo dos imóveis urbanos advém diretamente da qualificação urbanística dos terrenos, e somente se configura o direito a edificar, sendo este oponível a todos, inclusive à Administração, com a consolidação da conformação da propriedade veiculada pela diretamente lei urbanística ou pela aquisição de potencial construtivo adicional. Consolidado o potencial construtivo na propriedade urbana imobiliária, este automaticamente é vinculado ao regime jurídico a ela aplicável, inclusive e especialmente no que toca à sua função social.¹²

A lei urbanística conforma o direito de construir em solo urbano. Edificar em solo urbano dentro dos parâmetros trazidos pela lei urbanística representa o cumprimento do planejamento urbanístico.

Destaca-se, ainda sob este aspecto, que a criação do potencial construtivo básico, ainda que seja feita concomitantemente com a sua atribuição aos lotes, antecede logicamente a esta. Do ponto de vista lógico, primeiro o plano urbanístico reconhece o potencial construtivo que deve ser entendido como disposto nível, para depois atribuí-lo a cada terreno, por intermédio da lei urbanística. Partindo-se desta premissa, constata-se haver um momento em que todo o potencial construtivo destinado ao sítio urbano é independente de qualquer prioridade urbana diretamente relacionada. Desta forma, a edificabilidade não pode ser considerada imanente à propriedade, mas uma realidade jurídica advinda das destinações urbanísticas definidas no plano diretor. Ela representa um valor definido pela lei urbanística incidente sobre os terrenos urbanos de acordo com o zoneamento. O volume de área edificável entre os coeficientes básico e máximo de aproveitamento de um terreno — o potencial construtivo adicional — caracteriza-se assim como mera expectativa de direito por parte dos proprietários, somente obtível se preenchidas as condições a tanto (em regra, a aquisição perante o Poder Público).

11 O Estatuto da Cidade vincula expressamente a subutilização do imóvel ao aproveitamento inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente (art. 5º, § 1º, I).

12 APARECIDO JUNIOR, José Antonio. *Propriedade urbanística e edificabilidade*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 120.

3. POTENCIAL CONSTRUTIVO COMO BEM CIVIL

O potencial construtivo pode também ser analisado em um conceito estrito de bem jurídico, e se apresenta como coisa imaterial, que tem valor econômico e que pode servir de objeto a uma relação jurídica¹³. É objeto de uma determinada relação jurídica patrimonial distinta do direito de propriedade, caracterizando-se como bem civil.

É útil relembrar que para ser considerado objeto do direito, qualquer bem jurídico necessita reunir os seguintes pressupostos: a) ser representado por um objeto capaz de satisfazer um interesse econômico; b) ser suscetível de gestão econômica, constituindo uma entidade capaz de ser objeto de relações jurídicas próprias; e c) ter capacidade para ser objeto de uma subordinação jurídica ao seu titular¹⁴. O potencial construtivo é objeto de diversas transações econômicas – logo, detém valor econômico. Da mesma forma, é suscetível de gestão econômica, pois é hábil a ser objeto de relações jurídicas próprias, tais como a aquisição mediante outorga onerosa, e a circulação dos CEPAC. A característica correspondente à capacidade para ser objeto de uma subordinação jurídica ao seu titular, é explicada por CARVALHO PINTO, como o fenômeno da “patrimonialização do direito de construir”. Tal consiste na criação de um direito de propriedade autônomo sobre o direito de construir, transformando-o em objeto distinto do terreno. O fundamento de tal tese é simples: “[...] o termo ‘propriedade’ designa um tipo de relação jurídica que pode ter por objeto qualquer bem, corpóreo ou incorpóreo, suscetível de valorização econômica. Não se confunde com o conceito de ‘domínio’, que sempre tem por objeto um imóvel¹⁵. Assim, a opção entre considerar o direito de construir uma faculdade inerente ao domínio ou um direito autônomo depende da conformação que o Direito Positivo der à propriedade urbana, admitindo o direito brasileiro a última interpretação, em virtude do princípio da equidistribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização¹⁶.

