

21/11/2006

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 472.768-0 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA
AGRAVANTE(S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO(A/S) : FREDERICK B. BURROWES
ADVOGADO(A/S) : HERALDO MOTTA PACCA
AGRAVADO(A/S) : HEINRICH GRÜNE
ADVOGADO(A/S) : JOSÉ OSWALDO CORRÊA E OUTRO(A/S)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE TERRITORIAL URBANA (IPTU). MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PROGRESSIVIDADE.

CONSTITUCIONAL. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO TEMPORAL DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A orientação do Supremo Tribunal Federal admite, em situações extremas, o reconhecimento de efeitos meramente prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade.

Requisitos ausentes na hipótese. Precedentes da Segunda Turma.

Agravo regimental conhecido, mas ao qual 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 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, 21 novembro de 2006.



JOAQUIM BARBOSA - Relator

19


21/11/2006

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 472.768-0 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. JOAQUIM BARBOSA**
AGRAVANTE(S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO(A/S) : FREDERICK B. BURROWES
ADVOGADO(A/S) : HERALDO MOTTA PACCA
AGRAVADO(A/S) : HEINRICH GRÜNE
ADVOGADO(A/S) : JOSÉ OSWALDO CORRÊA E OUTRO(A/S)

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto de decisão monocrática com a qual neguei seguimento a agravo de instrumento. A decisão agravada tem o seguinte teor:

"Em petição protocolada com o número 142778, o município do Rio de Janeiro veicula pedido de sobrestamento do presente feito, até que o Plenário desta Corte se pronuncie sobre as ADI 2.154 e 2.258, que versam a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/1999. Para embasar tal requerimento, o município sustenta a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados no controle incidental, quando necessária à preservação da segurança das relações jurídicas e prevalência do interesse social.

Indefiro o requerimento. Não há razão para sobrestar o julgamento deste recurso até o deslinde das aludidas ações diretas de inconstitucionalidade, ante a total falta de pertinência temática. Veja-se que a matéria de que tratam as ações em comento diz respeito à Lei 9.868/1999, a qual dispõe sobre o processamento e julgamento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, objeto do controle concentrado de constitucionalidade. Por outro lado, nestes autos, o que está pendente de julgamento é um agravo de instrumento interposto de decisão que inadmitiu

AI 472.768-AgR / RJ

recurso extraordinário. Trata-se de instrumento por excelência do controle difuso de constitucionalidade. Nesse mesmo sentido: AI 487.088-AgR (rel. min. Carlos Velloso, DJ 18.06.2004) e AI 449.777-AgR (rel. min. Nelson Jobim, DJ 19.12.2003).

Por fim, quanto ao pedido de que as publicações se façam em nome do procurador subscritor da aludida petição, anote a Secretaria, para os fins pertinentes.

Passo à análise do recurso de agravo de instrumento.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo município do Rio de Janeiro de decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se alega violação do disposto nos arts. 6º; 30, III, V, VI e VII; 156, I e § 1º, e 182, § 4º, II, da Constituição Federal.

O acórdão recorrido entendeu que o art. 67 da Lei municipal 691/1984, a qual definiu alíquotas diferenciadas para cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano-IPTU, violou norma constitucional que vedava, antes da Emenda Constitucional 29/2000, a utilização de alíquotas progressivas para o cálculo do valor do referido imposto.

Esse entendimento alinha-se com a jurisprudência desta Corte acerca da matéria, conforme o teor da Súmula 668.

Do exposto, nego seguimento ao agravo."

Sustenta a parte agravante que, não obstante a decisão recorrida estar em harmonia com a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade das exações (fls. 225), a questão pertinente à possibilidade da modulação temporal dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade dos tributos merece resposta diversa, ou, então, análise por parte do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

AI 472.768-Agr / RJ

O pedido da agravante não versa sobre a modulação temporal dos efeitos de declaração de **não-recepção**, mas, efetivamente, de aplicação de efeitos prospectivos aos efeitos extraídos de **juízo de inconstitucionalidade**.

Assim, a agravante reputa possível a adoção de efeitos meramente prospectivos para o reconhecimento da invalidade da tributação, porquanto a legislação municipal vigorou por mais de trinta anos sem qualquer manifestação contrária do Supremo Tribunal Federal.

A agravante aponta, ainda, que a ausência da modulação temporal pretendida reforçaria a prevalência de interesses individuais, de alguns contribuintes mais bem aquinhoados, em detrimento do interesse coletivo.

Por fim, indica-se ainda o risco de enriquecimento sem causa dos contribuintes, na medida em que buscam a repetição de valores empregados na prestação de serviços públicos que beneficiaram os próprios contribuintes e a comunidade.

Mantive a decisão agravada, e, portanto, trago o agravo regimental ao conhecimento da Turma.

É o relatório.



AI 472.768-AgR / RJ

V O T O**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):**

Mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Com efeito, a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pressupõe a inequívoca excepcionalidade do quadro em que se insere a prestação jurisdicional. Tal excepcionalidade se caracteriza pelo **risco extremo** à segurança jurídica ou ao interesse social.

Pondero que, em matéria tributária, a aplicação de efeitos prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade demanda um grau ainda mais elevado de parcimônia, porquanto é um truísmo afirmar que os valores arrecadados com a tributação se destinam ao emprego em finalidades públicas. Portanto, não basta ao sujeito ativo apontar a destinação de índole pública do produto arrecadado para justificar a modulação temporal dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade, sob o risco de se inviabilizar qualquer pretensão de restituição de indébito tributário, em evidente prejuízo da guarda da constitucionalidade e da legalidade das normas que instituem as exações.

Evidentemente, a possibilidade que o sistema jurídico confere ao Supremo Tribunal Federal para modular no tempo os

AI 472.768-AgR / RJ

efeitos da declaração de inconstitucionalidade e a destinação do produto da arrecadação ao exercício de atividades estatais não podem redundar na imunização do Estado ao dever de zelar pela validade das normas jurídicas que cria, favorecendo assim a especulação legal.

Observo que a questão suscitada pela agravante já foi enfrentada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, por ocasião do julgamento do RE 364.304-AgR (rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 06.11.2006), esta Segunda Turma ponderou, nas palavras do eminente ministro-relator, não haver "*indicação objetiva de repercussão financeira eventualmente sofrida pela municipalidade*", e que as decisões da Corte contrárias à sistemática de lançamento e arrecadação do IPTU no município do Rio de Janeiro não são recentes, pois datam de 31.03.2000 e de 07.12.2000 (RE 248.892, rel. min. Maurício Corrêa, Segunda Turma; e RE 265.907, rel. min. Ilmar Galvão, Primeira Turma).

Ademais, registro ainda que a Corte também tem afastado a pretensão posta pela agravante, ponderando ser inaplicável a modulação temporal dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade ao juízo de não-recepção de normas. Menciono, nesse sentido, os seguintes precedentes:

"EMENTA: 1. 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.

AI 472.768-AgR / RJ

2. No caso - 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 Federal 3. Taxa de iluminação pública - caso anterior à EC 39/2002 - ilegitimidade por ter como fato gerador prestação de serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte: precedente (RE 233.332, Galvão, Plenário, DJ 14.05.99).

4. Agravo regimental que suscita questão não examinada pelo acórdão recorrido nem objeto dos embargos de declaração opostos: incidência das Súmulas 282 e 356." (AI 474.343-AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 06.11.2006);

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPTU DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PROGRESSIVIDADE ANTERIOR À EC 29/2000. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE DIFUSO.

I - A atribuição de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de quorum qualificado previsto em lei.

II - Agravo não provido." (RE 446.911-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ de 13.10.2006);

"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?

AI 472.768-Agr / RJ

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). - 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." (RE 395.902, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ de 25.08.2006).

AI 472.768-AgR / RJ

Do exposto, e na linha dos precedentes indicados, conheço do agravo regimental, **mas a ele nego provimento.**

É como voto.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Ror', is written in a cursive style.

AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 472.768-0 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 nº 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 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).

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 nº 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 nº 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.

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

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

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

⁴ HC 70.514, julgamento em 23-3-1994.

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 implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a

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

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-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 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 argüição 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

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

AI 472.768-Agr / RJ

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.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 472.768-0

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

AGTE.(S): MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S): FREDERICK B. BURROWES

ADV.(A/S): HERALDO MOTTA PACCA

AGDO.(A/S): HEINRICH GRÜNE

ADV.(A/S): JOSÉ OSWALDO CORRÊA E OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma, por votação unânime, **negou** provimento ao recurso de agravo, **nos termos** do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. 2ª Turma, 21.11.2006.

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

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador