

NORMAS CONSTITUCIONAIS E INCONSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ana Flávia Lage Nascimento¹
Gabriella Silva Rezende²
Maria Carolyne Oliveira Felicíssimo³
André Luiz Duarte Pimentel⁴
Gerson Cabral de Freitas Neto⁵

RESUMO: Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 é a lei maior que rege o Estado, e que qualquer lei que vai contra o princípio previsto na Carta Magma é considerada uma norma inconstitucional. Porém existem dentro das normas brasileiras leis que são consideradas constitucionais inconstitucionais. Este artigo discute sobre a supremacia da Constituição de 1988, abrange com detalhes sobre o controle de Constitucionalidade sobre as normas constitucionais e relaciona com a teoria de Otto Bachof que em sua obra questiona se é possível haver dentro do ordenamento jurídico normas constitucionais inconstitucionais? A problemática consiste em discutir se essa preposição é possível, se sim, qual é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal perante esse conflito. Para a confecção do trabalho, a metodologia utilizada foi uma revisão bibliográfica e documental, através da análise da doutrina, bem como a jurisprudência que versa sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Carta Magma; Constitucionalidade; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: It is known that the Federal Constitution of 1988 is the greater law that governs the State, and that any law that goes against the principle established in the Magma Charter is considered an unconstitutional norm. However, there are laws under Brazilian law that are considered unconstitutional. This article discusses the supremacy of the Constitution of 1988, covers in detail the control of constitutionality over constitutional norms and relates to the theory of Otto Bachof that in his work questions whether it is possible within the legal system constitutional norms constitutional? The problem is to discuss whether this preposition is possible, if so, what is the position of the Federal Supreme Court in the face of this conflict. For the preparation of the work, the methodology used was a bibliographical and documentary review, through the analysis of the doctrine, as well as the jurisprudence that deals with the subject.

KEY-WORDS: Magnum letter; Constitutionality; Unconstitutionality.

¹ Graduanda em Direito, Faculdade Santa Rita de Cássia – IFASC

² Graduanda em Direito, Faculdade Santa Rita de Cássia – IFASC

³ Graduanda em Direito, Faculdade Santa Rita de Cássia – IFASC

⁴ Prof^o Mestre Faculdade Santa Rita de Cássia - IFASC

⁵ Prof^o. Esp., Faculdade Santa Rita de Cássia - IFASC

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira surgiu no ano de 1988 e veio trazer para os cidadãos brasileiros o direito de liberdade de expressão e democracia. De acordo com Lima (2015), “a Constituição Brasileira de 1988 mostra-se preocupada em garantir que a vida no país seja democrática, de tal forma a instituir por v.g., o sufrágio universal, dando direito a todos aqueles que se coloquem como aptos a exercer este direito.”

Diante deste fato afirma-se que a Constituição é lei maior que rege o Estado, ela está no topo da pirâmide do ordenamento jurídico, e qualquer ato normativo que for contra os requisitos descritos na Carta Magna, será julgado pelo Supremo Tribunal Federal como uma norma inconstitucional.

É importante ressaltar que mesmo a Constituição sendo o sistema regulador do que é certo ou errado, ainda tem falhas em seu texto, ou seja, pode ser que ocorra dentro da própria Constituição uma norma constitucional uma vez que ela foi criada pela Constituição, porém inconstitucional por ir contra as premissas impostas pelo seu criador.

De acordo com este contexto Bachof (2008, p. 40), faz breve resumo sobre a Constituição e o Direito Supralegal, “a questão da relação entre a Constituição e o direito supralegal necessita de uma análise particular. Este problema só aparentemente foi resolvido em toda a sua extensão na Lei Fundamental pelo direito supralegal”.

Ainda neste mesmo contexto, pode ser que ocorra após a criação de uma Constituição, a comprovação da ilegalidade de uma norma ou ato constitucional da mesma, contando que esta indique uma condição para que a norma não entre em vigor. Fazendo assim que a Constituição seja eficaz, pois ela conseguiu provar que a determinada norma não cumpriu as exigências essenciais para a sua vigência.

Diante disso, o presente artigo tem como tema central, a Constituição Brasileira de 1988, em face de teoria de Otto Bachof que questiona a possibilidade de existir uma norma constitucional inconstitucional.

Neste sentido, busca-se responder a seguinte questão? Qual é a postura do Supremo Tribunal Federal em julgar uma norma constitucional inconstitucional?

Assim, através de metodologia de pesquisa bibliográfica para elaboração deste artigo, será abordada a visão de doutrinadores e juristas que escreveram sobre o assunto, além do método didático apoiado nos livros como também artigos e súmulas da Constituição.

Este trabalho justifica-se devido a importância do esclarecimento e do conhecimento sobre as normas constitucionais inconstitucionais pelo estudante de direito. Uma vez que estas podem existir ou não dentro da Constituição Federal Brasileira.

Ainda tem como objetivo geral obter informações sobre o controle de constitucionalidade sobre as normas constitucionais, os controles que são utilizados pelo Brasil.

Portanto, tem que se introduzir mais a respeito do tema abordado, contudo o mencionado artigo busca responder aos seguintes objetivos específicos: Reforçar sobre a supremacia da Constituição; informar sobre a importância do controle de constitucionalidade; abordar sobre a teoria de Otto Bachof; evidenciar qual a posição do Supremo Tribunal da Justiça no ato de julgar uma norma constitucional inconstitucional e definir o conceito de súmulas vinculantes e quais são as súmulas vigentes no Brasil.

2 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Em um primeiro momento vale ressaltar que a Constituição Federal é a maior expressão jurídica da soberania nacional. É uma ferramenta de total segurança para manutenção do Estado. Mediante a essa informação pode-se afirmar que surge então a obediência do Estado, e de toda a sociedade a lei superior que é a Carta Magna.

De acordo com Zeni (2002), “a Carta Magna é a lei qual uma sociedade se organiza e restringe atos ou exige prestações estatais, seja prescrevendo direitos, deveres e garantias, seja conferindo o fundamento de validade de todas as leis e atos normativos”.

Os atos e normas jurídicas que formam a Constituição, em argumento a sua característica e objetivos, encontram-se em um nível hierárquico avançado a todas as demais normas jurídicas que integram o ordenamento jurídico.

Piva (2009 p. 76), “a Constituição brasileira é considerada rígida eis que estabelece um processo especial, bem mais difícil do que o previsto para a alteração das demais leis. Assim, dessa rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da Constituição”.

Neste caso, torna-se necessário citar que a Constituição está no topo do sistema jurídico de qualquer país, pois nela está à própria estrutura, com normas fundamentais do Estado. Sendo assim os atos normativos devem se ajustar aos princípios e parâmetros

constitucionais, sobre a pena de reverter inconstitucionais e não pertencerem ao ordenamento jurídico.

Segundo Rodrigues (2008), “a Constituição diferencia-se dessas outras normas pelo fato de encontrar-se no topo do ordenamento jurídico, portanto, todas as outras normas são hierarquicamente inferiores a ela e, portanto, devem estar de acordo com a mesma”.

Diante do fato exposto torna-se necessário evidenciar que a Constituição é a mais poderosa norma dentro disciplina jurídica, ela está no ápice da pirâmide da ordem dos direitos jurídicos, é através dela que são regidas as demais normas dentro do Estado.

Ainda sobre a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais Bachof (2008 p. 38) diz “a discussão sobre a possibilidade de ocorrência de normas constitucionais e inconstitucionais pressupõe um entendimento acerca do conceito de Constituição”. Desta forma pode-se falar que a as normas e atos normativos são definidos constitucionais, pois seus princípios estão conforme as premissas que rege a Constituição Federal Brasileira, já os inconstitucionais vão contra essas premissas.

2.1 Formas de Controle de Constitucionalidade

A hegemonia da Constituição em relação aos demais atos normativos é uma segurança fundamental do Estado Democrático de Direito, ora pelos motivos de conceder o respeito a ordem jurídica, ora pela motivo de permitir a execução dos direitos primordiais.

Para Canotilho (2003, p. 887), “o Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de garantias e de sanções: garantias da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais”.

De acordo com este contexto surgem então técnicas de controle judicial de constitucionalidade, como recursos hábeis a manter a integridade e a supremacia constitucional.

Ainda neste mesmo assunto, Cappelletti explica:

É, exatamente, na garantia de uma superior legalidade, que o controle judicial de constitucionalidade das leis encontra sua razão de ser: e trata-se de uma garantia que, por muitos, já é considerada como um importante, se não necessário, coroamento do Estado de direito e que, contraposta à concepção do Estado absoluto, representa um dos valores mais preciosos do pensamento jurídico e político contemporâneo. (CAPPELLETTI, 1999, p. 129).

É importante citar que esses instrumentos de controle mencionados fazem precisamente que os atos normativos jurídicos tenham que considerar uma exata compatibilidade formal e material com as normas constitucionais, perante punição de serem retiradas do sistema normativo.

Em relação à supremacia da Constituição e ao controle de constitucionalidade Passos, faz um breve comentário sobre a rigidez e a flexibilidade da Constituição.

Deve-se destacar ainda que para existir controle de constitucionalidade é necessário que o ordenamento jurídico seja dotado de uma Constituição rígida. Decorre diretamente da rigidez constitucional a existência de normas jurídicas com processo de modificação diferenciado: as normas constitucionais são consideradas superiores, e assim, sujeitas a um processo de modificação mais rígido e complexo do que o processo de modificação das normas "ordinárias". Por outro lado, nos ordenamentos jurídicos que possuem Constituição flexível, não se pode falar em verdadeiro controle de constitucionalidade, posto que o Legislativo é detentor de poder constituinte ilimitado, não se podendo controlar as normas por ele expedidas em face do texto constitucional. (PASSOS, 2014).

Diante do mesmo contexto vale informar que a Constituição deve ser rígida e não flexível. Rígida no sentido de ser um ato constitucional, portanto, mais burocrático do que de uma norma inferior.

Existem autores que afirmam que é possível existir controle de constitucionalidade nos países que adotam constituições flexíveis, conforme Júnior (2008, p. 258), “a inconstitucionalidade pode se verificar em face de uma Constituição flexível, uma vez que, fixado nesta um procedimento para elaboração das leis, qualquer violação desse procedimento consistirá em inconstitucionalidade”.

Mesmo sendo possível existir o controle de constitucionalidade nas constituições flexíveis, não há como reconhecer a presença do controle por inconstitucionalidade dos conteúdos das leis neste sistema, uma vez que o processo de mudança de uma lei é semelhante ao da própria Constituição, restringindo eficácia do controle de constitucionalidade nestes modelos.

Portanto, ainda é de suma importância citar que o controle de constitucionalidade é um método de mecanismos competente a conceder a superioridade e plenitude de uma Constituição rígida, perante as demais normas do ordenamento jurídico, proveniente do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário.

2.2 Controle de Constitucionalidade Sobre Normas Constitucionais

O Supremo Tribunal Federal tem o poder de decidir sobre a constitucionalidade das normas e atos normativos que foram eleitas antes da entrada em vigor da Constituição Federal Brasileira de 1988.

De acordo com Mariano (2006, p. 18) “o Brasil adota um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis: o sistema difuso ou concreto, com efeitos *inter partis* (acontece somente entre as partes litigantes) inspirado no modelo de Marshall, e o concentrado ou abstrato, com efeitos *erga omnes* (acontece para todos não só apenas para as partes litigantes), influenciados pela modalidade europeia de Hans Kelsen”.

Sendo assim Afonso, faz uma breve explicação sobre os efeitos *inter partis* e *erga omnes*:

O caso julgado tem efeito *inter partis*, isto é, produz efeito em relação às pessoas que participaram no processo, se o fundamento da decisão respeitar as partes subjetivas no processo, *maxime* o impugnante. O caso julgado tem efeito *erga omnes*, ou seja, que produzem efeitos não só a quem fez parte do processo, mas também em todos aqueles que possam ser beneficiados ou prejudicados pela decisão. O fundamento da decisão é independente das condições das partes. (AFONSO, et al 2013).

O Brasil adota um modelo de controle de constitucionalidade misto, nos âmbitos difuso e concentrado. Inspirado nesse modelo, a constituição mantém um controle de constitucionalidade, onde, qualquer juiz, seja ele do órgão jurisdicional ou colegiado, poderia deixar de aplicar a norma no caso concreto.

2.3 Controle de Constitucionalidade Concentrado

Segundo Pimenta (2007, p. 205) “no caso do Brasil compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o exercício do controle concentrado, que se dá mediante o ajuizamento das ações constitucionais”.

Neste modelo não se debate nenhum interesse tendencioso, por não haver autor e nem réu no processo. De forma adversa ao sistema difuso, o sistema concentrado possui natureza real, com interesse maior de propor uma ação declaratória de inconstitucionalidade para argumentar se uma lei é ou não inconstitucional.

O modelo de controle Concentrado pode ser definido de diferentes formas,

Esse modelo proposto no ordenamento Constitucional austríaco vê a problemática da conformidade das leis a Constituição como uma questão de “lógica política”, por essa razão uma Corte Especial – um Tribunal

Constitucional, com competência especializada e concentrada no domínio da inconstitucionalidade, e composição adequada para essa função. O Controle de constitucionalidade nessa via será abstrato, por meio da ação direta. (CABRAL, 2009, p. 22).

Deste modo as ações diretas no sistema concentrado têm por relevância a questão da inconstitucionalidade das leis ou ações normativas federais e estaduais. Só se propõe a inconstitucionalidade, quem tiver legalidade para isso (art. 103, CF), quando a lei ou ação normativa transgredir de modo direto a Constituição Federal, ou Estadual.

2.4 Controle de Constitucionalidade Difuso

O controle difuso de constitucionalidade caracteriza-se por permitir auditoria de inconstitucionalidade por qualquer instância do Poder Judiciário. Um exemplo disso é a ampliação da forma de fiscalização das leis, onde todos os envolvidos no processo juntamente com o poder judiciário podem fiscalizar constitucionalidade das leis e atos normativos.

Sobre o conceito de controle difuso:

O cidadão pode se utilizar do controle difuso, mas, por vez, no contexto desse controle difuso, não será oportunizado o acesso ao Supremo Tribunal Federal, mesmo havendo violação a constituição pela promoção de filtros a tornar razoável o número de processos que alcançam via recurso extraordinário a instância mais elevada do Judiciário brasileiro. (SARMENTO, 2015, p.117).

O sistema difuso é exercido no contexto do caso tendo, natureza tendenciosa, por envolver interesses de autor e réu, permitindo assim qualquer juiz analisar o controle de constitucionalidade. Porém, este, não julga a inconstitucionalidade de uma lei, apenas analisa a questão e deixa de aplicá-la por achar inconstitucional àquele caso particular que está julgando.

3 INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

E um primeiro momento é necessário abordar que é habitual que as constituições oferecem disposições limitando a possíveis alterações em seu texto, tendo em vista maior proteção, rigidez e conservadorismo ao texto constitucional.

Lima (2015), afirma que “a Constituição Federal é atualmente muito criticada, pois, em média, a cada ano, sofre três emendas, sendo consideradas para alguns como um

periódico. A Constituição ganhou este “título”, devido às constantes modificações que sofreu”.

Deste mesmo modo, ainda falando sobre as alterações na Constituição Federal, Carvalho declara a sua posição sobre as variadas emendas que a Constituição de 1988 sofreu.

Inúmeras passaram a ser as emendas promulgadas á Constituição de 1988, que se aceleraram, a partir do governo Fernando Henrique Cardoso, com vistas a adaptar o texto constitucional ao chamado neoliberalismo que, como sistema político, filosófico e econômico, propõe-se a inserir o Brasil no quadro da economia mundial de mercado, chamada globalização, e esvaziar o estado dos pesados ônus que, segundo os defensores daquele sistema, vem suportando por força de alguns institutos da Constituição de 1988. (CARVALHO 2008, p. 613).

Portanto algumas modificações aparecem com o sentido de dar maior firmeza por causa de fatos sociais, e pelo legislador proveniente ter retratado diversos assuntos na Carta Constitucional, se faz que esta sofra constantes alterações.

Por outro lado vale informar que as leis podem ser de maneira formal ou material. Sendo uma lei que tenha o objetivo de alterar as premissas previstas na Constituição sem ter os requisitos necessários exigidos por essa mesma constituição seria inconstitucional por ir contra a esses princípios.

Para Bachof, a regularidade equivoca-se com a questão formal, sendo proibido qualquer ato normativo que não siga as condições formais para a sua criação. A legalidade compreendida como o desejo do povo, pode ser confundir com o direito supralegal, que para o autor é aquilo que todos anseiam devido a sua forte relação com os princípios éticos, morais e humanísticos que conduzem a sociedade e a ordem constitucional.

3.1 Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais Ilegais

A criação de uma nova ordem constitucional não tem que se discutir sobre a vontade da sociedade, uma vez que o poder constituinte é soberano, e não se vincula as regras formais. Os limites resumem-se a legitimidade, pois o poder constituinte ao criar uma nova constituição deve-se fazer de acordo com o direito supralegal.

De acordo com este contexto, Bachof, faz um comentário sobre a Constituição e o Direito Supralegal.

A questão da relação entre a Constituição e o direito supralegal necessita de uma análise particular. Este problema só aparentemente foi resolvido em toda a sua extensão na Lei Fundamental pelo direito supralegal. É certo que como Mallmann acentua com exatidão, o próprio legislador da Lei Fundamental logrou, especialmente, incorporando valores metafísicos no sistema constitucional e desse modo os reconhecendo como direito constitucional no sentido de dotado de positividade. (BACHOF, 2008, p. 40).

Por outro lado ainda é possível que no momento após a criação de uma Constituição, comprove a ilegalidade de uma norma ou ato constitucional isolado da Constituição, uma vez que esta determine uma condição para que a imposta norma entre em vigor, e a mesma não seja atendida. Sendo assim, a Constituição seria eficaz com ressalva da norma isolada que não atendeu as premissas formais necessárias para a sua vigência. Esse seria um exemplo de uma norma constitucional inconstitucional.

De acordo com Nogueira (2014), “o ordenamento jurídico brasileiro acata corrente que sustenta que a inconstitucionalidade de normas constitucionais decorre do processo de reforma da Constituição pelo constituinte derivado, sempre que haja afronta”.

A sistematização deste tema surge a partir do livro “Normas Constitucionais Inconstitucionais?” do professor Otto Bachof, no qual desafia a tese da possibilidade de declarar a inconstitucionalidade das normas constitucionais.

Diante disso Sarmiento (2015, p. 423), fala que “para se ter uma inconstitucionalidade, em princípio, sabemos que somente um ato legislativo do Poder Público pode ser utilizado como objeto, ou seja, só uma lei ou ato normativo pode ser considerado inconstitucional”.

Em virtude dos fatos mencionados pode-se citar que, um ato normativo ou norma originária da própria ordem constitucional pode ser considerado inconstitucional, e cabe ao Supremo Tribunal Federal fazer essa análise e divulgar a sua posição.

3.2 Inconstitucionalidade das Leis de Alteração da Constituição

As constituições podem ter alterações futuras em seu texto com o intuito oferecer mais segurança e integridade ao texto constitucional visando a sua supremacia. Por outro lado tem a possibilidade de uma constituição identificar que estipulada parte do seu texto não pode ser modificada, neste caso se alguma norma infringir essa constituição seria inconstitucional.

De acordo com o contexto acima, Costa comenta:

Tem-se a ideia de que uma lei de alteração da Constituição pode se tornar inconstitucional se for contrária a esta. No Brasil, sabemos que o processo de alteração da Constituição é feito pelas Emendas Constitucionais. Adotando esse rigor, teríamos que a Lei Fundamental só poderá ser alterada de acordo com os critérios estabelecidos em lei, no nosso caso art. 60 da Constituição Federal, para sua plena eficácia no ordenamento. (COSTA, 2013).

Em relação ao fato exposto pode-se ressaltar que a inconstitucionalidade dessas normas com poder de modificação, seria dada se a mesma fosse de encontro à ordem constitucional.

Segundo Bachof (2008), “uma lei de alteração da Constituição pode infringir, formal ou materialmente, disposições da Constituição formal”. Contextualizando com essa afirmação do autor, pode-se dizer que ocorre de maneira formal quando não são levadas em consideração as disposições processuais descritas para alteração da Constituição. E ocorre de forma materialmente quando a lei se sugere modificar premissas da Constituição, contrariando a declaração de constituições não modificáveis.

De acordo com este contexto conclui-se que há possibilidade dessa inconstitucionalidade transformar-se em constitucional, se ganhar força original do povo, ou seja, se a sociedade munida de legitimidade permitir a permanência dela.

3.3 Inconstitucionalidade de Normas Constitucionais em Virtude de Contradição com Normas Constitucionais de Grau Superior

Parece incoerente falar que a norma criada pela ordem constitucional seja inconstitucional, pois uma norma constitucional não deve transgredir a si mesma. Otto Bachof em sua obra questiona o seguinte: Seria possível uma lei constitucional violar a si mesma? Em primeiro momento vale informar que a norma tem disposição secundária que iria contra a Constituição.

Bachof (2008, p. 10) resalta que “excluir-se aqui a hipótese de uma norma de grau superior conter uma posituação de direito supralegal, de tal maneira que a não obrigatoriedade da norma de grau inferior pudesse advir de uma infração deste direito supralegal”.

Por outro lado o autor acredita que não é constante que se encontra uma pretensa divergência entre normas constitucionais de graus diferentes que se irá deparar com uma

inconstitucionalidade, uma vez que pode ocorrer do legislador criar exceções ao direito determinado.

Conforme Costa:

As normas constitucionais, formais ou materiais, não têm um grau de maior ou menor importância no ordenamento e diz ainda que não pareceria possível considerar inconstitucional uma norma da Constituição de grau inferior, justamente em virtude da sua pretensa compatibilidade com o conteúdo do princípio da Constituição, desde que este conteúdo de princípio seja ainda produto de uma autônoma criação de direito. Logo, a violação da lei Constitucional, nesse caso, só seria possível se a norma material ou formal violasse o direito supralegal. (COSTA, 2013).

Em virtude dos fatos mencionados torna-se necessário, portanto defender a tese do escalonamento que consiste assim: as normas materiais teriam pesos diferentes da norma formal apenas por possuir fundamento legítimo do Estado.

4 ANÁLISES TEÓRICAS

Com a discussão sobre a inconstitucionalidade das normas constitucionais, vários autores adotaram em suas obras o seu ponto de vista e de alguns juristas como Grewer, Kruger, Giese, Mallmann e Friesenhahn e Otto Bachof.

A seguir será abordado sobre a análise teórica das normas constitucionais inconstitucionais pelo jurista alemão Otto Bachof, que desenvolveu um estudo aprofundado neste tema propondo diversas segmentações para análises.

4.1 A Evolução Doutrinária

Divulgando o tema da invalidade e do conhecimento judicial do controle de normas constitucionais inconstitucionais, Otto Bachof começa a considerar sobre as posições escolhidas pela doutrina e pela jurisprudência. Nesse contexto, vale ressaltar que ambas as especialidades que compõe o ordenamento jurídico são diferentes, porém tem que reconhecer que em alguns aspectos são similares.

No que diz respeito à jurisprudência, Bachof coloca expressões retiradas dos originados tribunais alemães.

A jurisprudência parte na maioria dos casos, da seguinte igualdade: Constituição = lei constitucional = Constituição escrita = documento constitucional. Assim o VGH de Wunttemberg-Baden declara numa decisão que é de excluir a possibilidade de controle da constitucionalidade do art. 131, 3º período, da Lei Fundamental, pois que uma norma da Lei Fundamental não pode estar, por definição, em contradição com a própria Lei fundamental. (BACHOF 2008, p. 19).

O autor completa essa citação falando que a possibilidade de um tribunal ser autorizado a recusar uma aplicação de uma norma constitucional poderá acontecer quando a mesma infringir de maneira clara os princípios da lei moral.

Para Passos (2014), “não obstante ser incontestado que o constituinte brasileiro adotou o princípio da nulidade como regra geral no ordenamento jurídico, a doutrina mais moderna vem defendendo uma flexibilidade deste princípio também no Brasil, observando, sobretudo, a evolução da doutrina europeia”.

Sobre o segundo aspecto que é o doutrinário, Otto Bachof afirma que está fracionado com relação à possibilidade de declaração da inconstitucionalidade de normas constitucionais. A seu ver a divisão da doutrina fortemente representada era aquela que demandava como modelo constitucional a constituição tomada através do aspecto material e não simplesmente formal.

Ainda neste mesmo contexto, referindo-se à doutrina Bachof comenta:

Na doutrina as opiniões estão igualmente divididas, mas, em comparação, encontra-se aí mais fortemente representado a orientação que toma o padrão da constitucionalidade o direito constitucional material e também pretende estender a competência judicial de controle à compatibilidade de normas de Constituição simplesmente formais com o direito constitucional material e até em parte com o direito supralegal. (BACHOF 2008, p. 25).

Em virtude dos fatos expostos torna-se importante citar que com a finalidade de manter os princípios da proteção jurídica e da proporcionalidade, qualquer tribunal ou juiz pode não declarar a nulidade plena da lei ao analisar casualmente a sua constitucionalidade, tudo vai depender do caso que está sendo analisado.

4.2 A Teoria de Otto Bachof

Iniciamos apresentado Otto Bachof, o mesmo possui vários estudos sobre a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais baseados em suas convicções.

Sobre a importância deste doutrinador o autor Netto, faz um comentário sobre o que Otto Bachof contribuiu para a disciplina de direito.

Outro alemão que modificou este estado de coisas, afirmando que os direitos subjetivos existem em face de vinculações jurídicas que não surgem somente de lei, mas também de atos discricionários, de regulamentos administrativos. Otto Bachof criou a teoria da norma de proteção jurídica vinculativa em que sentido estrito, mas vinculações jurídicas, ou seja, basta norma prevendo um dever de comportamento para a Administração para que surja o direito subjetivo, mesmo que seja produto de poder discricionário. (NETTO 2005, p. 84).

Bachof considerava a diferenciação entre Constituição no sentido formal e no sentido material, e segmentava a análise das normas constitucionais inválidas em dois tópicos diferentes: Violação da Constituição escrita e a Violação do Direito Constitucional não escrito, porém, esses tópicos ainda são subdivididos vários subtemas.

Para Bachof (2008, p. 49), “também uma norma constitucional pode ser inconstitucional por violação do direito constitucional escrito (formal)”.

No tópico Violação da Constituição escrita, o mesmo é subdividido em: a) Inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais; b) Inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição; c) Inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior; d) Inconstitucionalidade resultante da “mudança de natureza” de normas constitucionais; e) Inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado na lei constitucional.

Segundo Bachof (2008, p. 64), “uma norma constitucional também pode ser inconstitucional em virtude da violação de direito constitucional material não escrito”.

Já no tópico Violação de Direito Constitucional não escrito os subtemas são expostos da seguinte forma: a) Inconstitucionalidade por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição; b) Inconstitucionalidade por infração de direito constitucional consuetudinário; c) Inconstitucionalidade (invalidade) por infração de direito supralegal não positivado.

Diante do fato exposto pode-se evidenciar que Bachof entende que uma norma constitucional que vai conta às premissas da nossa Carta Magma não mereça chance para recorrer a qualquer obrigatoriedade jurídica.

4.3 A Teoria das Normas Constitucionais Inconstitucionais e o Ordenamento Brasileiro

A teoria de Otto Bachof toma como sugestão a existência de um direito supralegal e classificação entre as normas constitucionais. No que se refere ao direito supralegal, o esclarecimento é pela ausência do mesmo, crendo inclusive que não tem limites ao Poder Constituinte legal.

No contexto da classificação das normas constitucionais Canotilho (2003, p. 507), aponta que “o princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional)”.

Essa abordagem trata-se do resultado racional do reconhecimento das características e definições poder constituinte, bem como a consciência metódica do ordenamento jurídico, ou seja, não se pode aceitar um procedimento baseado na interpretação de textos, mostrando relevante uma análise completa sobre o ordenamento jurídico.

Sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre normas constitucionais inconstitucionais, Cera, comenta:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a tese das normas constitucionais inconstitucionais, ou seja, de normas contraditórias advindas do poder constituinte originário. Assim, se o intérprete da Constituição se deparar com duas ou mais normas aparentemente contraditórias, caber-lhe-á compatibilizá-las, de modo que ambas continuem vigentes. Não há que se falar em controle de constitucionalidade de normas constitucionais, produto do trabalho do poder constituinte originário. (CERA, 2011).

Ainda neste mesmo contexto é importante relatar que o Supremo Tribunal Federal permite e admite apenas a oportunidade de controle de constitucionalidade em relação a ordem constituinte, portanto, as alterações e retificações devem ser norteadas pelos princípios previstos na Constituição.

5 TEORIA GERAL

A visão da lei como ato supremo é vista como o princípio dos atos legislativos e a partir do controle de constitucionalidade que podem fazer a administração dos atos constitucionais, inconstitucionais ou constitucionais inconstitucionais, uma vez que esse tipo de controle é vital para o funcionamento democrático do Estado, onde a vitalidade

básica do sistema jurídico é medido pela constitucionalidade e inconstitucionalidade dos atos normativos.

Sobre o contexto acima Filho comenta sobre o conceito de constitucionalidade e inconstitucionalidade.

Definir constitucionalidade é tarefa fácil, pois tudo aquilo que emerge do ordenamento jurídico ordinário é presumidamente constitucional, pois vigora o princípio da presunção de constitucionalidade. Entende-se que o controle preventivo é exercido com eficácia, e que dá suporte constitucional às normas. Agora, definir inconstitucionalidade não é tão simples como parece. Não podemos dizer que inconstitucionalidade é tudo aquilo que contraria a Constituição. Pois, há casos que pode ser ilegalidade. (FILHO, 2005).

Sobre o contexto e constitucionalidade é importante evidenciar que um ato constitucional é aquele que surge no ordenamento jurídico e da Constituição, pois, prevalece as premissas constitucionais.

Ainda sobre esse mesmo assunto Bachof (2008), “a questão da relação entre a Constituição e o direito supralegal necessita de uma análise particular. Este problema só aparentemente foi resolvido em toda a sua extensão na Lei Fundamental pelo direito supralegal”.

5.1 Jurisprudência do STF

De acordo com o Tribunal Superior Eleitoral (2015), “Jurisprudência é o conjunto das decisões dos tribunais, no exercício da aplicação da lei. Representa a visão do Tribunal, em determinado momento, sobre as questões legais levadas a julgamento”.

De acordo com o conceito acima pode-se dizer que a jurisprudência é a posição tomada pelo Tribunal Superior Eleitoral mediante a um fato julgado.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não permite em tese que as normas constitucionais inconstitucionais, ou seja, não são admitidas normas que vão contra a Constituição. Portanto se o analista da situação se deparar com algumas normas contraditórias acomoda-se a ele concordar de modo que as duas sejam vigentes.

Sobre o princípio da unidade da Constituição Novelino (2009, p. 77), revela “consiste numa especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e conflitos existentes entre as normas constitucionais”. Através

do desvio da apresentação dos dispositivos da segmentação bloqueia declaração de inconstitucionalidade de uma norma constitucional originária.

De acordo com esse sentido o parecer do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 815 / DF, em: 28/03/1996. EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. “A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

De modo adverso, observando por outro lado às cláusulas rígidas não podem ser solicitadas para o favorecimento da tese de inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em relação às normas constitucionais superiores, para tanto a Constituição presume apenas a limitação ao Poder Constituinte proveniente revisão da ordem constitucional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou demonstrar a importância da supremacia da Constituição de 1988 uma vez que ela está no topo da pirâmide do ordenamento jurídico e sua função perante as demais divisões dessa pirâmide.

O controle de constitucionalidade é um método utilizado para o gerenciamento das leis e atos normativos, e a sua relação com os requisitos proposto pela Constituição. É através desse controle que o Supremo Tribunal Federal faz a análise das normas constitucionais e inconstitucionais e as que são constitucionais inconstitucionais ao mesmo tempo.

Na pesquisa que foi desenvolvida confirma-se que existem dois tipos de controle de constitucionalidade o concentrado onde somente os legisladores podem propor a inconstitucionalidade, já o controle difuso qualquer instância do Poder Judiciário pode fazer essa proposta.

Ainda neste mesmo contexto analisando o assunto controle de constitucionalidade deve-se evidenciar que as normas devem seguir os princípios impostos pela Constituição, e qualquer lei ou ato normativo que vá contra esses requisitos é determinado como norma inconstitucional.

Nota-se, portanto, que Otto Bachof já referia em sua tese o questionamento de existir dentro do ordenamento jurídico uma norma que fosse determinada constitucional que por algum motivo se tornou inconstitucional, ou seja, normas que estão vigentes dentro da Constituição que por objeto específico, fez com que a mesma se tornasse uma norma constitucional inconstitucional.

Em atributo aos casos aqui citados conclui-se que na legislação brasileira as normas devem seguir o conceito estabelecido na Constituição de 1988, e que as normas que fogem a esse exercício serão condenadas viciadas.

Diante deste fato deve-se informar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não aceita de forma alguma que exista dentro da formação jurídica de um país uma norma constitucional inconstitucional.

Torna-se necessário portanto afirmar que a Constituição é a lei maior que rege o Estado, e que pode ser que exista dentro do ordenamento jurídico uma norma constitucional inconstitucional e cabe ao Supremo Tribunal da Justiça- STJ fazer a análise e determinar se aquela determinada lei ou ato normativo é considerado constitucional ou inconstitucional, sempre levando em consideração as premissas impostas pela Carta Magna.

7 REFERÊNCIAS

AFONSO, Osvaldo da Gama, *et al.* **Direito Processual Administrativo Angolano: noções fundamentais.** 1ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2013.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** 2ª Ed. Coimbra: Editora Almedina, 2008.

BERNARDES, Vainer Marcelo. **Controle de Constitucionalidade e suas formas no ordenamento jurídico pátrio.** 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/35685/control-de-constitucionalidade-e-suas-formas-no-ordenamento-juridico-patrio#ixzz3sM9KIpeP> Acesso em: 05 nov. 2018

CABRAL, Francisco. **Controle de Constitucionalidade.** 1ª ed. Salto: Editora Schoba, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 7 Ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo**. 14ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

COSTA, Allison. **Nomas Constitucionais Inconstitucionais: a premissa de inconstitucionalidade de Otto Bachof**. 2013. Disponível em: <<http://allisoncosta.jusbrasil.com.br/artigos/117360292/nomas-constitucionais-inconstitucionais-a-premissa-de-inconstitucionalidade-de-otto-bachof>> Acesso em: 05 nov 2018.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade e acesso á Jurisdição Constitucional**. 2008. Disponível em: <<http://brasiljuridico.com.br/artigos/control-de-constitucionalidade--e-acesso-a-jurisdicao-constitucional.-por-dirley-da-cunha-junior>> Acesso em: 05 nov. 2018.

LIMA, Filipe Antonio de Oliveira. **A Constituição Brasileira: da Constituição Imperial á Constituição Cidadã**. 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6352> Acesso em: 05 nov. 2018.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A Contratualização da Fundação Pública**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

NOGUEIRA, Jorge Henrique de Saules. **Elementos da teoria da inconstitucionalidade de normas constitucionais de Otto Bachof**. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32589/elementos-da-teoria-da-inconstitucionalidade-de-normas-constitucionais-de-otto-bachof>> Acesso em: 23 nov. 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3ª ed. p.77. São Paulo: Editora Método, 2009.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Controle de Constitucionalidade e Ação rescisória em matéria tributária**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda, 2006.

PASSOS, Anderson Santos dos Passos. **Normas Inconstitucionais Constitucionais?** 2014. Disponível: <<http://pensodireito.com.br/03/index.php/component/k2/item/110-normas-inconstitucionais-constitucionais>> Acesso em 05 nov. 2018.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmin. **Teoria da Constituição**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

PIVA, Otávio. **Exame de Ordem**. 2ª Ed. Curitiba: IESDE Brasil S.A, 2009.

PINHEIRO, Rodrigo Paladino. **A súmula como ferramenta facilitadora do Direito**. 2015. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2374> Acesso em: 05 nov. 2018.

RODRIGUES, Luiza Antonaccio Lessa. **Princípio da Supremacia da Constituição**. 2008. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Princ%C3%ADpio_da_Supremacia_da_Constitui%C3%A7%C3%A3o> Acesso em: 05 nov. 2018.

SARMENTO, Leonardo. **Controle de Constitucionalidade e temáticas afins**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em: 05 nov. 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>> Acesso em: 05 nov. 2018.

ZENI, Laisla Fernanda. **A Supremacia da Constituição e o Controle de Constitucionalidade**. 2002. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/612/A-Supremacia-da-Constituicao-e-o-Controle-de-Constitucionalidade> Acesso em: 05 nov. 2018.