Essa caracterização do potencial construtivo como bem civil é ainda mais clara no que concerne ao potencial construtivo adicional. De fato, a quantidade de potencial construtivo adicional em lotes urbanos é limitada, condicionada por fatores como infraestrutura disponível existente e planejada, adensamento construtivo e populacional presente e projetado etc. Sua criação e distribuição

pelo Poder Público, desta feita, tem que ser criteriosa, fruto do planejamento urbanístico adrede realizado.

Tendo em vista que o potencial construtivo dos imóveis urbanos caracteriza-se como um bem civil, é possível analisá-lo à luz das classificações tradicionais do direito civil sobre bens jurídicos.

Desta feita, no tocante à classificação dos bens jurídicos entre públicos e particulares, verifica-se que o potencial construtivo adicional em abstrato, não vinculado a um lote, é de domínio público. De acordo com o art. 98 do Código Civil, “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”. Os bens públicos são todos aqueles, quer corpóreos, quer incorpóreos, que pertencam, a qualquer título, às pessoas jurídicas de direito público – tais bens configuram o denominado patrimônio público¹⁷.

A Constituição Federal determina que o município legisle sobre assuntos de interesse local (art. 30, inc. I) e execute a política de desenvolvimento urbano, que terá por instrumento básico o plano diretor (art. 182, “caput” e inc. I). O plano diretor tem por função posicionar as disposições e instrumentos para a implantação da política de desenvolvimento urbano, e qualifica as diferentes porções territoriais do município, conferindo-lhes diferentes coeficientes de aproveitamento. Cria e distribui, desta forma, o potencial construtivo dos diferentes lotes urbanos, conferindo-lhes o atributo da edificabilidade de acordo com o planejamento urbanístico anteriormente entabulado. O município também reserva para si um certo volume de potencial construtivo adicional, para comercialização mediante outorga onerosa ou CEPAC. Evidencia-se que o município tem a disposição deste bem jurídico – trata-se originalmente, pois, de um *bem público municipal*.

Os bens públicos municipais, por sua vez, são assim classificados pelo Código Civil, em seu art. 99: (a) bens de uso comum do povo, destinados ao uso indistinto das pessoas (ruas, mares, praias etc.); (b) bens de uso especial, caracterizados como edifícios ou terrenos afetados a um serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; e (c) bens dominicais (ou dominiais), que integram o patrimônio do Estado sem afetação pública.

O critério da classificação do diploma civilista é a destinação ou afetação destes bens. Para DI PIETRO, do ponto de vista jurídico, é possível dividir estas modalidades de bens públicos arroladas pelo Código Civil em duas categorias: os bens de domínio público do Estado, abrangendo os bens de uso

13 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 20. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 535.

14 *Ibidem*. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 4: Direito das Coisas, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

15 CARVALHO PINTO, Victor. *Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 249.

16 *Ibidem*, pp. 249-250.

17 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. revista, atualizada e ampliada até a EC nº 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 570.

comum e de uso especial, e os bens de domínio privado do Estado, correspondentes aos bens dominicais¹⁸. Os bens de domínio público do Estado, ainda segundo DI PIETRO, são “o conjunto de coisas móveis e imóveis de que é detentora a Administração, afetados quer ao seu próprio uso, quer ao uso direto ou indireto da coletividade, submetidos a regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum”¹⁹.

O diploma civil estabelece, ainda, a regra de que “[...] bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar” (art. 100 do Código Civil), sendo certo que “[...] bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei” (art. 101 do Código Civil). Assim, tanto a afetação quanto a destinação do bem público à categoria dominial acabam por revelar o interesse público considerado em tal medida.

Ao cotejar a classificação trazida pela lei civil com o regime jurídico do potencial construtivo, é preciso destacar que tal não perde, em momento algum, sua função urbanística, ilustrada pela função social da propriedade. Esta condição, contudo, não significa que esteja afetado, nos termos propostos pela classificação do Código Civil, a um uso comum ou especial – o que, como visto, impediria sua comercialização –, haja vista o conceito de “uso” não se confundir com o de “função”. A dominialidade deste bem não afeta sua função: de fato, assim que alienado a um particular, o potencial construtivo perde a condição de bem público e passa à categoria de bem privado, sem que com isso se dispa de sua função urbanística.

Ainda sob a ótica da lei civil, é possível avaliar o potencial construtivo tendo por base a classificação de bens corpóreos ou incorpóreos. Os primeiros são os que têm existência material, como uma casa; os segundos não têm existência tangível, sendo relativos a direitos que as pessoas físicas ou jurídicas têm sobre as coisas, sobre os produtos do intelecto ou sobre outra pessoa, apresentando valor econômico. São os direitos reais, obrigacionais e autorais²⁰. O potencial construtivo, dessarte, apresenta-se como um bem incorpóreo, consistindo em uma potencialidade edificícia dos lotes urbanos, não se confundindo com a edificação efetivamente realizada²¹.

18 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 667-668.

19 *Ibidem*, p. 669.

20 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 20. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 535.

21 No caso dos CEPAC, emitidos no âmbito de uma operação urbana consorciada, é possível identificar um caráter corpóreo, correspondente ao próprio título mobiliário, que pode apresentar materialidade física. São, contudo, duas realidades jurídicas distintas: o potencial construtivo, contido no CEPAC e o próprio título mobiliário, que constitui o instrumento para viabilizar os diversos negócios jurídicos pertinentes.

Outra classificação aplicável aos bens jurídicos, desta feita reciprocamente considerados, é a de bens principais e acessórios. Os bens jurídicos principais são os que existem por si, exercendo sua função e finalidade independentemente de outra, sendo os acessórios aqueles que supõem, para existir juridicamente, um bem principal²². Verifica-se, por todo o já exposto, que o potencial construtivo é um bem jurídico principal, haja vista deter existência jurídica própria, não constituindo um simples acessório de outros direitos. Ele pode ser objeto de negócios jurídicos sem necessitar de um outro bem, identificável como bem principal, para tanto. O potencial construtivo contido nos CEPAC deixam ainda mais evidente tal assertiva: por expressa disposição legal, tais títulos representam uma quantidade determinada de potencial adicional de construção não vinculados a um imóvel urbano específico e, nessa condição, o potencial construtivo neles representado será objeto de diversas transações jurídicas, sempre na condição de bem jurídico principal.

Uma vez vinculado a um determinado lote, o potencial construtivo passa a se caracterizar como bem acessório, havendo uma espécie de acesso ao terreno em virtude da sua incorporação. A “acessão” (art. 1.248 do Código Civil), convém lembrar, é um modo de aquisição da propriedade pelo qual pertence ao proprietário tudo o que se une ou incorpora ao bem. Esta incorporação à propriedade pode ser natural (quando resultante de evento natural) ou artificial (quando surgida de ato consciente praticado pelo ser humano). A lei urbanística qualifica a propriedade urbana, atribuindo-lhe tal edificabilidade – logo, o potencial construtivo originalmente conferido a tal propriedade urbanística até o seu coeficiente básico não pode ser qualificado como acesso pelo simples motivo de que não há que se falar em incorporação de algo a um bem ainda não definido, não conformado juridicamente em todos os seus elementos. A efetiva edificação utilizando-se potencial construtivo adicional, por sua vez, caracteriza o instituto civil.

4. POTENCIAL CONSTRUTIVO COMO BEM JURÍDICO SOCIOAMBIENTAL

A doutrina esclarece haver necessidade de preservação de todos os elementos componentes do meio ambiente saudável, em busca do bem maior “sadia qualidade de vida”, expresso na Constituição Federal. Para SILVA, a declaração do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado do art. 225 da Carta Magna destaca a importância de garantir-se o direito ao meio ambiente qualificado, à qualidade satisfatória de vida, ao equilíbrio ecológico do meio

22 DINIZ, *Op. cit.*, p. 536.

ambiente. Essa qualidade, explica, se converteu em um bem jurídico²³. Anota o apontado mestre, ainda, que tal significa que esses atributos do meio ambiente não podem ser de apropriação privada mesmo quando seus elementos constitutivos pertenciam a particulares. O proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer, porque ela não integra a sua disponibilidade²⁴. MILLARÉ esclarece, no mesmo sentido, que ainda que o proprietário possa dispor do meio ambiente no modo e medida em que lhe faculta a lei, jamais poderá malbaratar sua qualidade intrínseca e de uso, a qual já não lhe pertence por ser constitucionalmente reservada para o bem-estar das presentes e futuras gerações²⁵.

O trato do meio ambiente, evidentemente, inclui o do meio ambiente construído pelo Homem, ou seja, o meio ambiente artificial. Neste ponto, há a intersecção entre os direitos urbanístico e ambiental: ambos têm por objeto propiciar melhores condições de vida ao homem e à comunidade, regulando o modo de uso e ocupação do território. No que toca ao potencial construtivo, a questão é como conciliar o interesse econômico da exploração da propriedade particular pelos seus proprietários com o interesse social na preservação e defesa do meio ambiente.

Neste diapasão, já se observou alhures que todos os bens materialmente considerados são públicos ou privados. Ocorre que estes bens jurídicos que detêm valor difuso, protegidos por um arcabouço jurídico que tem por escopo assegurar interesses transindividuais (como o do meio ambiente urbano saudável ou das funções sociais da cidade), independentemente de serem classificados como públicos ou privados, terão os direitos a partir de si constituídos exercidos com limitações e restrições, tendo em vista exatamente o interesse público, coletivo ou difuso nela existente. Esta relação de direito entre tais bens com o Estado e os particulares dá margem à idealização de uma nova categoria de bens, denominada “bens de interesse público”, ou “bens socioambientais”²⁶.

Ensina SOUZA FILHO que sobre estes bens nasce um novo direito, que se sobrepõe ao antigo direito já existente, sendo certo que “o bem como que se divide em um lado material, físico, que pode ser aproveitado pelo exercício de um direito individual, e outro, imaterial, que é aproveitado por toda a coletividade, de forma difusa, que passa a ter direitos ou no mínimo interesse sobre ela. Como estas partes ou lados são inseparáveis, os direitos ou inte-

resses coletivos sobre uma delas necessariamente se comunicam à outra”²⁷. O centro da limitação jurídica que os direitos coletivos impõem aos individuais, por sua vez, não está no “como ter”, “como usar”, “como fruir”, mas no “como evitar que se deteriore”.

O potencial construtivo em solo urbano insere-se nesta categoria de bens jurídicos socioambientais, sendo certo que, ainda que tal reconhecimento não exclua quaisquer outros elementos de sua caracterização, agrega especial valor ao seu regime jurídico. Neste passo, o potencial construtivo terá especial regência no que toca aos requisitos e condições de sua criação, bem como no que se refere à sua distribuição aos lotes urbanos e, finalmente, à sua utilização, independentemente de sua titularidade. A peculiaridade de tal regência se deve à sua função social diferenciada, bem como à conjugação dos direitos dos proprietários do solo urbano com os direitos da coletividade em sua utilização. A sua classificação como bem socioambiental, por fim, permite ultrapassar as perplexidades advindas de sua classificação utilizando-se os critérios clássicos extratados do direito civil.

5. POTENCIAL CONSTRUTIVO E SUSTENTABILIDADE

O potencial construtivo é instrumento de controle do desenvolvimento urbano e auxilia na orientação e mitigação dos impactos causados pela interferência humana na cidade, o que demonstra sua relevante função social. A edificabilidade em solo urbano é informada pela função social da propriedade, que só será efetivamente cumprida com atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade trazidas no plano diretor. Desta forma, evidencia-se que a função social da propriedade urbana está diretamente vinculada às funções sociais da própria cidade. O direito à fruição das funções sociais da cidade, por sua vez, integra o direito às cidades sustentáveis, positivado no art. 2º, I, do Estatuto da Cidade.

Em nosso País, edificar em solo urbano é atividade vinculada a um sistema de planejamento que é organizado privilegiando os direitos da coletividade, em busca da cidade socialmente equilibrada e justa, sem descuidar de preservar situações jurídicas individualmente protegidas. O bem jurídico potencial construtivo, em virtude de sua caracterização como bem socioambiental, tem relevante papel nesta tarefa. De fato, devidamente estabelecidas as potencialidades edíficas do solo urbano pela lei urbanística, servirá o potencial construtivo, seja de titularidade pública ou privada, como elemento decisivo na defesa e construção do meio ambiente urbano.

23 SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 83-84.

24 *Ibidem*, p. 84.

25 MILLARÉ, Edis. *Direito do Ambiente, a gestão ambiental em foco*. 6. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 210.

26 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares. *Bens Culturais e sua Proteção Jurídica*. 3. ed. ampliada e atualizada. Curitiba: Juruá, 2011. pp. 22-23.

27 *Ibidem*, p. 23.

Nestes termos, a autorização administrativa para a edificação vinculada-se à avaliação do impacto urbanístico de qualquer empreendimento imobiliário. Tal autorização, em regra, é implícita na legislação urbanística de regência. Ao criar um potencial construtivo (mínimo, básico ou adicional) para o território, o plano diretor, lei de operação urbana consorciada ou congêneres reconhece, de uma só vez, que o planejamento urbanístico realizado concluiu ser desejável ou possível edificar-se determinado volume nos espaços urbanos que delimita, e autoriza a utilização de potencial construtivo adicional a tanto.

Tal autorização genérica, entretanto, não afasta a aplicação da regra da exigência do estudo de impacto de vizinhança para os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal (arts. 36 a 38 da Lei nº 10.257/01). Em outros termos, a permissão para execução de determinados empreendimentos será dependente da avaliação e possibilidade de mitigação dos seus impactos urbanísticos na cidade, sendo ponderados, neste estudo, questões como adensamento populacional, necessidade de implantação de equipamentos urbanos e comunitários, uso e ocupação do solo, geração de tráfego e demanda por transporte público, paisagem urbana e patrimônio natural e cultural etc.

A denegação de licença ou autorização urbanística mesmo se o potencial construtivo a utilizar na edificação esteja dentro do limite reconhecido pela lei ao lote urbano, de forma direta e gratuita (potencial construtivo básico), por sua vez, também é possível. Tendo em vista que o EIV tem por objeto mediatamente avaliar os efeitos advindos do empreendimento ou atividade, caso os efeitos sejam negativos e insuperáveis o governo municipal não permitirá o empreendimento, atuando o instrumento como forma de limitação administrativa que veicula o desenvolvimento social da cidade, implementando a sua política de desenvolvimento urbano²⁸.

28 Não se desconhece, evidentemente, que a licença é considerada pela doutrina tradicional do direito administrativo um ato vinculado. O que se pretende demonstrar, contudo, é que o plano urbanístico, nos termos do Estatuto da Cidade, ao condicionar a expedição da licença para empreendimentos que tenham relevante impacto urbanístico a fatores que, embora atenuáveis objetivamente, permitem certa subjetividade valorativa no momento de decisão da Administração, relativiza e afasta o caráter absoluto deste entendimento. A possível denegação de licença edilícia por razões de, por exemplo, excessivo adensamento de região tendo por fundamento o direito à cidade sustentável e a função pública urbanística evidenciam o novo tratamento dado pelo direito urbanístico à questão urbana, bem como demonstram mais uma vez sua caracterização como ramo autônomo do Direito. De qualquer forma, importa ressaltar que o texto da Lei nº 10.257/01 fala em "licenças ou autorizações" do Poder Público para a realização do empreendimento, sendo certo que as autorizações não têm doutrinariamente a característica de serem atos administrativos vinculados.

Outro exemplo ilustrativo da condição do potencial construtivo como bem socioambiental é o que diz respeito à substituição de estoques de potencial construtivo adicional, adotado por alguns municípios e, em regra, pelas leis de operação urbana consorciada. O estoque é definido como o limite do potencial construtivo adicional disponibilizado para determinadas porções do território, áreas de operação urbana ou de projetos estratégicos ou seus setores. Tais estoques são estabelecidos pela lei urbanística (plano diretor, lei da operação urbana consorciada etc.), sendo calculados e periodicamente reavaliados em função da capacidade do sistema de circulação, da infraestrutura disponível, das limitações ambientais e das políticas de desenvolvimento urbano. Caso esgotado o estoque disponível, não será possível construir-se acima do coeficiente básico de aproveitamento, ainda que a lei preveja potencial construtivo adicional para o lote. O fundamento de tal negativa é a manutenção do meio ambiente urbano, na busca da cidade sustentável: se o estoque de potencial construtivo adicional representa a capacidade de suporte urbanístico daquele determinado espaço urbano, seu esgotamento impossibilita que os proprietários dos lotes atingidos acessem o potencial construtivo acima do básico definido em lei.

6. CONCLUSÃO

A busca das cidades sustentáveis para as presentes e futuras gerações não é mais opção do legislador ou do administrador. A política de desenvolvimento urbano tem desideratos constitucionais, e o regramento geral sobre o tema não deixa dúvidas sobre o caminho a percorrer.

Neste sentido, a lei urbanística, sob a regência da função social da propriedade, tem como efetivo vetor de atuação a busca das cidades sustentáveis e qualifica as possibilidades de uso e ocupação do solo urbano, especialmente definindo diferentes índices de edificabilidade para o território da cidade. Na propriedade imobiliária urbana, a denominada propriedade urbanística, o potencial construtivo apresenta-se como complexo bem que pode ser analisado tendo em vista suas funções urbanísticas, civis e socioambientais. A sua imprescindibilidade na promoção do meio ambiente urbano e das cidades sustentáveis é, desta forma, evidente, e reconhecer suas características e natureza jurídica é relevante para seu mais perfeito aproveitamento como instrumento de implementação da política de desenvolvimento urbano do município.

O plano urbanístico apresenta-se como verdadeira ponte entre o urbanismo e o direito urbanístico, sendo o plano diretor a resultante deste processo de transição. Para a efetiva implantação do plano urbano, positivado na lei do plano diretor e em leis deste decorrentes, é imprescindível reconhecer a função pública do bem jurídico autônomo potencial construtivo, sendo certo

que sua distribuição será fundamental na conformação da propriedade urbanística. O equilíbrio no desenvolvimento urbano, essencial para o alcance das funções sociais da cidade, tem como um de seus principais elementos o controle e direcionamento do adensamento urbano, sendo certo que tal adensamento é diretamente relacionado às potencialidades edilícias da propriedade.

REFERÊNCIAS

- APPARECIDO JUNIOR, José Antonio. *Propriedade urbanística e edificabilidade*. Curitiba: Juruá, 2013.
- CARVALHO PINTO, Victor. *Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 2: Teoria Geral das Obrigações*, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 20. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 4: Direito das Coisas*, 25. ed. São Paulo, Saraiva, 2010.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. revista, atualizada e ampliada até a EC nº 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Novos Aspectos da função social da propriedade no direito público. In: *Revista de Direito Público*, v. 20, nº 84, out/dez 1987.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente, a gestão ambiental em foco*. 6. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Bens Culturais e sua Proteção Jurídica*. 3. ed., ampliada e atualizada. Curitiba: Juruá, 2011.