

Supremo Tribunal Federal

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 06.11.2006
EMENTÁRIO Nº 2 2 5 4 - 4

03/10/2006

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 364.304-5 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
 AGRAVANTE(S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
 ADVOGADO(A/S) : JOSÉ EDUARDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE
 AGRAVADO(A/S) : LINO RAMOS CUNDINES
 ADVOGADO(A/S) : RÔMULO CAVALCANTE MOTA E OUTRO(A/S)

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário 2. IPTU. Município do Rio de Janeiro. Pretensão de declaração de não-recepção com efeitos meramente prospectivos. Impossibilidade. Não demonstração da repercussão econômica, da gravíssima lesão à ordem pública ou à segurança jurídica ou da violação a qualquer outro princípio constitucional relevante para o caso. 3. Norma pré-constitucional. Não-recepção. Efeitos retroativos à data da promulgação da Constituição. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator.

Brasília, 03 de outubro de 2006.

MINISTRO GILMAR MENDES - RELATOR

Supremo Tribunal Federal

03/10/2006

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 364.304-5 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
AGRAVANTE(S) : **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**
ADVOGADO(A/S) : **JOSÉ EDUARDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE**
AGRAVADO(A/S) : **LINO RAMOS CUNDINES**
ADVOGADO(A/S) : **RÔMULO CAVALCANTE MOTA E OUTRO(A/S)**

R E L A T Ó R I O**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):**

Ao apreciar o RE 364.304, proferi a seguinte decisão (fls. 541/542):

"DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, 'a', da Constituição Federal, contra acórdão que decidiu pela inconstitucionalidade da alíquota progressiva do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, bem como pela ilegalidade da cobrança das taxas de coleta de lixo e limpeza urbana e de iluminação pública instituídas pelo Município do Rio de Janeiro.

Com relação às taxas de conservação e limpeza de rua, a jurisprudência deste Tribunal firmou orientação no sentido da sua inconstitucionalidade, por possuírem base de cálculo própria de imposto (ofensa ao § 2º do artigo 145 da Constituição Federal) e por não serem divisíveis os serviços públicos que elas pretendem custear (ofensa ao inciso II do mesmo artigo 145), v.g., o RE 196.550/RJ, 2ª T., Rel. Maurício Corrêa, DJ 26.03.1999; o RE 206.777/SP, Pleno, Rel. Ilmar Galvão, DJ 30.04.1999.

Nesse sentido, decidiram monocraticamente: RE 357651/MG, Rel. Carlos Velloso, 2ª T., DJ 25.11.2002; RE 278549/RJ, Rel. Ilmar Galvão, 1ª T., DJ 19.09.2001; RE 219.520/RJ, Rel. Maurício Corrêa, 2ª T., DJ 12.02.2001; RE 351435/MG, Rel. Ellen Gracie, 1ª T., DJ 18.11.2002.

No que concerne à taxa de iluminação pública o Plenário desta Corte, ao julgar o RE 233.332, Rel.

RE 364.304-Agr / RJ *Supremo Tribunal Federal*

Ilmar Galvão, DJ 14.05.99, decidiu que esta não pode ser remunerada mediante taxa, pois não configura serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

É relevante notar que a discussão é anterior à Emenda Constitucional n° 39, de 19 de dezembro de 2002 (art. 149-A da Constituição Federal), que possibilitou a instituição de contribuição para custeio do serviço de iluminação pública nos Municípios e no Distrito Federal.

No que diz respeito à alíquota progressiva do IPTU, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.° 153.771, Redator para o acórdão Moreira Alves, DJ 05.09.97, decidiu que "é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1°, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2° e 4° do artigo 182, ambos da Constituição Federal". No mesmo sentido, v.g., o RE 204.827, Rel. Ilmar Galvão, DJ 25.04.97.

Ressalta-se, também, que a discussão é anterior à Emenda Constitucional 29, de 13 de setembro de 2000, que conferiu nova redação ao § 1° do art. 156 do texto constitucional, o qual possibilitou a progressividade do IPTU em razão do valor do imóvel.

Assim, nego seguimento ao recurso (art. 557, caput, do CPC)."

O agravante, Município do Rio de Janeiro, interpôs, por fax, o agravo regimental de fls. 545-549, e apresentou o original dentro do prazo estipulado pela Lei n° 9.800, de 26 de maio de 1999, (fls. 551-555), no qual sustenta:

"Nessa esteira de consideração do tema, urge destacar que pendiam de decisão nessa Excelsa Corte os **Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n° 256.588-RJ**, sendo a Min. Ellen Gracie a relatora dos embargos, sendo os mesmos recentemente providos por essa Corte (19/03/03).

E em assim ocorrendo, não se pode deixar de mencionar o voto de S. Exa., Relator deste Recurso Extraordinário, o Min. **GILMAR MENDES** que mandava aplicar efeitos **ex nunc** à questão da referida Taxa, haja vista à sua final declaração de inconstitucionalidade.

RE 364.304-AgR / RJ *Supremo Tribunal Federal*

E para evitar que possa parecer conduta não revestida de **plausibilidade**, impende ressaltar que essa Corte vem sobrestando julgados, cujo teor é semelhante ao dos presentes autos, onde se discute a inconstitucionalidade da legislação tributária municipal (relativamente ao IPTU e Taxas de serviço).

[...]

Por fim, **em relação à espécie tributária taxa**, existe ainda outro argumento apto a ensejar a atribuição de eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, que é decorrência da própria natureza deste tributo. Isso porque em se tratando de taxas, **o serviço foi efetivamente prestado ao contribuinte, que foi beneficiado por esta prestação.**"

É o relatório.

*Supremo Tribunal Federal***AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 364.304-5 RIO DE JANEIRO****V O T O**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):

Ressalte-se, que o agravante recorre tão somente no que concerne ao pedido de que a declaração de invalidade da norma municipal tenha efeitos *ex nunc*, o que levaria à improcedência do pedido de repetição do indébito.

Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou o art. 67 da Lei Municipal nº 691, de 1984, que estabelecia a cobrança do IPTU progressivo no Município do Rio de Janeiro, (v.g., o RE 248.892, 2ª T., Rel. Maurício Corrêa, DJ de 31.03.00; e o RE 265.907, 1ª T., rel. Ilmar Galvão, DJ de 07.12.00).

No tocante aos efeitos e ao alcance do entendimento do Supremo, a 2ª Turma desta Corte, quando do julgamento do AgrRE 395.902, relatado por Celso de Mello, decidiu que o caso seria de não recepção de norma pré-constitucional, e que conseqüentemente não se aplicaria a regra do art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Naquela ocasião, determinou-se que "(...) **Inaplicabilidade**, ao caso em exame, **da técnica de modulação dos efeitos**, por tratar-se de diploma legislativo, que editado em 1984, **não foi recepcionado**, no ponto **concernente** à norma questionada, **pelo vigente** ordenamento constitucional". (grifos e ênfases no original).

Acompanho Celso de Mello, porém quero deixar consignado que, no meu entender, a técnica de modulação dos efeitos pode ser aplicada em âmbito de não recepção.

O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual "*the unconstitutional statute is not law at all*", significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre *inconstitucionalidade* e *nulidade*. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição.

RE 364.304-AgR / RJ *Supremo Tribunal Federal*

Razões de segurança jurídica podem revelar-se, no entanto, aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional.

Não há negar, ademais, que aceita a idéia da situação "ainda constitucional", deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o "apelo ao legislador" e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão intimamente ligados.

Afinal, como admitir, para ficarmos no exemplo de Walter Jellinek, a declaração de inconstitucionalidade total com efeitos retroativos de uma lei eleitoral tempos depois da posse dos novos eleitos em um dado Estado? Nesse caso, adota-se a teoria da nulidade e declara-se inconstitucional e *ipso jure* a lei, com todas as conseqüências, ainda que dentre elas esteja a eventual acefalia do Estado?

Questões semelhantes podem ser suscitadas em torno da inconstitucionalidade de normas orçamentárias. Há de se admitir, também aqui, a aplicação da teoria da nulidade *tout court*? Dúvida semelhante poderia suscitar o pedido de inconstitucionalidade, formulado anos após a promulgação da lei de organização judiciária que instituiu um número elevado de comarcas, como já se verificou entre nós.¹ Ou, ainda, o caso de declaração de inconstitucionalidade de regime de servidores aplicado por anos sem contestação.

Essas questões - e haveria outras igualmente relevantes - parecem suficientes para demonstrar que, sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações.

Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

¹ Cf., RE nº 104.393/GO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 24.05.85.

RE 364.304-Agr / RJ *Supremo Tribunal Federal*

Configurado eventual conflito entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em processo de complexa ponderação.

O princípio da nulidade continua a ser a regra também. O afastamento de sua incidência dependerá de severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante. Assim, aqui, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.

No caso presente, não se cuida de inconstitucionalidade originária decorrente do confronto entre a Constituição e norma superveniente, mas de contraste entre lei anterior e norma constitucional posterior, circunstância que a jurisprudência do STF classifica como de não recepção. É o que possibilita que se indague se poderia haver modulação de efeitos também na declaração de não recepção, por parte do STF.

Transita-se no terreno de situações imperfeitas e da "lei ainda constitucional", com fundamento na segurança jurídica.

Em decisão de 23 de março de 1994, teve o Supremo Tribunal Federal oportunidade de ampliar a já complexa tessitura das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, admitindo que lei que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados.²

Assim, o Relator, Sydney Sanches, ressaltou que a inconstitucionalidade do § 5.º do art. 5.º da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 8 de novembro de 1989, não haveria de ser reconhecida, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, "ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível da organização do respectivo Ministério Público".

Da mesma forma pronunciou-se Moreira Alves, como se pode depreender da seguinte passagem de seu voto:

"A única justificativa que encontro para esse

² HC 70.514, julgamento em 23-3-1994.

RE 364.304-Agr / RJ *Supremo Tribunal Federal*

tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público.

Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais.

Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar".

Afigura-se, igualmente, relevante destacar o voto de Sepúlveda Pertence, que assim feriu a questão:

"No Habeas Corpus 67.930, quando o Tribunal afirmou a subsistência, sob a Constituição de 88, da legitimação de qualquer do povo, independentemente de qualificação profissional e capacidade postulatória, para a impetração de habeas corpus, tive oportunidade de realçar essa situação de fato da Defensoria Pública.

E, por isso, ao acompanhar o eminente Relator acentuei que, dada essa pobreza dos serviços da Assistência Judiciária, e até que ela venha a ser superada, a afirmação da indispensabilidade do advogado, para requerer habeas corpus, que seria o ideal, viria, na verdade, a ser um entrave de fato, à salvaguarda imediata da liberdade.

Agora, em situação inversa, também esse mesmo estado de fato me leva, na linha dos votos até aqui proferidos, com exceção do voto do Ministro Marco Aurélio - a quem peço vênia -, a acompanhar o eminente Relator e rejeitar a prejudicial de inconstitucionalidade rebus sic stantibus".³

Ressalvou-se, portanto, de forma expressa, a possibilidade

³ HC 70.514, Relator: Ministro Sydney Sanches, DJ 27.06.97.

RE 364.304-Agr / RJ *Supremo Tribunal Federal*

de que o Tribunal pudesse vir a declarar a inconstitucionalidade da disposição em apreço, uma vez de que a afirmação sobre a legitimidade da norma assentava-se em circunstância de fato que se modifica no tempo.

Posteriormente, no Recurso Extraordinário Criminal nº 147.776, da relatoria de Sepúlveda Pertence, o tema voltou a ser agitado de forma pertinente. A ementa do acórdão revela, por si só, o significado da decisão para atual evolução das técnicas de controle de constitucionalidade:

"Ministério Público: Legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135.328): processo de inconstitucionalização das leis.

1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da constituição – ainda quanto teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68, C. Pr. Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado –, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68, C. Pr. Pen. Será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328".⁴

Como mencionado, fica evidente o expressivo passo dado pelo Supremo Tribunal com relação à flexibilização das técnicas de

⁴ REcrim 147.776-8, Rel Min. Sepúlveda Pertence, Lex-JSTF, 238, p. 390. ^

RE 364.304-Agr / RJ *Supremo Tribunal Federal*

decisão no juízo de controle de constitucionalidade, ao reconhecer um estado insuficiente para justificar a declaração de ilegitimidade da lei ou bastante para justificar a sua aplicação provisória.

É inegável que a opção desenvolvida pelo Supremo Tribunal inspira-se diretamente no uso que a Corte Constitucional alemã faz do "apelo ao legislador", especialmente nas situações imperfeitas ou no "processo de inconstitucionalização". Nessas hipóteses, avalia-se, igualmente, que, tendo em vista razões de segurança jurídica, a supressão da norma poderá ser mais danosa para o sistema do que a sua aplicação temporária.

Não há negar, ademais, que aceita a idéia da situação "ainda constitucional", deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento, fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o "apelo ao legislador" e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão intimamente ligados.

Assim, razões de segurança jurídica podem revelar-se, igualmente, aptas a justificar a adoção da modulação de efeitos também em sede de declaração de não-recepção da lei pré-constitucional pela norma constitucional superveniente. Mas não as vejo no caso presente, e adiante justifico.

Entendo que o alcance no tempo de decisão judicial determinante de não recepção de direito pré-constitucional pode ser objeto de discussão. E os precedentes citados comprovam a assertiva.

Como demonstrado, há possibilidade de se modularem os efeitos da não-recepção de norma pela Constituição de 1988, conquanto que juízo de ponderação justifique o uso de tal recurso de hermenêutica constitucional.

Não obstante, não vislumbro justificativa que ampare a pretensão do recorrente, do ponto de vista substancial, e no caso presente, bem entendido. Na discussão travada nos autos, apontou-se a não recepção de norma tributária, que suscitou lançamento e cobrança de exação, indevidamente exigida.

Alguns elementos fáticos devem informar a decisão. Entendo que a arguição deduzida pelo agravante se fez a destempo. É que o interessado poderia ter manejado embargos de declaração, quando do julgamento originário em 18 de novembro de 2003, postulando a modulação agora pretendida. E não o fez.

RE 364.304-Agr / RJ *Supremo Tribunal Federal*

Não há indicação objetiva de repercussão financeira eventualmente sofrida pela municipalidade. O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é de 18 de novembro de 2003. O recurso extraordinário foi protocolado em 18 de maio de 2004. O agravo foi protocolado pelo interessado por volta de 1º de setembro do mesmo ano de 2004; é de se presumir que a distância temporal não qualifica aspecto fático que justifique modulação dos efeitos de não recepção, como pretendido pelo agravante.

E o que é mais importante, as decisões do STF contrárias à forma como o Município do Rio de Janeiro lançava e cobrava o IPTU são de 31 de março e de 7 de dezembro de 2000 (RR EE 248.892 e 265.907).

Portanto, não outorgo efeitos meramente prospectivos à referida não-recepção, porque não tenho como demonstrada a repercussão econômica, a gravíssima lesão à ordem pública ou à segurança jurídica, bem como a qualquer outro princípio constitucional relevante para o caso.

Reitero, porém, que diferentemente do que restou assentado pelo eminente Ministro Relator Celso de Mello, no AgrRE 395902, o meu entendimento no sentido da plena compatibilidade técnica para modulação de efeitos com a declaração de não recepção de direito ordinário pré-constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, nego provimento ao agravo regimental.

MGM/vbb

SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 364.304-5**

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

AGTE.(S): MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S): JOSÉ EDUARDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE

AGDO.(A/S): LINO RAMOS CUNDINES

ADV.(A/S): RÔMULO CAVALCANTE MOTA E OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma, por votação unânime, **negou** provimento ao recurso de agravo, **nos termos** do voto do Relator. **2ª Turma**, 03.10.2006.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Verônica Cureau.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador