

03

034/2014



PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE

INDEXAÇÃO DE DOCUMENTOS - GAPM

01 - TIPO DE DOCUMENTO

PARECER  PROCESSO  OFÍCIO

OUTROS OF/SMARU/GELU/GELAE/EXTER/001/2011



NÚMERO DO DOCUMENTO

034/2014

DATA:

0 1 / 0 7 / 2 0 1 4

02 - NATUREZA DA AÇÃO

CÍVEL

03 - NÚMERO DO PROCESSO (PREENCHER APENAS UM DELES, O DE ORIGEM)

NUMERAÇÃO ANTIGA

NÚMERO DO PROCESSO JUDICIAL

1ª INSTÂNCIA

2ª INSTÂNCIA

NÚMERO DO PROCESSO NA JUSTIÇA FEDERAL (ANTES DE 1997):

1ª INSTÂNCIA

2ª INSTÂNCIA

NÚMERO DO PROCESSO NA JUSTIÇA FEDERAL (DEPOIS DE 1997):

1ª INSTÂNCIA

2ª INSTÂNCIA

NOVA NUMERAÇÃO - 2010

NÚMERO DO PROCESSO JUDICIAL

13

NÚMERO DO PROCESSO NA JUSTIÇA FEDERAL (ANTES 1997)

NÚMERO DO PROCESSO NA JUSTIÇA FEDERAL (DEPOIS 1997)

1ª INSTÂNCIA

2ª INSTÂNCIA

04 - NÚMERO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

OUTRA NUMERAÇÃO

05 - TIPO DE AÇÃO

- MANDADO DE SEGURANÇA
- ORDINÁRIA
- COMINATÓRIA
- CAUTELAR
- POPULAR
- INDENIZAÇÃO
- DECLARATÓRIA
- CIVIL PÚBLICA
- ANULATÓRIA
- EXECUÇÃO / CUMPRIM. SENTENÇA
- EMBARGO DO DEVEDOR
- EMBARGO À EXECUÇÃO
- AÇÃO DIRETA DE INSTITUCIONALIDADE
- USUCAPIÃO
- DEMOLITÓRIA
- INTERDITO PROIBITÓRIO
- POSSESSÓRIA
- OUTROS

06 - MATÉRIA OU ASSUNTO

- MULTA
- AMBIENTAL
- URBANÍSTICO
- POSTURA
- DESAPROPRIAÇÃO
- POSTO DE GASOLINA
- BANCA
- FEIRA
- LOTEAMENTO
- SHOPPING POPULAR
- DEMOLIÇÃO
- LICENÇA PARA CONSTRUÇÃO
- ENGENHO DE PUBLICIDADE
- ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO
- LICENÇA PARA EXERCÍCIO DE ATIVIDADE
- OUTROS Direito urbanístico. Direito de permanência. Edificação construída para uso não residencial. Direito de propriedade.

(DESCREVA EM POUCAS PALAVRAS A MATÉRIA OU ASSUNTO. EXEMPLOS: FÉRIAS-PRÊMIO, CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, DIFERENÇA SALARIAL, DESAPROPRIAÇÃO E OUTROS).  
Análise do artigo 72, III, da Lei Municipal 7.166/96.

RESPONSÁVEL PELA INFORMAÇÃO: Lidia Mafrá DATA: 0 1 / 0 7 / 1 4 ASSINATURA DO RESPONSÁVEL

LNP.M. 02001219 - E

01



PARECER

Consulente: Secretaria Municipal Adjunta de Regulação Urbana (SMARU)

Data: 20 de junho de 2012

**EMENTA: DIREITO URBANÍSTICO. DIREITO DE PERMANÊNCIA. EDIFICAÇÃO CONSTRUÍDA PARA USO NÃO RESIDENCIAL. DIREITO DE PROPRIEDADE.**

O art. 72, III, da Lei Municipal 7.166/96 não permite que edificação construída para fins não residenciais, incluindo sala comercial em edifício de vários pavimentos, edificação concebida genericamente para uso não residencial ou para um uso não residencial específico, seja utilizada para qualquer atividade permitida no local na época do protocolo do projeto de edificação ou mesmo na época da certificação da baixa de construção, mas apenas para atividade efetivamente instalada no local e permitida por lei na época desta instalação.

Por força do art. 72, III, da Lei Municipal 7.166/96, presume-se que a atividade atualmente instalada em edificação construída para fins não residenciais o foi quando a lei o permitia, presunção que pode ser desconstituída se o Município tiver conhecimento de fatos ou documentos que demonstrem que esta instalação ocorreu após a entrada em vigor de norma proibitiva daquele uso.

Em razão do caráter relativo da presunção decorrente do inciso III do art. 72 da Lei Municipal 7.166/96, os agentes públicos responsáveis pelo reconhecimento do direito de permanência devem realizar pesquisas nos sistemas internos da Administração Pública Municipal para verificar a existência de fatos ou documentos que demonstrem que a instalação da atividade ocorreu após a entrada em vigor de norma proibitiva daquele uso (por exemplo, alvará de localização e funcionamento de outra atividade que tenha vencido já na vigência da lei proibitiva do uso).

Independentemente da edificação ter sido construída para abrigar um uso específico ou uma categoria de usos, se for o reconhecido o direito de permanência de uma atividade específica à luz do art. 72 da Lei Municipal 7.166/96, só será possível substituí-la por



outra atividade também proibida no local pela legislação atual se forem atendidos os requisitos do art. 72-A da Lei Municipal 7.166/96, ou seja, se a atividade substituta estiver, à luz do Anexo X do mesmo diploma legal, "*classificada na mesma tipologia e no mesmo grupo, ou em grupo inferior [àquele] em que se enquadra a atividade a ser substituída*".

Se foi licitamente concedida licença para construir um edifício comercial em um determinado local e posteriormente, no curso ou após a edificação, a lei municipal passa a considerar a área exclusivamente residencial – como parece ter ocorrido em alguns lotes da ADE Belvedere, segundo relata a GELAE/SMARU – sem que nunca tenha sido exercida atividade não residencial na edificação, deve ser reconhecido, com base no direito constitucional à propriedade (art. 5º, *caput* e XXII, da Constituição), o direito do empreendedor exercer em sala, andar ou outra dependência deste edifício qualquer atividade não residencial permitida antes da entrada em vigor da lei que considerou a área exclusivamente residencial; contudo, uma vez exercida uma atividade não residencial qualquer, passa a ser aplicável o art. 72 da Lei Municipal 7.166/96 e novo alvará de localização e funcionamento só poderá ser concedido para a mesma atividade ou para atividade substituta que atenda aos requisitos do art. 72-A do mesmo diploma legal.

Pode surgir situação concreta em que, pela configuração arquitetônica, localização ou função econômica de determinada edificação licitamente licenciada, a restrição de alguns usos seja equivalente à inutilização do bem, hipótese em que o alvará de localização e funcionamento para o uso proibido pela nova lei deve ser concedido com base no direito constitucional à propriedade, mesmo que inaplicável o art. 72 da Lei Municipal 7.166/96. Todavia, é impossível prever exaustivamente as situações em que isto pode ocorrer, mas seu reconhecimento deve ser precedido de grande cautela e ponderação para evitar que a exceção se transforme em regra, sendo recomendável que a Procuradoria do Município seja ouvida a respeito.

06  
8

03



**I – O caso**

1. Trata-se de consulta formulada pela Secretaria Municipal Adjunta de Regulação Urbana (SMARU), nos seguintes termos:

“Senhor Procurador,

Conforme OF/SMARU/GELU/GELAE/EXTER/001/2011, da Gerência de Licenciamento de Atividades Econômicas – GELAE, em anexo, a redação do inciso III do art. 72 da Lei nº 7.166, de 27 de agosto de 1996, tem gerado dúvidas em sua aplicação.

(...)

Diante do exposto, encaminhamos o presente ofício, solicitando que esta PGM elabore Parecer Jurídico para que seja esclarecido se o dispositivo mencionado permite que:

- edificação para fins ‘não residenciais’ seja utilizada para qualquer atividade permitida no local à época do protocolo do projeto de edificação.

- edificação destinada quando da sua construção para uso por categoria de atividade específica, pode ser utilizada para o exercício de qualquer atividade pertencente à mesma categoria de acordo com a legislação vigente à época do protocolo do projeto de edificação?

- edificação destinada quando da sua construção para atividade específica pode ser utilizada para o exercício de atividade pertencente à mesma categoria de acordo com a legislação vigente à época do protocolo do projeto de edificação ou ao mesmo grupo nos termos da legislação em vigor?

- um prédio de salas situado em área onde atualmente é vedada atividade ‘não residencial’ poderá ser utilizado para o exercício de qualquer atividade permitida para o local à época do protocolo do projeto de edificação?

Sendo o que temos para o momento, renovamos nossos cumprimentos.”

A consulta foi instruída com cópia do ofício nela mencionado, em que o Gerente de Licenciamento de Atividades Econômicas pondera o seguinte:

“O termo ‘edificação construída especificamente para uso admitido à época de sua instalação’ gera grande dúvida na análise, pois em pouquíssimos casos, como HOTEL, HOSPITAL, POSTO DE

09  
B

04



10  
B

COMBUSTÍVEIS etc., a aprovação é feita realmente para uso específico. No entanto, na maioria dos casos é simplesmente NÃO RESIDENCIAL. A dúvida está aí. Se a edificação possui projeto aprovado para uso não residencial, ela gera direito de permanência de uso para qualquer atividade solicitada que fosse admitida à época da aprovação? Temos várias solicitações de comércio, principalmente, que deseja se instalar em alguma edificação que possui projeto aprovado para uso não residencial, no ano de 2008, por exemplo, quando a atividade pretendida era admitida no local, mas que a lei 9959 não permite mais.

Uma situação é a aprovação de um prédio de salas, por exemplo, na ADE Belvedere, onde nenhuma, ou quase nenhuma atividade é admitida. Acho que nesse caso deveria gerar direito a qualquer atividade que fosse admitida à época da aprovação do projeto. Se não for assim, o prédio não poderá ser mais utilizado.

Outra situação é a aprovação de um prédio de salas fora de ADE. Nesse caso acho que devem ser instaladas apenas atividades admitidas na lei atual, a menos que ele tenha o direito por meio de alvará de localização anterior.

Ressalto que estamos negando o direito às solicitações apresentadas com projeto aprovado, simplesmente para uso não residencial.”

## II – Fundamentação

2. O direito de permanência é atualmente regulado pelo art. 72, *caput*, da Lei Municipal 7.166/96, na redação da Lei Municipal 9.959/10, que é a seguinte:

“Art. 72. - Poderá permanecer no local, independentemente de vedação estabelecida por legislação posterior à sua instalação, a atividade admitida nesse local por lei vigente à época de sua implantação e que atenda a uma das seguintes condições:

I - possuir Alvará de Localização e Funcionamento emitido em data anterior à da publicação da lei que estabeleceu a vedação;

II - ser desenvolvida por empresa regularmente constituída e comprovadamente instalada em data anterior à da publicação da lei que estabeleceu a vedação;

III - estar instalada em edificação construída especificamente para uso admitido à época de sua instalação.

§ 1º - REVOGADO

§ 2º - REVOGADO

f

05



§ 3º - Podem continuar a ser exploradas as atividades agropecuárias comprovadamente existentes, desenvolvidas em áreas classificadas como zonas rurais até a data da publicação desta Lei, vedada a expansão da área ocupada.

§ 4º - Para efeito de localização, podem também permanecer as atividades industriais, comerciais e de serviços desenvolvidas em áreas classificadas como zonas rurais até a data de publicação desta Lei.

§ 5º - As atividades referidas no parágrafo anterior estão sujeitas, para efeito de funcionamento, aos critérios desta Lei.

§ 6º - A permanência das atividades permitida neste artigo fica sujeita ao respeito às normas ambientais, de posturas, sanitárias e similares.

§ 7º - O terreno cujo uso tenha sido vinculado quando da aprovação do parcelamento e tenha ficado desconforme com as disposições desta Lei poderá, mediante parecer favorável do COMPUR, ser utilizado conforme previsto no parcelamento aprovado.

§ 8º - REVOGADA

§ 9º - A edificação na qual se exerça o direito de permanência de uso é passível de alteração e acréscimo da área utilizada pela atividade, dentro dos limites dos parâmetros urbanísticos fixados por esta Lei, mediante parecer prévio favorável do COMPUR, baseado em Estudo de Impacto de Vizinhança.

§ 10 - Os impactos da atividade gerados pela modificação devem ser mitigados e contribuir para minimizar possíveis incômodos por ela causados.”

Também interessam ao caso os art. 72-A e 72-B do mesmo diploma legal, ambos acrescentados pela Lei Municipal 9.959/10:

“Art. 72-A - A atividade que usufruir do direito de permanência, nos termos do art. 72 desta Lei, poderá ser substituída por outra, desde que a nova atividade esteja classificada na mesma Tipologia e no mesmo Grupo, ou em Grupo inferior em que se enquadra a atividade a ser substituída, conforme o Anexo X desta Lei.

Art. 72-B - A lei específica que regulamentar ou instituir ADE poderá definir critérios diferenciados de permanência e de substituição de uso, de acordo com a especificidade da área.”

06



3. Para facilitar a leitura do parecer, repito o primeiro quesito da consulta: “[o art. 72 da Lei Municipal 7.166/96] *permite que edificação construída para fins ‘não residenciais’ seja utilizada para qualquer atividade permitida no local à época do protocolo do projeto de edificação*”?

O quarto quesito nada mais é do que uma especificação do primeiro. Vejamos: “*um prédio de salas situado em área onde atualmente é vedada atividade ‘não residencial’ poderá ser utilizado para o exercício de qualquer atividade permitida para o local à época do protocolo do projeto de edificação*”?

“*Um prédio de salas*” nada mais é que um tipo de “*edificação construída para fins ‘não residenciais’*”, de modo que convém responder aos dois quesitos em conjunto. E a resposta a ambos é, a princípio, negativa.

O inciso III do art. 72 deve ser interpretado em conjunto com o *caput*. A destinação da edificação, desde o momento de sua construção, a fins não residenciais é apenas uma modalidade de comprovação de que o bem era utilizado para fins não residenciais. Trata-se, em verdade, de presunção relativa instituída pelo legislador: se o imóvel foi construído para fins não residenciais, é porque nele se exerce este tipo de atividade.

Contudo, continua a ser indispensável que a atividade já tenha sido implantada; não se pode olvidar que estamos tratando de direito de permanência de uma atividade, não de direito à sua implantação ou instalação inicial. Se a atividade já funciona no local e o edifício é “*não residencial*”, presume-se que sua implantação ocorreu quando a legislação a permitia, apenas isso. Por outro lado, se a atividade não funciona no local, o art. 72 da Lei Municipal 7.166/96 é impertinente e a análise sobre a concessão do alvará de localização e funcionamento deve ser feita com base nas normas vigentes sobre uso do solo.

Esta presunção deriva da diferença de redação entre os incisos II e III do art. 72. Enquanto o inciso II exige comprovação, de responsabilidade do empreendedor interessado, de que a atividade estava instalada em data anterior à da publicação da lei proibitiva, o inciso III se contenta com a instalação em edificação construída para aquele uso (seja uso não residencial específico ou genérico), sem exigir esta comprovação. Contudo, deriva do *caput* do dispositivo – e até mesmo da redação do inciso III – a exigência de que a instalação ou implantação da atividade seja anterior à lei proibitiva; o que não se exige é a comprovação desta circunstância que, portanto, não pode ser considerada ônus do empreendedor. De todo modo, se o Município, por outros meios, puder concluir que a instalação é posterior à entrada em vigor da lei proibitiva, a presunção não poderá prevalecer.

O art. 72 da Lei Municipal 7.166/96 não permite, portanto, “*qualquer atividade permitida no local à época do protocolo do projeto de edificação*”, mas apenas a



atividade já instalada no local, presumidamente quando a lei o permitia. Esta presunção que pode ser desconstituída se o Município tiver conhecimento de fatos ou documentos que demonstrem que esta instalação ocorreu após a entrada em vigor de norma proibitiva daquele uso.

Justamente em razão do caráter relativo da presunção decorrente do inciso III do art. 72 da Lei Municipal 7.166/96, os agentes públicos responsáveis pelo reconhecimento do direito de permanência devem realizar pesquisas nos sistemas internos da Administração Pública Municipal para verificar a existência de fatos ou documentos que demonstrem que a instalação da atividade ocorreu após a entrada em vigor de norma proibitiva daquele uso (por exemplo, alvará de localização e funcionamento de outra atividade que tenha vencido já na vigência da lei proibitiva do uso);

Ademais, o inciso III se refere a uso admitido na época da instalação da atividade, e não na época do protocolo do projeto de edificação ou mesmo da certificação da baixa de construção (concessão do “*habite-se*”).

Contudo, mesmo sendo inaplicável o art. 72 da Lei Municipal 7.166/96, é possível que em algumas situações excepcionais seja deferida a licença de localização e funcionamento com base em aplicação direta de normas da Constituição Federal sobre o princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*) e o direito à propriedade (art. 5º, *caput* e XXII). Estas situações, no que guardam relação com a consulta em análise, serão explicitadas mais adiante, já que guardam maior pertinência com outros quesitos.

4. O segundo quesito é o seguinte: “[o art. 72 da Lei Municipal 7.166/96] *permite que edificação destinada quando da sua construção para uso por categoria de atividade específica, pode ser utilizada para o exercício de qualquer atividade pertencente à mesma categoria de acordo com a legislação vigente à época do protocolo do projeto de edificação*”?

A resposta é, a princípio, negativa.

A edificação só pode ser utilizada para atividade que tenha sido nela efetivamente instalada antes da lei proibitiva, e não para qualquer atividade pertencente à categoria que foi construída para abrigar.

Caso, após o reconhecimento do direito de permanência de uma atividade específica (e não de uma categoria), pretenda-se substituí-la por outra atividade também proibida no local pela legislação atual, estaremos diante de substituição de uso protegido por direito de permanência, que não é regulada pelo art. 72 da Lei Municipal 7.166/96, mas sim pelo art. 72-A do mesmo diploma legal, cuja redação convém repetir:

“Art. 72-A - A atividade que usufruir do direito de permanência, nos termos do art. 72 desta Lei, poderá ser substituída por outra, desde



**que a nova atividade esteja classificada na mesma Tipologia e no mesmo Grupo, ou em Grupo inferior em que se enquadra a atividade a ser substituída, conforme o Anexo X desta Lei.”**

Como se vê, a substituição é possível, “*desde que a nova atividade esteja classificada na mesma tipologia e no mesmo grupo, ou em grupo inferior [àquele] em que se enquadra a atividade a ser substituída*”, observado o Anexo X da Lei Municipal 7.166/96.

5. O terceiro quesito é o seguinte: “[o art. 72 da Lei Municipal 7.166/96] *permite que edificação destinada quando da sua construção para atividade específica pode ser utilizada para o exercício de qualquer atividade pertencente à mesma categoria de acordo com a legislação vigente à época do protocolo do projeto de edificação ou ao mesmo grupo nos termos da legislação em vigor*”?

Não há nenhuma peculiaridade que justifique uma resposta diferente da do quesito anterior: a atividade precisa ter sido efetivamente exercida no local e sua substituição por outra deve atender os requisitos do art. 72-A da Lei 7.166/96.

6. A despeito da resposta negativa a todos os quatro quesitos, permanece pendente uma questão merecedora de abordagem, que não tratada diretamente na consulta, mas sim no ofício a que ela faz remissão, em que o Gerente de Licenciamento de Atividades Econômicas da Secretaria Municipal Adjunta de Regulação Urbana (GELAE/SMARU) pontua:

“Uma situação é a aprovação de um prédio de salas, por exemplo, na ADE Belvedere, onde nenhuma, ou quase nenhuma atividade é admitida. Acho que nesse caso deveria gerar direito a qualquer atividade que fosse admitida à época da aprovação do projeto. Se não for assim, o prédio não poderá ser mais utilizado.

Outra situação é a aprovação de um prédio de salas fora de ADE. Nesse caso acho que devem ser instaladas apenas atividades admitidas na lei atual, a menos que ele tenha o direito por meio de alvará de localização anterior.”

Este é o ponto mais complexo do parecer.

A situação descrita pela GELAE/SMARU realmente é muito delicada. Se o empreendedor obtém licença para construir um edifício comercial em um determinado local e posteriormente, no curso ou após a edificação, a lei municipal passa a considerar a área exclusivamente residencial – como parece ter ocorrido em alguns lotes da ADE Belvedere, segundo relata a GELAE – sem que nunca tenha sido exercida atividade comercial na edificação, o direito à utilização da propriedade, garantido constitucionalmente (art. 5º, *caput* e XXII), seria substancialmente esvaziado sem



pagamento de indenização justa e prévia.

O direito de permanência do art. 72 da Lei Municipal 7.166/96 não oferece resposta à questão, pois exige, como já explicado, que a atividade tenha sido exercida anteriormente à lei proibitiva, o que pode nunca ter ocorrido, inclusive por falta de tempo hábil antes da mudança da lei (por exemplo, se a baixa da construção não foi certificada ou se a obra não foi concluída quando a nova lei entrou em vigor). Não há como interpretar ampliativamente o dispositivo de modo a superar esta expressa limitação.

A solução, portanto, deve ser a aplicação direta da Constituição Federal nesta situação excepcional, de modo a reconhecer o direito dos postulantes à licença de localização e funcionamento.

O mestre lusitano **Fernando Alves Correia** já se debruçou sobre o assunto, abordando-o à luz de normas da Constituição portuguesa similares às da Constituição brasileira (*Manual de Direito do Urbanismo*. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 163-164):

“O acervo de direitos e garantias constitucionais que queremos aqui apresentar inclui, em primeiro lugar, a *garantia da existência* ou da *manutenção* (*Bestandsschutz*). Segundo ela, as normas legais e regulamentares sobre a ocupação, uso e transformação do solo, em particular as normas dos planos urbanísticos, produzem efeitos apenas para o futuro, pelo que **devem respeitar as edificações existentes à data da sua entrada em vigor, desde que elas tenham sido realizadas legalmente**. O princípio da garantia da existência assume um particular relevo no domínio dos planos. Aquele princípio – que constitui também um limite à ‘liberdade de conformação’ do conteúdo do plano – significa que **um edifício, cuja legalidade material não sofra contestação, não pode ser eliminado sem indemnização, mesmo que esteja em contradição com as novas prescrições do plano**.

A garantia da subsistência ou da manutenção das construções erigidas legalmente antes da entrada em vigor de um plano urbanístico, quer se trate de um plano originário, quer de um plano que veio alterar ou modificar um anterior, ainda que aquelas estejam em contradição com as disposições desse plano, deve ser considerada como um *princípio constitucional* do nosso direito do urbanismo. Com efeito, ela tem o seu fundamento na *garantia constitucional da propriedade privada*, plasmada no artigo 62.º, n.º 1, da Lei Fundamental, e nos princípios da *não retroactividade* das disposições dos planos urbanísticos e da *proteção da confiança* – os quais estão insitos no *princípio do Estado de direito democrático*, condensado nos artigos 2.º e 9.º, alínea b), da Constituição.”

Em outro trecho, o mesmo autor apresenta maiores detalhes sobre a

12  
B

10



**garantia da existência passiva no ordenamento jurídico alemão (p. 678):**

“Segundo o *Bundesverwaltungsgericht* [(Tribunal Administrativo Federal)] alemão, a *garantia da existência* pode apresentar-se sob duas modalidades: uma *garantia de existência passiva* e uma *garantia de existência activa*. A primeira cobre apenas a *conservação da edificação e a manutenção da sua função anterior.*”

Em outra obra (*O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 346), o autor justifica a adoção da construção jurisprudencial alemã no Direito português, similar ao brasileiro neste particular:

“Não queremos transplantar pura e simplesmente para o nosso direito estas soluções adoptadas pela jurisprudência alemã. Poderemos, no entanto, afirmar que a *garantia da substância* das construções erigidas legalmente antes da entrada em vigor de um plano urbanístico, quer se trate de um plano originário, quer de um plano que veio alterar ou modificar um anterior, ainda que aquelas estejam em contradição com as disposições destes, não pode ser contestada validamente e deve ser considerada como um princípio do nosso direito da planificação urbanística. Nem poderia ser de outro modo, uma vez que a *garantia de manutenção das edificações existentes é uma consequência da garantia constitucional da propriedade privada*, do princípio da *protecção da confiança* e do *princípio da não retroactividade* das disposições dos planos urbanísticos.”

O que me parece é que não se pode negar aos ocupantes de um edifício não residencial o direito de exercer, *pela primeira vez*, uma atividade não residencial compatível com a edificação, desde que permitida na legislação anterior à entrada em vigor da lei que considerou a área exclusivamente residencial (que não é necessariamente, vale notar, a legislação em vigor no momento do protocolo do projeto de edificação que foi aprovado pelo Município, sobretudo em razão de sucessivas prorrogações de alvarás de construção). Contudo, **uma vez exercida uma atividade não residencial qualquer, passa a ser aplicável o art. 72 da Lei Municipal 7.166/96 e novo alvará só poderá ser concedido para a mesma atividade ou para atividade substituta que atenda os requisitos do art. 72-A do mesmo diploma legal.** Assim, evita-se que se eternize a eficácia da legislação revogada além do necessário para garantir a observância à consagração constitucional do direito de propriedade.

Por outro lado, se chegou a ser exercida atividade não residencial no local, antes da entrada em vigor da lei proibitiva, a concessão da licença de localização e funcionamento deve observar todos os requisitos do art. 72 da Lei Municipal 7.166/96, não havendo, nesta hipótese, qualquer violação à proteção constitucional da propriedade, mas mera efetivação de sua função social (art. 5º, XXIII, da Constituição).

16

11



Também não se beneficia deste entendimento o edifício que teve os usos não residenciais restringidos, mas não eliminados. Também neste caso, deve prevalecer a lei nova, pois não há ameaça à *garantia da existência passiva do edifício*, ou seja, este não teve sua função econômico-social inutilizada, apenas restringida, o que está dentro do poder conferido ao Município pelo art. 182 da Constituição.

Pode surgir alguma situação concreta em que, pela configuração arquitetônica, localização ou função econômica de determinado imóvel, a restrição de alguns usos seja equivalente à inutilização do edifício erguido regularmente, hipótese em que o alvará de localização e funcionamento para o uso proibido pela nova lei deve ser concedido com base no direito constitucional à propriedade, mesmo que inaplicável o art. 72 da Lei Municipal 7.166/96.

Infelizmente, é impossível prever de imediato todas as situações em que isto pode ocorrer, mas seu reconhecimento deve ser precedido de grande cautela para evitar que a exceção se transforme em regra. Deste modo, limito-me a reconhecer a ocorrência do fenômeno na hipótese descrita pela GELAE, ocorrida no perímetro da ADE Belvedere, reservando-me o direito de avaliar com minúcia eventuais hipóteses aparentemente análogas.

### III – Conclusão

7. Em face do exposto, entendo que:

a) o art. 72, III, da Lei Municipal 7.166/96 não permite que edificação construída para fins “*não residenciais*”, incluindo sala comercial em edifício de vários pavimentos, edificação concebida genericamente para uso não residencial ou para um uso não residencial específico, seja utilizada para qualquer atividade permitida no local na época do protocolo do projeto de edificação ou mesmo na época da certificação da baixa de construção, mas apenas para atividade efetivamente instalada no local e permitida por lei na época desta instalação;

b) por força do art. 72, III, da Lei Municipal 7.166/96, presume-se que a atividade atualmente instalada em edificação construída para fins “*não residenciais*” o foi quando a lei o permitia, presunção que pode ser desconstituída se o Município tiver conhecimento de fatos ou documentos que demonstrem que esta instalação ocorreu após a entrada em vigor de norma proibitiva daquele uso;

c) em razão do caráter relativo da presunção decorrente do inciso III do art. 72 da Lei Municipal 7.166/96, os agentes públicos responsáveis pelo reconhecimento do direito de permanência devem realizar pesquisas nos sistemas internos da Administração Pública para verificar a existência de fatos ou documentos que demonstrem que a instalação da atividade ocorreu após a entrada em vigor de norma proibitiva daquele

12



uso (por exemplo, alvará de localização e funcionamento de outra atividade que tenha vencido já na vigência da lei proibitiva do uso);

d) independentemente da edificação ter sido construída para abrigar um uso específico ou uma categoria de usos, se for o reconhecido o direito de permanência de uma atividade específica à luz do art. 72 da Lei Municipal 7.166/96, só será possível substituí-la por outra atividade também proibida no local pela legislação atual se forem atendidos os requisitos do art. 72-A da Lei Municipal 7.166/96, ou seja, se a atividade substituta for, à luz do Anexo X do mesmo diploma legal, *“classificada na mesma tipologia e no mesmo grupo, ou em grupo inferior [àquele] em que se enquadra a atividade a ser substituída”*;

e) se foi licitamente concedida licença para construir um edifício comercial em um determinado local e posteriormente, no curso ou após a edificação, a lei municipal passa a considerar a área exclusivamente residencial – como parece ter ocorrido em alguns lotes da ADE Belvedere, segundo relata a GELAE – sem que nunca tenha sido exercida atividade não residencial no local, deve ser reconhecido, com base no direito constitucional à propriedade (art. 5º, *caput* e XXII, da Constituição), o direito do empreendedor exercer em sala, andar ou outra dependência deste edifício qualquer atividade não residencial permitida antes da entrada em vigor da lei que considerou a área exclusivamente residencial; contudo, uma vez exercida uma atividade não residencial qualquer, passa a ser aplicável o art. 72 da Lei Municipal 7.166/96 e novo alvará de localização e funcionamento só poderá ser concedido para a mesma atividade ou para atividade substituta que atenda os requisitos do art. 72-A do mesmo diploma legal;

f) pode surgir situação concreta em que, pela configuração arquitetônica, localização ou função econômica de determinada edificação licitamente licenciada, a restrição de alguns usos seja equivalente à inutilização do bem, hipótese em que o alvará de localização e funcionamento para o uso proibido pela nova lei deve ser concedido com base no direito constitucional à propriedade, mesmo que inaplicável o art. 72 da Lei Municipal 7.166/96; todavia, é impossível prever exaustivamente as situações em que isto pode ocorrer, mas seu reconhecimento deve ser precedido de grande cautela e ponderação para evitar que a exceção se transforme em regra, sendo recomendável que a Procuradoria do Município seja ouvida a respeito.

Este parecer foi elaborado à luz da Lei Municipal 7.166/96, sendo por isso inaplicável a Áreas de Diretrizes Especiais em que haja regras específicas de direito de permanência (art. 72-B da Lei Municipal 7.166/96).

É o parecer, sujeito a apreciação superior.

De acordo  
M. A. S.  
M. A. S.

Fernando Couto Garcia  
Procurador Municipal  
OAB/MG 94.049 / BM 79.120-6

De acordo  
BM, 30/10/12  
M. A. S.