

18/02/2014

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 769.177 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
AGTE.(S) : CLARO S/A
ADV.(A/S) : JOSÉ CARLOS TANNURI VELLOSO E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS

EMENTA

Agravo regimental no agravo de instrumento. Prequestionamento. Ausência. Direito Constitucional, Administrativo e Urbanístico. Ordenamento urbano. Competência municipal. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes.

1. Os dispositivos constitucionais tidos como violados não foram examinados pelo Tribunal de origem. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356 desta Corte.

2. O Supremo Tribunal Federal assentou que a Constituição da República confere aos municípios competência para legislar sobre o ordenamento de seu território e que essa prerrogativa constitucional não viola o direito de propriedade ou os princípios que regulam o mercado, como a livre concorrência e a livre iniciativa.

3. Submissão de concessionárias da União às posturas municipais: constitucionalidade.

4. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame dos fatos e das provas dos autos (Súmula nº 279/STF).

5. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

AI 769177 AGR / SP

Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 18 de fevereiro de 2014.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

18/02/2014

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 769.177 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
AGTE.(S) : **CLARO S/A**
ADV.(A/S) : **JOSÉ CARLOS TANNURI VELLOSO E OUTRO(A/S)**
AGDO.(A/S) : **MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Claro S.A. interpõe tempestivo agravo regimental contra decisão em que neguei provimento ao agravo de instrumento, com a seguinte fundamentação:

“Vistos.

Claro S.A. interpõe agravo de instrumento contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade aos artigos 5º, incisos XXII e XXIII, 22, inciso IV, e 170, incisos II e III, da Constituição Federal.

Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão da Décima Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

‘Construção irregular. Descumprimento de posturas municipais. Irregularidade que não convalesce por se cuidar de serviço de telecomunicações. Matéria adstrita ao âmbito municipal. Inexistência de interesse da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Recurso desprovido’.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.
Decido.

AI 769177 AGR / SP

Anote-se, inicialmente, que o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão publicado após 3/5/07, quando já era plenamente exigível a demonstração da repercussão geral da matéria constitucional objeto do recurso, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 6/9/07.

Todavia, apesar da petição recursal haver trazido a preliminar sobre o tema, não é de se proceder ao exame de sua existência, uma vez que, nos termos do artigo 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a redação introduzida pela Emenda Regimental nº 21/07, primeira parte, o procedimento acerca da existência da repercussão geral somente ocorrerá '*quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão*'.

A irrisignação não merece prosperar, haja vista que o acórdão recorrido está em conformidade com a orientação jurisprudencial desta Suprema Corte, firmada no sentido de que o Município tem competência legislativa para disciplinar o devido uso e ocupação de seu espaço territorial, mediante a criação de leis editadas em prol de sua política de desenvolvimento urbano, mesmo que importem em limitação administrativa ao direito de construir.

Sobre o tema em questão, transcrevo o teor da decisão proferida pelo Ministro **Gilmar Mendes**, em caso análogo ao presente, nos autos do RE nº 746.356/SP (DJe de 10/5/13), que bem aborda a questão:

'Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo ementado nos seguintes termos:

'NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. DEMOLIÇÃO. Antena de telefonia móvel desconforme com as posturas municipais, erigida antes da concessão da licença correspondente.

AI 769177 AGR / SP

Embargos administrativos ignorados. Impossibilidade de adequá-la à distância mínima legal de residências sem a demolição. Competência federal para serviços de telecomunicações que não interfere com a competência exclusiva do Município para dispor sobre uso e ocupação do solo municipal. Normas urbanísticas por natureza indisponíveis por dizerem respeito ao interesse de toda a coletividade. Demolição necessária para o restabelecimento da ordem legal, com possibilidade de nova edificação no mesmo local, porém em consonância com as posturas municipais. Prejuízo exclusivo da empresa que teimou em promover a obra antes da licença municipal e em ignorar os embargos administrativos. Responsabilidade extensiva ao dono do terreno, que embora por contrato, permitiu a obra irregular. Provido o recurso adesivo do Município quanto a este último aspecto e não provido o recurso da requerida TIM'. (fl. 298)

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea 'a', da Constituição Federal, sustenta-se, em preliminar, a repercussão geral da matéria deduzida no recurso. No mérito, aponta-se violação aos arts. 21, XI; 22, IV; 24, I, VI, XII e XIII, e parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º; e 30, I, II e VIII, todos do texto constitucional.

Alega-se que a Lei Complementar Municipal 1.246/2001, ao estabelecer critérios técnicos para a instalação de sistemas transmissores, '*representa verdadeiro impedimento a regular expansão e instalação das redes de estações transmissoras, colocando em risco a própria prestação do serviço público no Município de Ribeirão Preto*'. (fl. 323)

Afirma-se que a União é o único ente federado autorizado a legislar sobre telecomunicações, razão pela qual sustenta ser inconstitucional a fixação de restrição

AI 769177 AGR / SP

técnica por meio de norma municipal.

Sustenta-se que 'sendo de competência privativa da União legislar sobre telecomunicações, conforme dispõe o art. 22, IV, da Constituição Federal, as normas por ela editadas, logicamente, serão obrigatórias em todo o país e não poderão ser dispensadas ou agravadas por disposição estaduais ou municipais' (fl. 326), de forma que 'a legislação urbanística do Município não poderá trazer consigo violação daquilo que resulta de lei federal ou estadual legitimamente válida' (fl. 326).

Em síntese, aduz-se que:

'(...) conquanto não haja dúvidas acerca da necessidade da instalação das estações rádio-base se sujeitarem às disposições urbanísticas municipais, inexistente dúvida também quanto ao fato de que ditas normas do Município deverão atender a parâmetros de razoabilidade e jamais poderão ser fonte de impedimento à aplicação de normas regulamentares editadas nas órbitas federal ou estadual, assim como menos ainda poderão se constituir em obstáculo intransponível à produção de efeitos de atos regularmente expedidos naquelas mesmas esferas de Poder'. (fl. 328)

Requer-se, assim, seja declarada inconstitucional a Lei Complementar Municipal 1.246/2001, por afronta aos arts. 21, XI; 22, IV; 24, I, VI, XII e XIII, e parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º; e 30, I, II e VIII, todos do texto constitucional.

Decido.

A irresignação não merece prosperar.

Isso porque o Município é ente competente para editar leis que imponham limitações administrativas ao direito de construir em face da existência de política de desenvolvimento urbano a ser executada em seu território.

É dizer, insere-se no âmbito da competência legislativa municipal a adequação de seu ordenamento territorial, mediante o planejamento e o controle do uso e

AI 769177 AGR / SP

ocupação do solo urbano.

Nesse sentido, confira-se o RE 178.836, Rel. Min. **Carlos Velloso**, Segunda Turma, DJ 20.8.1999:

‘CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DIREITO DE CONSTRUIR. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. I. - O direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade: C.F., art. 5º, XXII e XXIII. Inocorrência de direito adquirido: no caso, quando foi requerido o alvará de construção, já existia a lei que impedia o tipo de imóvel no local. II. - Inocorrência de ofensa aos §§ 1º e 2º do art. 182, C.F. III. - Inocorrência de ofensa ao princípio isonômico, mesmo porque o seu exame, no caso, demandaria a comprovação de questões, o que não ocorreu. Ademais, o fato de ter sido construído no local um prédio em desacordo com a lei municipal não confere ao recorrente o direito de, também ele, infringir a citada lei. IV – RE não conhecido’.

Colhem-se dos autos, ainda, as seguintes razões de decidir do acórdão recorrido:

‘De fato, em cumprimento do determinado pela Lei Municipal n. 3.66879 (sic), em 18 de março de 2002, a Ré protocolou na Prefeitura projeto de construção (fls. 64), sendo que, deveria aguardar pelo prazo máximo de sessenta dias manifestação da Municipalidade a respeito da aprovação ou não da obra pretendida.

Porém, no dia seguinte ao mencionado, o órgão de fiscalização constatou a construção clandestina efetuada no local por preposto da Ré, tendo sido apontado (sic) quatro itens que já estavam sendo realizados (fls. 10/11), o que gerou o auto de infração e embargo administrativo da construção que se realizava (fls. 11/15).

AI 769177 AGR / SP

(...) Não bastasse isso, a perícia constatou de forma irretorquível e inatacada que a construção efetuada desrespeitava as restrições impostas pela Lei Municipal n. 1.246/2001, tanto no artigo 10 como no artigo 14 dessa referida Lei (fls. 189/205).

(...)

A despeito de toda a argumentação formulada no recurso, não há como compatibilizar a obra, distante 20,85 metros, com a distância mínima legal de trinta metro de residências, embora seja possível adequá-la, nos fundos, com o recuo mínimo de quatro metros em relação à área vizinha, que pertence ao locador da área para a construção efetuada pela ré, com a extensão da locação de modo a atingir o referido recuo mínimo.

Desse modo, não cabendo transigir com as normas de ordenação urbana, por natureza indisponíveis porque interessam a toda a coletividade, a retirada da obra constitui a forma única de restabelecer a ordem legal, o que não afasta a possibilidade de ser novamente erigida nesse mesmo local, porém em conformidade com as posturas municipais, a prejuízo exclusivo da autora, que teimou em promover a obra antes da licença municipal e em ignorar os embargos administrativos'. (fl. 299-301)

Dessa forma, o entendimento adotado pelo Tribunal de origem ajusta-se à jurisprudência desta Corte, segundo a qual a faculdade de construir, enquanto forma de manifestação do direito de propriedade, depende do prévio ajustamento a pedido de licença com observância das regras vigentes na data de sua expedição.

No caso, conforme assentou o aresto recorrido, a recorrente iniciou a construção sem obter, anteriormente, o deferimento da licença para construção, além de estar em desacordo com as disposições legais aplicáveis.

Leia-se, a propósito disto, o RE 212.780, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 25.6.1999, cuja ementa

AI 769177 AGR / SP

transcrevo a seguir:

‘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 se manifesta validamente diante da 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 n. 3.046/81, disciplinador do uso do solo, na área do loteamento. Recurso conhecido e provido’.

Portanto, não viola o texto constitucional a edição de norma municipal que diga respeito a edificações e construções no âmbito de seu território.

Nesse sentido, confira-se o AI-AgR 491.420, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 24.3.2009, a seguir ementado:

‘1. RECURSO. Agravo de instrumento. Inadmissibilidade. Peça obrigatória. Procuração

AI 769177 AGR / SP

outorgada ao advogada da parte agravada. Ausência. Não configuração. Conhecimento do agravo. Deve conhecido agravo, quando lhe não falte peça à instrução, sem que isso implique consistência do recurso extraordinário.

2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Competência legislativa. Município. Edificações. Bancos. Equipamentos de segurança. Portas eletrônicas. Agravo desprovido. Inteligência do art. 30, I, e 192, I, da CF. Precedentes. Os Municípios são competentes para legislar sobre questões que respeite a edificações ou construções realizadas no seu território, assim como sobre assuntos relacionados à exigência de equipamentos de segurança, em imóveis destinados a atendimento ao público’.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (arts. 21, § 1º, do RISTF e 557, *caput*, do CPC).

Registre-se que essa decisão foi confirmada pela Segunda Turma desta Corte, no julgamento do RE nº 746.356/SP-AgR (DJe de 10/6/13). O acórdão desse referido julgado restou assim ementado:

‘Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito de construir. Limitações administrativas. Adequação ao ordenamento territorial municipal. Planejamento e controle do uso e ocupação do solo urbano. Competência municipal. Precedente. 3. Construção. Manifestação do direito de propriedade que não prescinde de licença para construir. Não observância das regras aplicáveis. Ausência da faculdade de construir. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento’.

AI 769177 AGR / SP

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.
Publique-se”.

Alega a parte agravante que teriam sido violados os arts. 5º, incisos XXII e XXIII; 21, inciso XI; 22, inciso IV, 30, inciso VIII; e 170, incisos II e III, da Constituição Federal, assim como o princípio da legalidade.

Aduz, **in verbis**, que

“(…) a intervenção irrestrita do Município de São José acabou por ferir o princípio federativo, uma vez que a norma municipal invadiu seara de competência federal.

É forçoso reconhecer que o município não pode estabelecer parâmetros conflitantes com as normas federais, ou que partam da premissa de que o serviço de telecomunicações, tal como disciplinado pela União, não pode ser prestado no âmbito do seu território.

(…)

(…) a referida norma municipal (DECRETO), sob pretexto de se estabelecer adequada ordenação urbanística, da saúde e ambiental, interfere frontalmente nos artigos 21, XI e 22, IV da Constituição Federal, bem como, em determinados pontos na própria Lei 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações e também da Lei 11.934/09.

(…)

A competência legislativa do Município, portanto, estava adstrita à autorização (alvará) para a construção e não para permitir o funcionamento de antenas retransmissora de telefonia celular, permissão esse que somente pode ser dada pela ANATEL, nos termos da LGT, esta, por sua vez, fincada no dispositivo constitucional que confere competência privativa à União para legislar sobre telecomunicações. (cf. Constituição, art., 22, IV).

(…)

Não há obra clandestina nenhuma.

A única obra executada e que reclamava licença para a sua realização, obteve essa licença com a concessão do competente

AI 769177 AGR / SP

alvará.

(...)

(...) não se está discutindo sobre o uso e ocupação do solo em relação a SEIS das antenas instaladas em prédios já existentes, nada influenciando a instalação das antenas em uso ou ocupação do solo. E, a única antena para cuja instalação foi construída uma torre, teve a construção desta autorizada por alvará.

(...)

Se considerarmos a referida norma (tal como arguido pela defesa do agravado) como sendo de zoneamento e controle de uso e ocupação do solo, teremos manifesto vício de competência do Poder Executivo na prolação do preceito. Para regulamentar essas matérias *é certo que o meio adequado é a edição de lei e não por simples decreto*, tal a restrição que suas disposições pode gerar na sociedade”.

É o relatório.

18/02/2014

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 769.177 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Não merece prosperar a irresignação.

Anote-se, inicialmente, que as supostas violações do princípio da legalidade e dos arts. 5º, incisos XXII e XXIII, 21, inciso XI; 22, inciso IV; e 170, incisos II e III, da Constituição Federal, apontadas no recurso extraordinário, carecem do necessário prequestionamento, sendo certo que os acórdãos proferidos pelo Tribunal de origem não cuidaram dos referidos preceitos. Ressalte-se, também, que a discussão sobre eventuais inconstitucionalidades dos enunciados normativos utilizados para o julgamento pelo Tribunal de origem não foram objeto dos embargos de declaração opostos pela parte recorrente. Portanto, era mesmo o caso de se aplicar as Súmulas nºs 282 e 356/STF.

É certo que, no recurso extraordinário, para se considerar que houve prequestionamento, não se exige que o acórdão recorrido tenha tratado explicitamente dos dispositivos constitucionais invocados pela parte recorrente. É necessário, porém, que o referido acórdão tenha versado inequivocamente sobre a matéria constitucional abordada, o que não ocorreu no caso em tela.

Ressalte-se, outrossim, que a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, se a ofensa à Constituição surgir com a prolação do acórdão recorrido, é necessário que sejam opostos embargos de declaração que permitam ao Tribunal de origem apreciar o ponto sob o ângulo constitucional, o que não veio a ocorrer na hipótese dos autos. Sobre o tema, anote-se:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS DE
DECISÃO MONOCRÁTICA. CONVERSÃO EM AGRAVO
REGIMENTAL. INOCORRÊNCIA DE
PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.
AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS

AI 769177 AGR / SP

FUNDAMENTOS SUFICIENTES DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 283 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I – Inocorrência de prequestionamento das questões constitucionais suscitadas. Incidência da Súmula 282 do STF. Ademais, não opostos embargos declaratórios para suprir a omissão, é inviável o recurso, a teor da Súmula 356 desta Corte. II – Ausência de impugnação de todos os fundamentos suficientes da decisão agravada. Incidência da Súmula 283 do STF. III – Agravo regimental improvido” (RE nº 607.071/DF-ED, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 1º/7/11).

“Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Alegação de ofensa ao art. 5º, LXIX e 97, da Carta Magna. Ausência de prequestionamento. Caso a violação à Constituição surja no julgamento do acórdão recorrido, torna-se indispensável à oposição dos embargos de declaração. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE nº 411.859/AL-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJ de 3/3/06).

Por outro lado, conforme expresso na decisão agravada, assentou o Supremo Tribunal Federal que a Constituição da República confere aos Municípios competência para legislar sobre o ordenamento de seu território e que essa prerrogativa constitucional não viola o direito de propriedade ou os princípios que regulam o mercado, como o da livre concorrência e o da livre iniciativa. Nesse sentido, os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. INTERESSE LOCAL. ORDENAMENTO TERRITORIAL. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE nº 582.859/RS-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 21/10/13).

“1. RECURSO. Agravo de instrumento. Inadmissibilidade.

AI 769177 AGR / SP

Peça obrigatória. Procuração outorgada ao advogada da parte agravada. Ausência. Não configuração. Conhecimento do agravo. Deve conhecido agravo, quando lhe não falte peça à instrução, sem que isso implique consistência do recurso extraordinário. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Competência legislativa. Município. Edificações. Bancos. Equipamentos de segurança. Portas eletrônicas. Agravo desprovido. Inteligência do art. 30, I, e 192, I, da CF. Precedentes. Os Municípios são competentes para legislar sobre questões que respeite a edificações ou construções realizadas no seu território, assim como sobre assuntos relacionados à exigência de equipamentos de segurança, em imóveis destinados a atendimento ao público” (AI nº 491.420/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, DJ de 24/3/06).

“CONSTITUCIONAL. BANCOS: PORTAS ELETRÔNICAS: COMPETÊNCIA MUNICIPAL. C.F., art. 30, I, art. 192. I. - Competência municipal para legislar sobre questões que digam respeito a edificações ou construções realizadas no município: exigência, em tais edificações, de certos componentes. Numa outra perspectiva, exigência de equipamentos de segurança, em imóveis destinados ao atendimento do público, para segurança das pessoas. C.F., art. 30, I. II. - R.E. conhecido, em parte, mas improvido” (RE nº 240.406/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 27/2/04).

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DIREITO DE CONSTRUIR. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. I. - O direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade: C.F., art. 5º, XXII e XXIII. Inocorrência de direito adquirido: no caso, quando foi requerido o alvará de construção, já existia a lei que impedia o tipo de imóvel no local. II. - Inocorrência de ofensa aos §§ 1º e 2º do art. 182, C.F. III. - Inocorrência de ofensa ao princípio

AI 769177 AGR / SP

isonômico, mesmo porque o seu exame, no caso, demandaria a comprovação de questões, o que não ocorreu. Ademais, o fato de ter sido construído no local um prédio em desacordo com a lei municipal não confere ao recorrente o direito de, também ele, infringir a citada lei. IV. - R.E. não conhecido” (RE nº 178.836/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 20/8/99).

“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” (RE nº 212.780/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ilmar Galvão**, DJ de 25/6/99).

De resto, colhe-se do voto condutor do acórdão recorrido:

“É impositivo manter a r. sentença, pois a petição inicial trouxe dois fundamentos para o pedido: inexistir licença para a construção, de que resultaram autuação e intimação da ré, e

AI 769177 AGR / SP

haver descompasso com a legislação municipal, que dispõe sobre a ordenação do território e controle do parcelamento, do uso e da ocupação do solo no município de São José dos Campos, bem como aos decretos regulamentadores da instalação e funcionamento de antenas emisoras de radiação eletromagnética naquele município.

O certo é não ter havido autorização da municipalidade para que a ré construísse a tal estação, circunstância que toma a obra clandestina, irregular.

Não é caso de se perquirir sobre serviço de telecomunicações, a envolver interesse da União, mas apenas de singela situação em que se constatou como irregular a construção, verdadeira obra clandestina porque feita fora da ordem municipal, pois não houve licença para que ela fosse realizada.

Então, pouco importa a destinação da obra, se ela não foi autorizada pela Prefeitura Municipal.

(...)

É fundamentação também para afastar qualquer argumento sobre ser da União a *competência* para regulamentar e legislar sobre o tema, pois não se cuida de regular ou regulamentar serviço de telecomunicação, mas sim construção não autorizada .

A autora não autorizou a obra e, ao contrário, ficou provado ter sido feita sem sua licença, a resultar na clandestinidade da construção, motivo por que, pelo meu voto, entendo não merecer reforma a r. sentença, diante também de seus próprios fundamentos, os quais, registro, bem examinaram a questão controvertida”.

Destarte, para divergir desse entendimento e acolher a tese da agravante de que o decreto municipal que criou limitações ao direito de construir estaria em desacordo com a Lei Federal nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações) e que ela não teria dado início à obra irregular, seria necessário analisar a mencionada legislação infraconstitucional e reexaminar os fatos e as provas dos autos, o que não é admissível em sede

AI 769177 AGR / SP

de recurso extraordinário. Incide ao caso, portanto, o óbice da Súmula nº 279/STF.

Por derradeiro, há que se salientar que a circunstância de competir à Agência Nacional de Telecomunicações a fiscalização do serviço de comunicação não dispensa a observância das posturas municipais pelas concessionárias da União, como se depreende dos debates colhidos no julgamento do RE nº 581.947, Rel. Ministro **Eros Grau**, Plenário, DJe 27/8/10.

Ante o exposto, voto pelo não provimento do agravo regimental.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 769.177

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) : CLARO S/A

ADV.(A/S) : JOSÉ CARLOS TANNURI VELLOSO E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 18.2.2014.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma