

**A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:  
Um estudo à luz da estrutura das normas**

Beatriz Moreira Paiva<sup>1</sup>

Gustavo Rocha Martins<sup>2</sup>

**RESUMO**

A Constituição é a norma fundamental do ordenamento jurídico, devendo sempre prevalecer diante de um conflito normativo. A estrutura da norma é composta pelos planos da existência, validade e eficácia, os quais são interdependentes. As Leis nº 9.868/1999 e 9.882/1999 positivaram a modulação da eficácia temporal, que possibilita o Supremo Tribunal Federal proferir decisões com efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*. Mediante a utilização do recurso da análise bibliográfica, o objetivo do presente trabalho é demonstrar que a técnica da modulação é considerada gravosa por configurar uma afronta à estrutura das normas ao manter a eficácia de uma norma já declarada inconstitucional (inválida), além de possuir como condicionantes conceitos jurídicos indeterminados. Apesar da gravidade da medida, conclui-se que a modulação da eficácia temporal, desde que devidamente fundamentada, atua como uma regra de calibração a fim de conferir unidade e coesão ao sistema, equilibrando-o.

---

<sup>1</sup> Formada em Direito na Instituição Vianna Júnior. Email: be\_mpaiva@hotmail.com

<sup>2</sup> Professor na Instituição Vianna Júnior. Email: gmartins@viannajunior.edu.br

**PALAVRAS-CHAVE: CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. ESTRUTURA DAS NORMAS. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. REGRA DE CALIBRAÇÃO.**

## INTRODUÇÃO

Tendo em vista o pensamento kelseniano, o ordenamento jurídico é composto por normas jurídicas em diferentes planos, denominando-se pirâmide jurídica. Nesse contexto, a Constituição é considerada uma norma fundamental e se encontra no patamar mais elevado, uma vez que regula a produção das demais normas, isto é, todas estas devem estar em harmonia com a Constituição.

Com o escopo de garantir a supremacia da Constituição, foi instaurado no Brasil o controle de constitucionalidade. Com efeito, o modelo difuso e incidental seguiu a teoria da nulidade *ab initio* da norma inconstitucional. Dessa forma, a decisão que declará-la nula produz efeitos *extunc*, retroagindo à data de sua edição e invalidando os efeitos surtidos durante sua vigência. Já o controle de constitucionalidade concentrado, no que tange à invalidade da norma, adotou-se a teoria da anulabilidade, hipótese em que a decisão opera *ex nunc*, desconsiderando seus efeitos desde o momento do pedido de anulação.

Embora acolhida a tese da nulidade da norma inconstitucional, esta enfrenta problemas como a relativização de outros valores constitucionais, por exemplo, o princípio da segurança jurídica, o que poderá acarretar consequências jurídicas e sociais catastróficas de acordo com o caso concreto.

Entretanto, a modulação dos efeitos da aludida decisão é considerada grave, uma vez que mantém a eficácia de uma norma já declarada inválida, o que viola sua estrutura escalonada, a qual é formada pela existência, validade e eficácia, respectivamente. Isto posto, os planos são interligados, já que o posterior não pode subsistir sem o anterior.

Tendo em vista as limitações fixadas e os fins estabelecidos, o foco do artigo será a análise da estrutura da norma jurídica e da modulação dos efeitos da decisão que declarar a norma inconstitucional.

A pesquisa realizou-se através de análise bibliográfica com intuito de explorar e averiguar entendimentos de doutrinadores correlatos ao tema. A metodologia aplicada é a histórico-crítica com escopo de elaborar uma análise cronológica sobre o controle de constitucionalidade e crítica sobre a modulação dos efeitos ante a estrutura das normas.

O presente trabalho está estruturado em três itens. No primeiro será abordado o conceito da Constituição, a fim de salientar sua importância no sistema jurídico, além de dispor sobre o controle de constitucionalidade. O segundo item irá tratar da norma jurídica e sua estrutura escalonada definida pelos planos da existência, validade e eficácia. Ainda, nesse item, é imprescindível a menção à Teoria Pura do Direito, obra do eminente jurista Hans Kelsen, uma vez que o autor defende a teoria da anulabilidade da norma jurídica. Por fim, no terceiro item o objeto será propriamente a modulação da eficácia temporal, no qual apresentará seu conceito e seus requisitos. Outrossim, discutirá a sua constitucionalidade e discorrerá sobre sua relevância ao garantir os valores de ordem constitucional e sobre quão grave a referida medida se configura no ordenamento brasileiro.

## **1 A CONSTITUIÇÃO E O HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

### **1.1 A Constituição e o ordenamento jurídico**

Inicialmente, conforme Kelsen (1998, p. 144):

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma

construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.

Nesse contexto, o jurista defende a ideia de uma pirâmide hierárquica, a qual uma norma é tida como válida somente se produzida de acordo com a maneira determinada pela outra norma, sendo esta considerada superior. Assim, para que haja harmonia no âmbito do ordenamento jurídico, é necessária a dependência de uma norma em relação a que está hierarquicamente acima até atingir o ápice da referida pirâmide hierárquica, onde se encontra a norma fundamental, ou seja, pressuposta. A Constituição, também denominada norma fundamental, é, portanto, “fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora” (KELSEN, 1998, p.144).

Nada obstante a Constituição não estar desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo, ela não está condicionada, meramente, por essa realidade. Em hipótese de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca, uma vez que há pressupostos realizáveis que, mesmo em situação de confronto, asseguraram a força normativa da Constituição. Todavia, somente quando esses pressupostos não puderem ser atendidos, os problemas constitucionais serão convertidos em questão de poder. Nesse caso, a Constituição jurídica sucumbirá em detrimento da Constituição real.

José Afonso da Silva (2005, p.37) entende que “todo Estado tem constituição, que é o simples modo de ser do Estado”. Dessa forma, mediante a hierarquização das normas, a supremacia da Constituição Federal se dá pela importância que ela exerce na sociedade, uma vez que é composta por um conjunto de normas que determinam os basilares da organização do Estado e da sociedade, além de regular os direitos fundamentais dos cidadãos e as devidas garantias (SILVA, 2005).

## 1.2 Histórico do controle de constitucionalidade

Em 1803, o célebre caso *Marbury v. Madison* foi julgado pelo *Chief Justice* John Marshall, que interpretou o aludido texto de forma inovadora ao aplicar o

sistema norte-americano denominado *judicial review*. Ademais, Marshall se inspirou no clássico *The Federalist*, escrito quinze anos antes do referido caso, o qual defendia que o Poder Judiciário era competente no controle de leis e na supremacia da Constituição perante as leis ordinárias (LIMA, 2014).

Nesse diapasão, a decisão de Marshall não apenas consolidou a supremacia da Constituição, como também, proclamou o poder/dever do Poder Judiciário de não permitir a aplicação de leis que violam aquela, fomentando a construção interpretativa judicial, mediante a jurisdição constitucional. Outrossim, cabe ressaltar que o *judicial review* consolidou-se com a possibilidade de qualquer juiz ou Tribunal declarar a inconstitucionalidade das leis ou atos do poder público conflitantes com a Constituição, configurando o controle difuso. Tal sistema é tido como incidental, uma vez que se limita ao caso concreto submetido a julgamento, sendo necessário que a alegação da inconstitucionalidade seja uma questão prejudicial em relação ao mérito da demanda principal, devendo ser analisada a fim de que haja a satisfação das partes no processo principal.

Todavia, esse sistema não foi adotado pelo continente europeu devido à diversidade ideológica. Dessa forma, o modelo recepcionado pela Europa tem como paladino Hans Kelsen, o qual defendia a criação de um Tribunal Constitucional com o escopo de analisar, de forma abstrata – independentemente de um litígio concreto -, o conflito constitucional. Nesse sentido, o doutrinador buscava valorizar as normas e confirmar a Constituição como fundamento de ordem jurídica por meio de um controle concentrado, isto é, cabe a um único órgão declarar uma lei inconstitucional.

No sistema brasileiro, introduziu-se o controle de constitucionalidade por via difusa expressamente pela Constituição de 1891 e o controle de constitucionalidade concentrado teve sua previsão na Constituição de 1934.

### 1.3 Controle de Constitucionalidade

De acordo com Fachin, 2008 (apud TOYODA, 2015, p.198), “sempre que a norma localizada no ápice da pirâmide for contrariada por norma inferior, estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade”. Nesse contexto, uma norma é considerada inconstitucional quando afronta a Constituição Federal e, por conseguinte, faz mister o uso controle de constitucionalidade para solver tal conflito. Sendo assim, o controle de constitucionalidade, através uma fiscalização da validade das leis e atos do poder público, visa garantir a supremacia da Constituição Federal ao afastar as normas que confrontam os dispositivos constitucionais (CUNHA JR., 2013).

Ademais, o controle de constitucionalidade não deve ser observado somente em seu sentido jurídico, mas também no viés político. Assim, além de interpretar e conceder validade à norma, deve-se analisar o contexto de interesses que norteiam a vida em sociedade (TOYODA, 2015).

## 2 NORMAS JURÍDICAS

### 2.1 Conceito

Segundo o entendimento de Miguel Reale (2001, p.88):

O que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória.

A norma jurídica é vista como uma estrutura proposicional, uma vez que o seu teor pode ser emitido por uma ou mais proposições entre si interligadas. Ademais, a norma jurídica enuncia um *dever ser*, o qual demonstra uma realidade normativa que integra fatos e valores, configurando uma construção cultural de tipo finalístico. Por derradeiro, a aludida norma exprime um *dever ser* de forma objetiva e obrigatória,

devido ao fato de que é característica do Direito se impor de maneira heterônoma, isto é, ao encontro ou de encontro à vontade no caso das regras de conduta, ou sem admitir alternativa de aplicação, se se referir às regras de organização.

## **2.2 A estrutura das normas jurídicas**

A Teoria da Escada Ponteana, criada pelo célebre jurista Pontes de Miranda, defende que a norma subdivide-se no plano da existência, validade e eficácia, considerados elementos constitutivos na norma jurídica. Sob essa visão, há uma interligação entre os referidos planos, indicando que o plano seguinte não pode subsistir sem o anterior (TARTUCE, 2014).

Com efeito, Marcos Bernardes de Mello (1998, p.11) aponta que:

O ser válido (valer), ou inválido (não valer), já pressupõe a existência do fato jurídico. Da mesma forma, para que se possa falar de eficácia (= ser eficaz) é necessário que o fato jurídico exista. A recíproca, porém, em ambos os casos, não é verdadeira.

### **2.2.1 Existência**

Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012), as normas podem ser divididas entre materiais e formais. A primeira faz alusão ao seu conteúdo, uma vez que se refere à forma do Estado, forma de Governo, ao modo de exercício do poder, a estruturação dos órgãos, entre outros.

Já a norma formalmente constitucional é aquela que não possui conteúdo constitucional, isto é, não se referem à matéria constitucional. A inserção dessa norma na Constituição escrita objetiva enfatizar sua importância, visto que irá auferir estabilidade devido à rigidez presente na Constituição.

Com efeito, a norma é considerada existente se observados os elementos essenciais por serem imprescindíveis, como agente, objeto e forma e, ainda os elementos específicos, caso a norma assim exija (TARTUCE, 2014). Ademais,

Marcos Bernardes de Mello (1999) afirma que esse é o plano do *ser*, isto é, pertencem às normas sejam elas válidas ou inválidas.

### 2.2.2 Validade

Uma norma jurídica será considerada válida se estiver integrada no ordenamento, ou seja, desde que haja o cumprimento das condições formais e materiais de sua produção. Assim, somente quando finda a fase constitutiva do referido processo, por meio da sanção, falar-se-á de norma válida (FERRAZ JÚNIOR, 2003).

No que tange ao controle de constitucionalidade, observa-se a presunção de validade da norma constitucional em detrimento de leis e atos normativos emitidos pelo Poder Público. Com fulcro no artigo 103, §3º da Carta Magna, tal presunção foi fortificada, uma vez que foi garantido o contraditório no processo de declaração de inconstitucionalidade e caberá ao Advogado-Geral da União, compulsoriamente, defender a norma impugnada (SILVA, 2005).

Cumprido ressaltar, ainda, que a presunção de validade da norma constitucional também se baseia no princípio da segurança jurídica e da efetividade, uma vez que o direito é encarregado de regular a vida social. Nesse diapasão, ambos os princípios visam o cumprimento da norma, a qual ainda é constitucional, tendo em vista a necessidade do direito de regular o comportamento das pessoas, solver os conflitos de interesses, prevalecendo, desse modo, a ordem e a segurança (BASTOS, 1999).

### 2.2.3 Eficácia

A eficácia se refere às consequências e aos efeitos oriundos da norma em face às partes e aos terceiros (TARTUCE, 2014). Todavia, tal aptidão depende de alguns requisitos. O requisito de natureza tática torna a norma efetiva ou



socialmente eficaz, isto é, quando a norma encontra na realidade condições propícias para produzir seus efeitos.

A efetividade e eficácia social são formas de eficácia, porém, não se confundem com sua observância. Nesse sentido, há normas que podem ser consideradas socialmente eficazes mesmo que nunca sejam obedecidas, como as normas que estabelecem questões requeridas pela sociedade, mas, caso efetivamente aplicadas, acarretariam uma considerável desordem social. Assim, a eficácia da norma está no fato de não ser obedecida e, ao mesmo tempo, produzir efeito de satisfação ideológica.

Por derradeiro, para que a norma jurídica seja eficaz, é imprescindível o requisito técnico. A eficácia, no âmbito técnico, se relaciona com a aplicabilidade das normas como uma aptidão relativamente extensa para produzir efeitos. A fim de aferir o grau de eficácia, deve-se verificar as funções da eficácia no plano da realização da norma, as quais podem ser denominadas de funções eficaciais.

Em primeiro lugar, normas visam evitar a ocorrência de condutas contrárias a seu preceito. Essa função eficaz tem o sentido de bloqueio dos comportamentos indesejáveis, sendo chamada de função de bloqueio. Já as normas que ensejam a concretização de objetivo, são denominadas de função de programa. Por fim, normas buscam a realização de um comportamento ao assegurar uma conduta desejada, motivo pelo qual é conhecida por função de resguardo.

Com efeito, existe uma discordância no âmbito dogmático sobre a ineficácia social poder tornar uma norma inválida. Kelsen, adepto a esse pensamento, ainda é mais radical e defende que uma norma sem um mínimo de eficácia, perde a validade.

Assim, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003) entende que a ineficácia da norma diante da falta de um mínimo de efetividade não atinge sua validade, uma vez que já pertence ao ordenamento jurídico, mesmo que não tenha produzido efeitos. Contudo, parte da doutrina crê que caso uma norma não seja observada e aplicada por um determinado lapso temporal, entrará em desuso, isto é, perderá seu sentido normativo.

### 2.3 A Teoria Pura do Direito

A ciência dogmática tem como seu expoente o eminente teórico Hans Kelsen, o qual, em sua obra Teoria Pura do Direito, segundo Celso Bastos (1999, p.31), “identifica norma e direito e vê um abismo intransponível entre o direito e a realidade, o ‘dever-ser’ e o ser”, uma vez que a norma jurídica não se relaciona com a realidade e, assim, não é cabível justificar a validade da Constituição pelo âmbito político pela qual foi criada.

Contudo, o entendimento de Kelsen, 1979 (apud FERRAZ JÚNIOR, 2003) é passível de diversas críticas devido ao seu radicalismo. A principal objeção deriva do isolamento da norma diante das intenções que a cercam, tendo em vista que o agente é influenciado pelo meio e pela sua condição psíquica. Para o autor da obra, os fatores subjetivos devem ser abstraídos e somente analisados caso a norma assim prescreva.

Consoante Kelsen, a questão deve ser observada sob a vertente da hierarquia das normas. Dessa forma, as leis infraconstitucionais são criadas em conformidade com a Constituição, sendo esta uma norma fundamental, pressuposta, por não se apresentar como norma legal positiva (posta). Na seara metajurídica, é necessária a existência de uma norma fundamental a fim de que a conduta humana seja interpretada como um ato legal, devendo respeitar e obedecer a Constituição como norma coativa (BASTOS, 1999).

Para Kelsen (1998, p.188), “a afirmação de que uma lei válida é ‘contrária à Constituição’ (anticonstitucional) é uma *contradictioinadjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição”. Diante da visão positivista kelsiana, uma norma declarada inconstitucional não deveria ser considerada nula *ab initio*, uma vez que o ato foi constituído legalmente e somente poderia ser revogada mediante processo usual, por outra lei, ou através de processo especial, determinado pela própria Constituição. Enquanto não houver a revogação, a norma

será válida e, conseqüentemente, em harmonia com a Constituição (FERREIRA, 2007).

O autor da obra (KELSEN, 1998) defende que a norma pertencente ao ordenamento jurídico somente pode ser anulada e não declarada nula. Em regra, a norma é anulada com efeitos para o futuro, situação em que os efeitos já produzidos conservam-se intactos. Ao ser anulada com efeitos retroativos, estes serão todos desconstituídos, porém, a norma não era nula desde o princípio. Portanto, não é apropriado nomear como declaração de nulidade a decisão anulatória de uma norma, visto que, mediante essa declaração, haverá efeito *extunc*, sendo considerada nula desde o início.

No sistema brasileiro foi adotada a nulidade *ab initio*, decorrente do ilustre caso *Marbury v. Madison*, no qual prevaleceu o princípio da superioridade constitucional e a sua inafastabilidade (TOYODA, 2015).

Isto posto, a sentença que declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma norma possui natureza declaratória, visto que não há alteração da conjuntura jurídica prévia à afirmação. Por outro lado, Kelsen afirma que a sentença é constitutiva, surtindo efeitos para o futuro, motivo pelo qual a norma seria anulável (CAMPOS, 2015).

### **3 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

#### **3.1 Conceito e tratamento legal**

Em regra, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma ou ato do Poder Público, seja em sede de controle difuso bem como de controle concentrado, retroage *extunc* à criação da norma, isto é, “fulmina de nulidade o ato impugnado, e todas as relações jurídicas fundadas nesse ato, desde o seu nascedouro, serão desconstituídas” (CUNHA JR., 2013, p.320).

Há doutrinadores que sustentam o pensamento de que a regra da nulidade pode ser considerada um empecilho na declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica, uma vez que as consequências da nulidade possuem potencial de serem mais graves do que a manutenção da norma impugnada. Gilmar Mendes, seguindo esse entendimento, visualiza essa ameaça como estado de *greaterrestraint*, ou seja, a contenção do pleno exercício da jurisdição constitucional a fim de impedir um “mal maior”. Ademais, a nulidade das normas inconstitucionais, ao mesmo tempo que assegura a efetividade de sua matéria normativa, pode acarretar a afronta de alguns preceitos e valores previsto no texto constitucional, tendo em vista que estes são tutelados expressamente na Constituição, como a segurança jurídica (OLIVEIRA, 2008).

Nesses termos, o direito brasileiro reconhece, à luz do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 e do artigo 11 da Lei nº 9.882/1999, a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, autorizando o Supremo Tribunal Federal a proferir decisão *ex nunc*, a qual acata as consequências geradas anteriormente, desconsiderando os efeitos a partir do momento do pedido de anulação, ou, ainda, prospectiva (*pro futuro*), quando mantém seus efeitos até um determinado momento no futuro, configurando, portanto, a modulação dos efeitos<sup>3</sup> no controle de constitucionalidade:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Cabe ressaltar que a possibilidade da aplicação do efeito *ex nunc* (declaração com eficácia a partir de seu trânsito em julgado) aproxima a modulação da eficácia temporal à teoria da anulabilidade de Hans Kelsen. Segundo o célebre jurista, a norma jurídica será considerada válida enquanto não declarada inconstitucional, mediante processo especial, e seus efeitos produzidos até a decisão serão mantidos (CAMPOS, 2015).

<sup>3</sup> BRASIL, artigo 27 da Lei nº 9.868, de 10 de Novembro de 1999.

Não obstante o aludido dispositivo constar em lei reguladora do processo e julgamento das ações diretas do controle concentrado de constitucionalidade, é cediço que a modulação da eficácia temporal também é passível de aplicação na seara do controle difuso de constitucionalidade.

O artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 determina como pressuposto da modulação dos efeitos à decisão, as razões de “segurança jurídica” ou o “excepcional interesse social”, delimitando as normas que poderão sofrer limitação de seus efeitos. Mesmo sendo interpretados em consenso com a Constituição, o grau de indeterminação dos termos resulta em interpretações que dão margem ao subjetivismo e à arbitrariedade, que podem se manifestarem como prejudiciais ao processo interpretativo devido a íntima ligação com o sentimento subjetivo ou opinião pessoal (SALDANHA, 2005). Destarte, diante de uma sociedade baseada na preponderância da razão objetiva, buscar o “bem comum” não significa, precisamente, o interesse de todos, mas sim de uma parte específica, isto é, a mais influente, seja política ou economicamente (TOYODA, 2015).

A segurança jurídica, para José Roberto Vieira, 2000 (apud CAMPOS, 2015), está presente quando da previsibilidade da atuação estatal, evitando eventuais surpresas. Já o excepcional interesse social é sinônimo de interesse público, o qual é intimamente relacionado à finalidade administrativa, segundo Hely Lopes Meirelles. Nesse contexto, o princípio vai ao encontro da vontade geral e não estatal.

As aludidas condições, entretanto, não podem ser vistas como uma mera discricionariedade, facultade ao Supremo Tribunal Federal, já que se comprovado que o caso concreto será acometido pela insegurança jurídica ou excepcional interesse social, a eficácia *extunc* será comedida, havendo, portanto, modulação dos efeitos da decisão (TORRES, 2012).

Nesses termos, Jorge Miranda, 1977 (apud CUNHA JR., 2013, p.377) infere que a “fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar”.

Com efeito, o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 expressamente determina o quórum necessário para o deferimento da modulação dos efeitos da decisão. Assim, a fim de que seja concedida, deve-se haver o deferimento da maioria mínima de dois terços do Supremo Tribunal Federal, representando a anuência de oito ministros (OLIVEIRA, 2008).

Dessa forma, as razões de segurança jurídica, de certeza jurídica, de acesso à Justiça e do interesse social, insinuam a importância do cabimento da modulação da eficácia temporal, devendo-se observar a motivação e a natureza de direito subjetivo fundamental para as partes.

Por derradeiro, o ordenamento brasileiro tem como regra a nulidade da norma quando declarada inconstitucional. Porém, permite ao Supremo Tribunal Federal, modular os efeitos de sua decisão, desde que observados os requisitos legais (GALVÃO, 2015).

### **3.2 Gravidade**

*A priori*, Gilmar Mendes, 1999 (apud CAMPOS, 2015) infere que a regra na jurisdição constitucional é a nulidade da norma inconstitucional, possuindo a decisão efeitos retroativos devido à mácula em todas as situações na qual foi aplicada, sob influência da ideologia norte-americana a respeito da declaração de invalidade da norma contrária ao ordenamento jurídico. Dessa forma, a teoria da nulidade adveio como um instrumento capaz de garantir a supremacia e integridade constitucionais.

A ideia de flexibilização dos efeitos da decisão mediante a modulação da eficácia temporal, consoante o Ministro Rezek, ao mesmo tempo que poderia assegurar segurança jurídica, também poderia distanciar o anseio constitucional (CAMPOS, 2015).

O princípio da supremacia da Constituição não poderia aceitar a validade de uma norma inconstitucional, mesmo que temporariamente. Isso ocorre porque o reconhecimento da norma declarada inconstitucional implicaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição enquanto ainda eficaz e também frustraria os

interesses dos indivíduos que foram lesados com a edição da norma impugnada. O Ministro Moreira Alves, 1980 (apud OLIVEIRA, 2008, p.23) afirma que seria uma “ruptura da ordem que foi imposta pela Carta Magna”.

Destarte, a ruptura total em relação à tese da nulidade da norma jurídica poderia estimular a edição de leis inconstitucionais, gerando uma grande preocupação ao Ministro Marco Aurélio por receio de que compensa mais editar normas inconstitucionais em detrimento da morosidade do Poder Judiciário.

Diante desse cenário conflituoso entre a segurança jurídica e a nulidade *ab initio* da norma jurídica, cumpre ressaltar que, conforme vários doutrinadores, o dispositivo que regulamenta a modulação dos efeitos pode ser considerado inconstitucional, uma vez que a matéria prevista deve ser disciplinada mediante emenda à Constituição, de acordo com a organização do ordenamento jurídico, e não por mera legislação ordinária.

Nesse sentido, a Ordem dos Advogados do Brasil protocolou as ADIs nº 2.154, 2.231 e 2.258 com a finalidade de questionar a constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, sob a alegação de violar, principalmente, o princípio da legalidade. Todavia, tais ações ainda estão aguardando julgamento (TOYODA, 2015). Ainda, Luís Roberto Barroso, 2009 (apud CAMPOS, 2015) aponta que o Supremo Tribunal Federal, por meio de suas jurisprudências, abarcava o tema sem a necessidade de intervenção de legislador infraconstitucional, além de que o aludido artigo determinar um quórum qualificado para modular os efeitos da decisão.

Em relação ao juízo contrário, a possibilidade de modular a eficácia temporal encontra-se implicitamente permitida na Constituição, dessa forma, não insere qualquer mudança no texto constitucional, sendo desnecessária emenda à Constituição para regular o tema alhures.

Contudo, não prevalecem os motivos que são favoráveis à declaração de inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/1999, visto que o Supremo Tribunal Federal já fazia uso da modulação dos efeitos antes de promulgada a referida lei (CAMPOS, 2015).

Todavia, ainda que superado o assunto da inconstitucionalidade do dispositivo alhures, a modulação dos efeitos é comumente questionada no âmbito doutrinário. Uma das críticas é a equiparação da atividade jurisdicional a de um legislador, assim, ao determinar a norma como válida por delimitado intervalo de tempo, produzindo seus efeitos, configuraria uma função típica do legislador devido ao fato que somente este é capaz de inovar o âmbito jurídico, validando determinada lei.

Ademais, Lenio Streck, 2002 (apud FERREIRA, 2007, p.165) questiona o poder atribuído ao Supremo Tribunal Federal de especificar o momento no qual a norma deixará de produzir seus efeitos, enfatizando que “nem a Constituição está disponível ao Supremo Tribunal Federal e tampouco este pode dispor do prazo para o início da eficácia de sua decisão”, sendo tal possibilidade enfraquece a força normativa da Constituição Federal e ainda fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Outrossim, para a declaração da inconstitucionalidade de uma norma, é necessário o voto de seis ministros para tal, contudo, para determinar a modulação dos efeitos dessa norma inconstitucional, é imprescindível a anuência de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, ou seja, oito ministros, demonstrando a importância da medida ser pautada pela proporcionalidade e razoabilidade (CAMPOS, 2015).

## CONCLUSÃO

A Constituição é considerada o fundamento de validade das normas, uma vez que se encontra no ápice da pirâmide hierárquica idealizada pelo eminente Hans Kelsen. Isto posto, as demais normas devem estar em harmonia com a Constituição, principalmente com os valores por ela resguardados.

Nesse contexto, surge a necessidade do controle de constitucionalidade, que consiste na solução de conflitos normativos, seja em sede de controle difuso ou de



controle concentrado, nos quais deve prevalecer a supremacia da Constituição, tendo em vista que o sistema jurídico é composto tanto de norma constitucional quanto inconstitucional.

A teoria que rege o ordenamento jurídico brasileiro é a da nulidade *ab initio*, inspirada pelo célebre caso norte-americano *Marbury v. Madison*. De acordo com esse entendimento, defende-se que a norma inconstitucional deve ser tida como nula, de pleno direito, desde o seu nascedouro, retroagindo *extunc*, “pois o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional, mesmo que por tempo limitado, importaria na suspensão provisória ou parcial da constituição” (SALDANHA, 2005, p.12).

Não obstante o dogma da nulidade *ab initio*, a tese da anulabilidade, sustentada por Kelsen, vem ganhando espaço no cenário brasileiro. Para essa teoria, a norma é válida enquanto não for revogada, hipótese na qual serão mantidos os atos produzidos até a sua declaração de inconstitucionalidade, sendo que esta operará efeitos *ex nunc*, em observância aos princípios da boa-fé e segurança jurídica. Kelsen afirma que a norma foi constituída legalmente e, portanto, somente poderia ser revogada mediante outra lei ou por processo determinado na Constituição.

Com o advento das Leis nº 9.868/1999 e 9.882/1999, a modulação dos efeitos de uma norma declarada inconstitucional foi positivada, a qual gera a possibilidade aos Ministros do Supremo Tribunal Federal de limitar os efeitos da norma inconstitucional, conferindo efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*. Essa técnica, ao relativizar a teoria da nulidade *ab initio*, deve ser analisada criteriosamente a fim de evitar danos irreparáveis à sociedade.

Os requisitos pelos quais a modulação da eficácia temporal está condicionada são as razões de segurança pública e de relevante interesse social, isto é, conceitos jurídicos indeterminados que dependem de juízo de valoração pelo aplicador do direito.

Ademais, diante de uma concepção dogmática da estrutura das normas, para a norma jurídica ser considerada perfeita, deve-se observar os seguintes planos:

existência, validade e eficácia, respectivamente. O plano da existência é aquele que estão presentes os elementos essenciais para a constituição da norma. A mesma é válida quando cumpridas as condições formais e materiais de sua composição, ou seja, produzida de acordo com o ordenamento jurídico. Já a eficácia, se refere aos efeitos surtidos pela norma em relação às partes e aos terceiros.

Segundo a teoria da escada ponteana, apregoadada pelo jurista Pontes de Miranda, alega que os aludidos planos são interdependentes, sendo que o posterior não pode remanescer sem o anterior. Dessa forma, na modulação dos efeitos de norma declarada inconstitucional, a norma é considerada inválida, porém seus efeitos permanecem por determinado prazo, o que contraria a estrutura escalonada das normas, respaldada pela teoria da escada ponteana.

Por derradeiro, a modulação da eficácia temporal é uma medida grave, a qual deve ser utilizada somente em situações extremas. Ao mesmo tempo, é considerada uma verdadeira regra de calibração que tem como finalidade a manutenção do equilíbrio do sistema mediante a ponderação de princípios e valores constitucionais, sempre enfatizando a supremacia da Constituição e dos valores nela consubstanciados.

## **MODULATION EFFECTS IN THE CONSTITUTIONALITY CONTROL: LIGHT OF THE STRUCTURE STANDARDS**

### **ABSTRACT**

The Constitution is the fundamental norm of the legal order, and must always prevail in the face of a normative conflict. The structure of the norm is composed of the planes of existence, validity and efficacy, which are interdependent. The Laws nº 9.868/1999 and 9.882/1999 affirmed the modulation of temporal efficacy, which enabled the Federal Supreme Court to render decisions with *ex nunc* or *pro futuro* effects. By using the

bibliographic analysis, the aim of this work is to demonstrate that the modulation technique is considered burdensome because it constitutes an affront to the structure of standards by maintaining the effectiveness of a norm already declared unconstitutional (invalid), besides having as conditioning legal concepts indeterminate. In spite of the severity of the measure, it is concluded that the modulation of temporal efficacy, provided that it is properly grounded, acts as a calibration rule in order to give unity and cohesion to the system, balancing it.

**KEYWORDS: CONSTITUTION. UNCONSTITUTIONALITY. STRUCTURE OF THE STANDARDS. MODULATION TECHNIQUE. CALIBRATION RULE.**

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL, **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2015.

CAMPOS, Guilherme Henrique Maltauro Molina. **“Eficácia Temporal e Manipulação dos Efeitos no Controle Concentrado de Constitucionalidade”**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. [Orientador: Professor Doutor Eduardo Talamini]. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/42351/81.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

CUNHA JR, Dirleyda. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.



FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. “**Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Controle Difuso**”. 2007. Disponível em: <<http://www3.trf5.jus.br/downloads/revista%20esmafe%2012%20final.pdf#page=155>>. Acesso em: 15 out. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. “**Supremo Ameaça Banalizar a Modulação de Efeitos de Suas Decisões**”. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-28/observatorio-constitucional-supremo-ameaca-banalizar-modulacao-efeitos-decisoes>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Jairo Néia. Controle de Constitucionalidade Dialógico: Uma Leitura da Crítica do *Judicial Review* a partir de Jeremy Waldron. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 22, n. 89, p.322-347, out./dez. 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Validade. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. “**O Supremo Tribunal Federal e a Dimensão Temporal de Suas Decisões: a Modulação de Efeitos em Vista do Princípio da Nulidade dos Atos Normativos Inconstitucionais**”. 2008. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2008. [Orientador: Professor Conrado Hübner Mendes]. Disponível em: <[http://sbdp.org.br/arquivos/monografia/113\\_flavio.pdf](http://sbdp.org.br/arquivos/monografia/113_flavio.pdf)>. Acesso em: 26 jun. 2016.



REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. 22. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001.

SALDANHA, Pacífico Luiz. “**A Modulação dos Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal e os Direitos do Contribuinte**”. 2005. Disponível em: <[http://www.pacificosaldanha.com.br/artigos/art\\_a\\_modulacao.pdf](http://www.pacificosaldanha.com.br/artigos/art_a_modulacao.pdf)>. Acesso em: 08 jul. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 3**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.

TORRES, Heleno Taveira. “**Modulação de Efeitos da Decisão e o Ativismo Judicial**”. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

TOYODA, Hisashi. Da Modulação dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade: a *virtu romana* como referência para a preservação dos direitos do cidadão. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 23, n. 92, p.195-229, jul./set. 2015.