

**COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 06.11.2006
EMENTÁRIO Nº 2 2 5 4 - 6**

12/09/2006

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 582.280-3 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
AGRAVANTE(S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO(A/S) : HERALDO MOTA PACCA
AGRAVADO(A/S) : OLIVIER CHARLES MATHIEUX
ADVOGADO(A/S) : LAURO LUIZ STUDART LEÃO E OUTRO(A/S)

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ - PLEITO RECURSAL **QUE BUSCA A APLICAÇÃO**, NO CASO, **DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - IMPOSSIBILIDADE**, PELO FATO DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **NÃO HAVER PROFERIDO DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PERTINENTE AO ATO ESTATAL QUESTIONADO - JULGAMENTO DA SUPREMA CORTE QUE SE LIMITOU A FORMULAR, NA ESPÉCIE, MERO JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO - NÃO-RECEPÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE: NOÇÕES CONCEITUAIS QUE NÃO SE CONFUNDEM - RECURSO IMPROVIDO.**

1. **CONSIDERAÇÕES SOBRE O VALOR DO ATO INCONSTITUCIONAL - OS DIVERSOS GRAUS DE INVALIDADE DO ATO EM CONFLITO COM A CONSTITUIÇÃO: ATO INEXISTENTE? ATO NULO? ATO ANULÁVEL (COM EFICÁCIA "EX TUNC" OU COM EFICÁCIA "EX NUNC")? - FORMULAÇÕES TEÓRICAS - O "STATUS QUAESTIONIS" NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

2. **MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: TÉCNICA INAPLICÁVEL QUANDO SE TRATAR DE JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO DE ATOS PRÉ-CONSTITUCIONAIS.**

- **A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia "ex tunc" (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.**

- **O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA (Pleno).**



[Handwritten signature]

AI 582.280-AgR / RJ

- Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes.

- A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade.

- Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da 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.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Brasília, 12 de setembro de 2006.



CELSON DE MELLO - PRESIDENTE E RELATOR

12/09/2006

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 582.280-3 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
AGRAVANTE(S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO(A/S) : HERALDO MOTA PACCA
AGRAVADO(A/S) : OLIVIER CHARLES MATHIEUX
ADVOGADO(A/S) : LAURO LUIZ STUDART LEÃO E OUTRO(A/S)

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): A decisão por mim proferida a fls. 112/114 **negou provimento** ao agravo de instrumento deduzido pelo Município do Rio de Janeiro, **apoiando-se**, para tanto, (a) **na Súmula 668/STF** (impossibilidade constitucional de instituição, **antes** da EC nº 29/2000, de alíquotas progressivas para o IPTU), (b) **na inconstitucionalidade** da remuneração do serviço de iluminação pública **mediante** taxa (Súmula 670/STF) e, ainda, (c) **na inviabilidade** da criação e cobrança da taxa de coleta de lixo e limpeza pública.

Cabe-me assinalar que o ato decisório em questão **tem por suporte legitimador** inúmeros precedentes **firmados** pela jurisprudência desta Corte.

O Município do Rio de Janeiro/RJ, no entanto, **inconformado** com essa decisão, interpôs recurso de agravo **mediante**



AI 582.280-AgR / RJ

"fax" (fls. 117/127), a que se seguiu o encaminhamento, a este Tribunal, dos respectivos originais (fls. 129/139).

Sendo esse o contexto, submeto, à apreciação desta Colenda Turma, o presente recurso de agravo.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'O' followed by a series of loops and a long horizontal stroke extending to the right.

AI 582.280-AgR / RJ

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Não assiste razão ao Município do Rio de Janeiro/RJ, eis que se revela inviável o pleito por ele deduzido, que objetiva sejam conferidos efeitos "ex nunc" à declaração de inconstitucionalidade que teria resultado - segundo sustenta - do acórdão confirmado nesta sede recursal.

O exame da postulação recursal em questão impõe algumas considerações prévias que se mostram essenciais à exata compreensão do tema - modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade - que o Município do Rio de Janeiro/RJ suscitou nesta sede processual.

Sabemos - como tive o ensejo de salientar em decisão proferida na ADI 2.215-MC/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 224/2001) - que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental.

Essa posição de eminência da Lei Fundamental - que tem o condão de desqualificar, no plano jurídico, o ato em situação de



AI 582.280-AgR / RJ

conflito hierárquico com o texto da Constituição - estimula reflexões teóricas em torno da natureza do ato inconstitucional, daí decorrendo a possibilidade de reconhecimento, ou da inexistência, ou da nullidade, ou da anulabilidade (com eficácia "ex nunc" ou com eficácia "ex tunc"), ou, ainda, da ineficácia do comportamento estatal incompatível com a Constituição.

Tal diversidade de opiniões, Senhores Ministros, nada mais reflete senão visões doutrinárias que identificam, no desvalor do ato inconstitucional, "vários graus de invalidade" (MARCELO REBELO DE SOUSA, "O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional", vol. I/77, 1988, Lisboa).

As várias concepções teóricas existentes sobre o tema - como destaca autorizado magistério doutrinário (CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, "Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos", "in" Revista Forense, vol. 335/17-44; MARCELO NEVES, "Teoria da Inconstitucionalidade das Leis", p. 68/85, 1988, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Curso de Direito Constitucional Positivo", p. 54/58, item n. 15, 15ª ed., 1998, Malheiros) - permitem a formulação de teses que buscam definir a real natureza dos atos incompatíveis com o texto da Constituição, qualificando-os, em função de abordagens diferenciadas, como manifestações estatais tipificadas pela nota da inexistência (FRANCISCO CAMPOS, "Direito



AI 582.280-AgR / RJ

Constitucional", vol. I/430, 1956, Freitas Bastos), ou pelo vício da nulidade (ALEXANDRE DE MORAES, "Direito Constitucional", p. 599/602, 9ª ed., 2001, Atlas; OSWALDO LUIZ PALÚ, "Controle de Constitucionalidade", p. 75/76, 1999, RT), ou, ainda, pelo defeito da anulabilidade (REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI, "Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade", p. 181/183, 2ª ed., 1990, RT; JOÃO LEITÃO DE ABREU, "A Validade da Ordem Jurídica", p. 156/165, item n. 11, 1964, Globo).

Cumpre enfatizar, por necessário, que, não obstante essa pluralidade de visões teóricas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - apoiando-se na doutrina clássica (ALFREDO BUZAID, "Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro", p. 132, item n. 60, 1958, Saraiva; RUY BARBOSA, "Comentários à Constituição Federal Brasileira", vol. IV/135 e 159, coligidos por Homero Pires, 1933, Saraiva; ALEXANDRE DE MORAES, "Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais", p. 270, item n. 6.2.1, 2000, Atlas; ELIVAL DA SILVA RAMOS, "A Inconstitucionalidade das Leis", p. 119 e 245, itens ns. 28 e 56, 1994, Saraiva; OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, "A Teoria das Constituições Rígidas", p. 204/205, 2ª ed., 1980, Bushatsky) - ainda considera revestir-se de nulidade a manifestação do Poder Público em situação de conflito com a Carta Política (RTJ 87/758 - RTJ 89/367 - RTJ 146/461 - RTJ 164/506, 509).



AI 582.280-AgR / RJ

Impõe-se reconhecer, no entanto, que se registra, no magistério jurisprudencial desta Corte, e no que concerne a determinadas situações (como aquelas fundadas na autoridade da coisa julgada ou apoiadas na necessidade de fazer preservar a segurança jurídica, em atenção ao princípio da boa-fé), uma tendência claramente perceptível no sentido de abrandar a rigidez dogmática da tese que proclama a nulidade radical dos atos estatais incompatíveis com o texto da Constituição da República (RTJ 55/744 - RTJ 71/570 - RTJ 82/791, 795):

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO.

Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da Corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade.

Recurso extraordinário provido em parte."

(RE 122.202/MG, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, DJU de 08/04/94 - grifei)

Mostra-se inquestionável, no entanto, a despeito das críticas doutrinárias que lhe têm sido feitas (CELSO RIBEIRO BASTOS, "Comentários à Constituição do Brasil", 4º vol., tomo III/87-89, 1997, Saraiva; CARLOS ALBERTO LÚCIO BITTENCOURT, "O Controle



AI 582.280-AgR / RJ

Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", p. 147, 2ª ed., Ministério da Justiça, 1997, reimpressão fac-similar, v.g.), que o Supremo Tribunal Federal vem adotando posição jurisprudencial, que, ao estender a teoria da nulidade aos atos inconstitucionais, culmina por recusar-lhes qualquer carga de eficácia jurídica.

Embora o "status quaestionis" esteja assim delineado no Supremo Tribunal Federal (ADI 2.215-MC/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 224/2001), não há dúvida de que o relevo dessa matéria impõe novas reflexões sobre o tema (MÁRCIO AUGUSTO DE VASCONCELOS DINIZ, "Controle de Constitucionalidade e Teoria da Recepção", p. 43, 1995, Malheiros; INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, "Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: Uma Questão Política?", "in" RDA 221/47-69, 64-66, item n. 4), especialmente se se tiver em consideração a experiência constitucional de outros países, cujas Leis Fundamentais - como ocorre em Portugal (art. 282, n. 4, na redação dada pela 4ª Revisão/1997), na Espanha (art. 164) e na Itália (art. 136), p. ex. - dispõem sobre a amplitude e o regime jurídico inerentes aos efeitos que resultam da declaração de inconstitucionalidade.

Essa nova percepção do tema, Senhores Ministros, reflete, de certa maneira, nítida influência decorrente da prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal germânico, como



AI 582.280-AgR / RJ

ressalta PAULO BONAVIDES ("Curso de Direito Constitucional", p. 308, item n. 9, 10ª ed., 2000, Malheiros), cujo autorizado magistério sustenta a necessidade de criar-se, no plano do controle de constitucionalidade dos atos estatais, "um espaço de tempo, intermediário, que assegure a sobrevivência provisória da lei declarada incompatível com a Constituição".

É certo que, no sistema normativo brasileiro, com a edição da Lei nº 9.868/99 (art. 27), introduziu-se inovação claramente inspirada nos modelos constitucionais positivados no direito português e no direito alemão.

Impõe-se registrar, no entanto, que o art. 27 da Lei nº 9.868/99 - que introduziu, em nosso sistema de direito positivo, a técnica da manipulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade - é objeto de impugnação em sede de ação direta promovida, respectivamente, perante o Supremo Tribunal Federal, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (ADI 2.154/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 2.258/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), sob a alegação de que a matéria versada em tal preceito normativo está sujeita à reserva de Constituição, não podendo, por isso mesmo, segundo sustentam os autores de referidos processos, ser disciplinada pelo legislador comum.



AI 582.280-AgR / RJ

Cabe observar, por oportuno, consoante acentua o magistério da doutrina (OCTAVIO CAMPOS FISCHER, "Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro", 2004, Renovar, v.g.), que o tema concernente à possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem provocado ampla controvérsia doutrinária.

Existem, de um lado, autores - como LUCIANA DE ASSUNÇÃO MACIEIRA ("A Inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos do provimento final em sede de controle abstrato", "in" Revista da ESMAPE, vol. 6, N-13, jan/jun/2001, p. 291/309), OLAVO ALVES FERREIRA ("Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos", p. 93/98, item n. 3.5.3, 2003, Editora Método) e INGO WOLFGANG SARLET ("Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Alguns Aspectos Controversos", "in" "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99", p. 150/171, 164/165, 2001, Atlas) - que sustentam a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99, não admitindo, em qualquer hipótese, a utilização da técnica da modulação (ou da manipulação) dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade emanada do Supremo Tribunal Federal, quer se trate de fiscalização abstrata, quer se cuide de controle meramente incidental de constitucionalidade.



AI 582.280-AgR / RJ

Há, também, aqueles - como RONALDO REDENSCHI ("Eficácia ex nunc da Declaração de Inconstitucionalidade em Via Direta - Modificações trazidas pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99 - Relações com o método da ponderação de bens", "in" "Temas de Interpretação do Direito Tributário", p. 369/418, 2003, Renovar), CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO ("Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus efeitos em Face das Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99", "in" "O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99", p. 39/99, 2001, Lumen Juris), OSWALDO LUIZ PALU ("Controle de Constitucionalidade - Conceitos, Sistemas e Efeitos", p. 162/180, itens ns. 9.3, 9.3.1, 9.3.2, 2ª ed., RT), WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG ("Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei nº 9.868/99", "in" "O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99", p. 282/285, item n. 3.6, 2001, Lumen Juris), ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO ("O Controle da Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à Luz da Teoria dos Poderes Neutrais", "in" Revista Forense, vol. 373, p. 24/27, item IV, maio-junho de 2004), LUÍS ROBERTO BARROSO ("O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro", p. 160/165, item n. 5.4, 2004, Saraiva) e LENIO LUIZ STRECK ("Jurisdição Constitucional e Hermenêutica", p. 693/698, 697, item n. 11.6, 2ª ed., 2004, Forense) - cujo magistério reconhece a possibilidade jurídica de aplicação da técnica da modulação temporal



AI 582.280-AgR / RJ

dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, desde que se restrinja ao plano do controle abstrato.

Registra-se, ainda, uma terceira posição doutrinária, cujá percepção do tema - tal como exposta por JÚLIO CÉSAR ROSSI ("A Reforma do Judiciário e suas Implicações nos Modelos Concentrado e Difuso de Controle de Constitucionalidade", "in" Revista Dialética de Direito Processual, 31, outubro-2005, p. 51/71), RUI MEDEIROS ("A Decisão de Inconstitucionalidade", p. 743, 1999, Universidade Católica Editora) e GILMAR FERREIRA MENDES ("Jurisdição Constitucional", p. 365/368, item n. 6.2.2, 4ª ed., 2004, Saraiva), dentre outros - admite ser viável o emprego da manipulação (ou modulação), no tempo, dos efeitos jurídicos resultantes da declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte, não importando que tal pronunciamento se dê no âmbito da fiscalização concentrada ou no plano do controle meramente incidental de constitucionalidade.

Assentadas tais premissas, cabe assinalar que não se revela acolhível a postulação recursal ora deduzida pelo Município do Rio de Janeiro/RJ, que pleiteia, desta Suprema Corte, a outorga de eficácia prospectiva à decisão que proclamou, no caso ora em exame, em juízo negativo de recepção, a incompatibilidade material



AI 582.280-AgR / RJ

da norma legal editada em 1984, **contestada** em face de ordenamento constitucional **superveniente** (a Constituição de 1988).

A razão desse entendimento, Senhores Ministros, apóia-se no fato de que a modulação temporal supõe, para incidir, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade, **inocorrente** no caso, **por se cuidar** de ato **pré-constitucional** (anterior, portanto, à promulgação da vigente Constituição) **e que deixou de ser recepcionado** pela nova Carta Política, **por ser, com esta, materialmente incompatível**.

Com a formulação de um juízo **negativo** de recepção - **inabundável**, em seus aspectos básicos (pressupostos e conseqüências), **com a declaração de inconstitucionalidade -, torna-se inaplicável**, por tal específico motivo, a técnica da modulação temporal, **consoante já se pronunciou**, no tema, esta Suprema Corte:

"IPTU: progressividade: L.691/84 do Município do Rio de Janeiro: não-recebimento pela nova ordem constitucional (CF/1988), conforme entendimento do STF firmado a partir do julgamento do RE 153.771, Pleno, 20.11.96, Moreira Alves, que surte efeitos a partir da promulgação da Constituição Federal."
(RE 370.734-AgR/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

"1. IPTU: progressividade: L.691/84 do Município do Rio de Janeiro.

.....
No caso - norma municipal anterior à Constituição de 1988 - não houve declaração de



AI 582.280-AgR / RJ

inconstitucionalidade, mas declaração de que a mesma não foi recebida pela nova ordem constitucional, que surte efeitos a partir da promulgação da Constituição Federal. (...)."

(AI 482.017-AgR/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

"(...) 2. Norma municipal anterior à Constituição de 1988. Não houve declaração de inconstitucionalidade, mas declaração de que a mesma não foi recebida pela nova ordem constitucional, que surte efeitos a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Embargos de declaração acolhidos apenas para prestar esclarecimentos."

(AI 478.398-ED-AgR/RJ, Rel. Min. EROS GRAU - grifei)

É que, em tal situação, por tratar-se de lei pré--constitucional (porque anterior à Constituição de 1988), o único juízo admissível, quanto a ela, consiste em reconhecer-lhe, ou não, a compatibilidade material com a ordem constitucional superveniente, resumindo-se, desse modo, a solução da controvérsia, à formulação de um juízo de mera revogação (em caso de conflito hierárquico com a nova Constituição) ou de recepção (na hipótese de conformidade material com a Carta Política).

Esse entendimento nada mais reflete senão orientação jurisprudencial consagrada nesta Suprema Corte, no sentido de que a incompatibilidade vertical de atos estatais examinados em face da superveniência de um novo ordenamento constitucional "(...) traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas,



AI 582.280-AgR / RJ

posto que lhe são hierarquicamente inferiores" (RTJ 145/339, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 169/763, Rel. Min. PAULO BROSSARD, v.g.).

Vê-se, portanto, na linha de iterativa jurisprudência prevalecente nesta Suprema Corte e em outros Tribunais (RTJ 82/44 - RTJ 99/544 - RTJ 124/415 - RTJ 135/32 - RT 179/922 - RT 208/197 - RT 231/665, v.g.), que a incompatibilidade entre uma lei anterior (como a norma ora questionada inscrita na Lei nº 691/1984 do Município do Rio de Janeiro/RJ, p. ex.) e uma Constituição posterior (como a Constituição de 1988) resolve-se pela constatação de que se registrou, em tal situação, revogação pura e simples da espécie normativa hierarquicamente inferior (o ato legislativo, no caso), não se verificando, por isso mesmo, hipótese de inconstitucionalidade (RTJ 145/339 - RTJ 169/763).

Isso significa que a discussão em torno da incidência, ou não, do postulado da recepção - precisamente por não envolver qualquer juízo de inconstitucionalidade (mas, sim, quando for o caso, o de simples revogação de diploma pré-constitucional) - dispensa, por tal motivo, a aplicação do princípio da reserva de Plenário (CF, art. 97), legitimando, por isso mesmo, a possibilidade de reconhecimento, por órgão fracionário do Tribunal, de que determinado ato estatal não foi recebido pela nova ordem constitucional (RTJ 191/329-330), além de inviabilizar, porque



AI 582.280-AgR / RJ

incabível, a **instauração** do processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 95/980 - RTJ 95/993 - RTJ 99/544 - RTJ 143/355 - RTJ 145/339, v.g.).

Sob a perspectiva que se vem de examinar, portanto, revela-se inadmissível a adoção da doutrina da prospectividade, tal como pretendido pelo Município do Rio de Janeiro/RJ, eis que essa diretriz teórica supõe, para efeito de sua aplicabilidade, a necessária formulação de um juízo prévio de inconstitucionalidade, inocorrente na espécie, pois - insista-se - a norma em questão foi editada em momento anterior (1984) ao da vigência da Constituição de 1988, o que significa que a decisão que pronunciou esse juízo negativo de recepção somente "surte efeitos a partir da promulgação da Constituição Federal (...)" (AI 482.017-AgR/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei).

Concluo o meu voto, Senhores Ministros, assim resumindo os aspectos que lhe são essenciais:

(a) a declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia "ex tunc" (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal;



AI 582.280-AgR / RJ

(b) o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso (RE 197.917/SP, p. ex.);

(c) revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes;

(d) a não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade.



AI 582.280-AgR / RJ

Desse modo, Senhores Ministros, e tendo em consideração as razões expostas, **nego provimento** ao recurso de agravo deduzido pelo Município do Rio de Janeiro/RJ, **mantendo**, em conseqüência, **por seus próprios fundamentos**, a decisão ora recorrida, **assinalando a inaplicabilidade**, ao caso em exame, **da técnica da modulação temporal** dos efeitos, **por tratar-se** de norma legal **pré-constitucional** que não foi recebida pela vigente Constituição da República.

É o meu voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'O' followed by a horizontal line that extends to the right and then curves slightly downwards.

AG.REG.NO AGRADO DE INSTRUMENTO 582.280-3 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou processamento a recurso extraordinário fundado no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, interposto contra acórdão que entendeu não ter sido recepcionado pela Carta Magna o art. 67 da Lei n° 691, de 1984, do Município do Rio de Janeiro, o qual estabeleceu a progressividade do IPTU.

O agravante postula a legitimidade da progressividade da exação e, caso não seja reconhecida, 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 n° 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).

Afasto, assim, e com bases nesses precedentes, a legitimidade da progressividade do IPTU, como postulado pelo agravante; a regra discutida não foi recepcionada pelo texto constitucional de 1988. Resta, então, que se indiquem os efeitos e o alcance do entendimento desta Corte, quando prescreveu-se a não recepção do art. 67 da Lei n° 691/1.984, do Município do Rio de Janeiro.

Neste recurso decidiu-se que o caso seria de não recepção de norma pré-constitucional, e que conseqüentemente não se aplicaria a regra do art. 27 da Lei n° 9.868/99.

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.

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).

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 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. ."

Cit., PE nº 104.393/GO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 24.05.85.
HC 70.514, julgamento em 23-3-1994.

For 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 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, sobre 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

HC 127.14, Relator: Ministro Sydney Sanches, DJ 27.06.97.

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 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-

⁴ - Furlan 141.770-2, Fed. Min. Sepúlveda Pertence, Lex-JSTF, 238, p. 390.

e, 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 agravante, 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.

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).

Assim, declaro a não-recepção das normas de IPTU do Município do Rio de Janeiro, aqui questionadas, com base nos precedentes citados, e 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 presente caso, o meu entendimento é 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**.

Nesses termos, com essas considerações adicionais nego provimento ao agravo.

Supremo Tribunal Federal

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG.NO AGRADO DE INSTRUMENTO 582.280-3

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

AGTE.(S): MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S): HERALDO MOTA PACCA

AGDO.(A/S): OLIVIER CHARLES MATHIEUX

ADV.(A/S): LAURO LUIZ STUDART LEÃO E OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma, por votação unânime, **negou** provimento ao recurso de agravo, **nos termos** do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. **2ª Turma**, 12.09.2006.

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

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador