

157  
e

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO**  
**GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO**  
**2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

ED no AI Nº 0250493-4

EMBARGANTE: Aki Loteria Ltda.

EMBARGADO: Município de Olinda

RELATOR: Des. Francisco Bandeira de Mello

**EMENTA:** EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM "AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO". PREQUESTIONAMENTO. IMPUGNAÇÃO À ORDEM DE DEMOLIÇÃO DE CONSTRUÇÃO LOCALIZADA EM ÁREA *NON AEDIFICANDI* (PASSEIO PÚBLICO). INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO E/OU OMISSÃO. ACLARATÓRIOS IMPROVIDOS. 1. Nesta sede aclaratória, a embargante alega que o acórdão impugnado abrigaria contradição e omissão em relação à tese concernente à ilegalidade do ato que determinou a demolição questionada, na medida em que não teria sido instaurado procedimento administrativo prévio, pautado pela observância ao devido processo legal. 2. Cumpre registrar, todavia, que o acórdão embargado abordou os aspectos fáticos e jurídicos relevantes para a compreensão e resolução da controvérsia. 3. Nesse sentido, viu-se que – de acordo com a planta do local em questão (apresentada pelo Município de Olinda), em cotejo com o croqui e com as fotografias juntadas pela ora embargante – o imóvel parece mesmo ter sido edificado sobre o *passoio público*, ou seja, em área *non aedificandi*. 4. Em reforço a essa constatação, considerou-se que a ora embargante não apresentou *nenhum* daqueles documentos referidos na decisão agravada, quais sejam *licenças* e/ou *autorizações* que respaldassem a edificação e/ou o funcionamento do imóvel/estabelecimento naquele local específico, daí surgindo a cogitação de que se está diante de obra clandestina, ou seja, *não licenciada*. 5. Segundo as lições de Hely Lopes Meirelles, em seu "*Direito de Construir*", a edificação clandestina (não licenciada) e em desacordo, *de modo irremediável*, com as *posturas municipais* pode ser objeto de demolição por meio de *ordem sumária* da Administração, sendo dispensável, nesses casos, a instauração de prévio *procedimento administrativo*. Se, por outro lado, apesar de clandestina, a obra for passível de regularização perante a Administração local, a edificação *poderá*, depois de cumpridas pelo particular as formalidades exigidas pela legislação de regência, ser *conservada*. 6. Sucede que, na espécie, a agravante/embargante não se desincumbiu nem de demonstrar o licenciamento da edificação, nem a tentativa de fazê-lo, pela via administrativa. 7. Assim, o acórdão embargado revela-se claro e suficiente por seus próprios fundamentos, de sorte que a recorrente pretende, em verdade, rediscutir a causa sob a perspectiva jurídica que lhe parece correta, desiderato a que não se prestam os embargos de declaração. 8. Aclaratórios improvidos, à unanimidade.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos dos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 0250493-4, acima referenciados, acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, à unanimidade, em negar-lhes provimento, nos termos do voto do Relator, que integra o acórdão.

Recife, 03 de julho de 2014 (data do julgamento).

  
Des. Francisco Bandeira de Mello  
Relator

158  
e

**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO  
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

ED no AI Nº 0250493-4  
EMBARGANTE: Aki Loteria Ltda.  
EMBARGADO: Município de Olinda  
RELATOR: Des. Francisco Bandeira de Mello

**RELATÓRIO E VOTO**

Trata-se de **embargos de declaração** interpostos, para fins de prequestionamento, em face do acórdão adiante ementado, proferido por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 0250493-4:

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM ‘AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO’. IMPUGNAÇÃO À ORDEM DE DEMOLIÇÃO DE CONSTRUÇÃO LOCALIZADA EM ÁREA *NON AEDIFICANDI* (PASSEIO PÚBLICO). AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA NAS ALEGAÇÕES DA AUTORA/AGRAVANTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. De início, afastou-se a prevenção suscitada pela recorrente, visto que, por ocasião da propositura (em 29/07/2011) deste recurso, o AI nº 0248854-6 (cuja relatoria competiu ao em. Des. Ricardo Paes Barreto) já havia sido definitivamente decidido, mediante decisão denegatória de seguimento, sendo os respectivos autos baixados ao Juízo *a quo* em 25/07/2011. 2. No tocante à discussão de fundo, vê-se que – de acordo com a planta do local em questão (apresentada pelo Município de Olinda), em cotejo com o croqui e com as fotografias juntadas pela própria parte autora – o imóvel parece mesmo ter sido edificado sobre o *passeio público*, ou seja, em área *non aedificandi*. 3. Em reforço a essa constatação, importa considerar que a autora/agravante não apresentou *nenhum* daqueles documentos referidos na decisão recorrida, quais sejam *licenças e/ou autorizações* que respaldassem a edificação e/ou o funcionamento do imóvel/estabelecimento naquele local específico, daí surgindo a cogitação de que se está diante de obra clandestina, ou seja, *não licenciada*. 4. Segundo as lições de Hely Lopes Meirelles, em seu ‘Direito de Construir’, a edificação clandestina (não licenciada) e em desacordo, *de modo irremediável*, com as *posturas municipais* pode ser objeto de demolição por meio de *ordem sumária* da Administração, sendo dispensável, nesses casos, a instauração de prévio *procedimento administrativo*. Se, por outro lado, apesar de clandestina, a obra for passível de regularização perante a Administração local, a edificação *poderá*, depois de cumpridas pelo particular as formalidades exigidas pela legislação de regência, ser *conservada*. 5. Sucede que, na espécie, a agravante não se desincumbiu nem de demonstrar o licenciamento da edificação, nem a tentativa de fazê-lo, pela via administrativa. 6. Remanesce preservada, portanto, a presunção de legitimidade dos atos administrativos indicativos de que o imóvel encontra-se em *área pública*. 7. Agravo desprovido.”

Nesta sede aclaratória, a embargante alega, em suma, que o acórdão impugnado abrigaria contradição e omissão em relação à tese concernente à ilegalidade do ato que determinou a demolição questionada, na medida em que não teria sido instaurado procedimento administrativo prévio, pautado pela observância ao devido processo legal, garantindo-se o exercício do contraditório e a ampla defesa. Nessa direção, pleiteia a sanação dos vícios apontados, sobretudo à vista do disposto nos arts. 5º, LV, e 37, *caput*, ambos da Constituição Federal.



1

159  
e

**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO  
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

É o relatório. Passo a votar.

Na espécie, cumpre registrar que o voto condutor do acórdão embargado abordou, com apoio no acervo documental coligido ao processo, os aspectos fáticos e jurídicos relevantes para a compreensão e resolução da controvérsia, inocorrendo as contradições e/ou omissões suscitadas pela ora embargante.

Nesse passo, reitero integralmente todas as razões de decidir veiculadas no voto condutor (proferido por esta relatoria) do acórdão vergastado, destacando, no que importa para o julgamento destes embargos, as seguintes passagens:

“No caso, tenho por acertada a decisão de primeiro grau, na medida em que não demonstrados os requisitos processuais autorizadores da concessão da tutela de urgência, especialmente no que se refere à *verossimilhança das alegações*. Explico.

Como visto, a magistrada prolatora da decisão impugnada consignou que, além da presunção de legalidade dos atos administrativos, a Administração Municipal, no exercício do seu poder de polícia, tem competência para *‘efetivar a demolição de obra desprovida de prévia aprovação do projeto, alvará de licença para construção, ou outro procedimento que exija a licença da municipalidade, de sorte que o Poder Público está obrigado a promover a demolição da edificação irregular, principalmente tratando-se de construção em desrespeito à faixa non aedificandi’*.

Faço o destaque desse trecho com o propósito de evidenciar os seguintes aspectos.

Em primeiro lugar, vê-se que – de acordo com a planta do local em questão (apresentada pelo Município de Olinda, cf. fl. 94/95), em cotejo com o croqui e com as fotografias juntadas pela própria parte autora (pelos quais é possível verificar que o estabelecimento em tela situa-se na esquina formada pela Estrada do Caenga e a Av. Leopoldino Canuto de Melo, cf. fls. 42 e ss.) – o imóvel parece mesmo ter sido edificado sobre o *passoio público*, ou seja, em área *non aedificandi*.

(Ao que tudo indica, nem o afastamento frontal principal da edificação, que segundo o croqui da autora corresponde a 2,30m, atende à distância de 5,00m prevista no Anexo II/Quadro 01 do Código de Obras do Município, cf. fls. 82v/83.)

Em reforço a essa constatação, importa considerar que a autora/agravante não apresentou *nenhum* daqueles documentos referidos na decisão recorrida, quais sejam *licenças* e/ou *autorizações* que respaldassem a edificação e/ou o funcionamento do imóvel/estabelecimento naquele local específico, daí surgindo a cogitação de que se está diante de obra clandestina, ou seja, *não licenciada*.

No tema, confira-se o magistério de Hely Lopes Meirelles, nas seguintes passagens do clássico *‘Direito de Construir’* (7ª ed., Malheiros, pp. 170/171), *verbis*:

***‘A demolição de obra clandestina, por óbvias razões, pode ser efetivada mediante ordem sumária da Prefeitura, porque, em tal caso, o particular está incidindo em manifesto ilícito administrativo com o só ato de frustrar a apreciação do projeto, que é pressuposto legal de toda construção. Como a construção é***



160  
9

**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO  
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

atividade sujeita a licenciamento pelo Poder Público, a ausência de licença para construir faz presumir um dano potencial à Administração e à coletividade, consistente na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências técnicas e urbanísticas.

**O ato ilegal do particular que constrói sem licença rende ensejo a que a Administração use o poder de polícia que lhe é reconhecido, para embargar, imediata e sumariamente, o prosseguimento da obra e efetivar a demolição do que estiver irregular, com seus próprios meios, sem necessidade de procedimento formal anterior, porque não há licença ou alvará a ser invalidado. Basta a constatação da clandestinidade da construção, pelo *auto de infração*, para o imediato embargo e ordem de demolição.**

Como proceder se as obras, embora clandestinas, estiverem de acordo com as normas urbanísticas e estruturais da construção, ou admitirem essa adaptação? Em tais casos não devem ser demolidas, mas regularizadas perante a Prefeitura, com a apresentação do projeto e documentos legalmente exigíveis, recolhimento das taxas e multas cabíveis, para a oportuna expedição de *alvará de conservação*, como têm admitido os tribunais. Isto porque a *licença para construir* não se confunde com a construção em si mesma: esta é um direito do proprietário; aquela é um instrumento preventivo de controle da edificação. Desde que a construção esteja em conformidade com o Direito, a Administração não tem o poder de destruí-la pela simples ausência do controle prévio, já superado pela regularidade da obra. O que remanesce com a Prefeitura é a faculdade de exigir a regularização formal da documentação, para a expedição *a posteriori* do alvará, que deveria ser *a priori*, e mais o pagamento de taxas e multas regulamentares. (...)’ Destaquei em negrito.

Em resumo, na linha dessas orientações doutrinárias, a edificação clandestina (não licenciada) e em desacordo, *de modo irremediável*, com as *posturas municipais* pode ser objeto de demolição por meio de *ordem sumária* da Administração, sendo dispensável, nesses casos, a instauração de prévio *procedimento administrativo*.

Se, por outro lado, apesar de clandestina, a obra for passível de regularização perante a Administração local, a edificação *poderá*, depois de cumpridas pelo particular as formalidades exigidas pela legislação de regência, ser *conservada*.

Sucedee que, na espécie, a agravante não se desincumbiu nem de demonstrar o licenciamento da edificação, nem a tentativa de fazê-lo, pela via administrativa.

Dentro desse contexto, remanesce preservada a presunção de legitimidade dos atos administrativos indicativos de que o imóvel encontra-se em *área pública (non aedificandi)*, sendo certo, neste caso, que a recorrente não apresentou *nenhum título* (permissão ou autorização, por exemplo) que justificasse o *uso especial* (para fins comerciais ou para a prestação de serviços) do espaço em comento.

(...)

Por todo o exposto, não tendo me convencido quanto à verossimilhança das alegações da parte recorrente, **nego provimento ao agravo de instrumento.**” Os destaques constam do original.



167  
e

**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO  
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO  
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Diante desse panorama, vê-se que o acórdão embargado revela-se claro e suficiente por seus próprios fundamentos, de sorte que a parte ora recorrente pretende, em verdade, rediscutir a causa sob a perspectiva jurídica que lhe parece correta, desiderato a que não se prestam os embargos de declaração.

Ante o exposto, conheço destes aclaratórios, porém **nego-lhes provimento**, consignando, nesta oportunidade, a inocorrência de qualquer ofensa ao disposto nos arts. 5º, LV, e 37, *caput*, ambos da Constituição Federal.

É como voto.

Recife, 03 de julho de 2014.

  
**Des. Francisco Bandeira de Mello**  
Relator