

INTRODUÇÃO

Neste artigo pretendemos analisar, de forma perfunctória, porém crítica, o fenômeno da inconstitucionalidade da lei cuja execução, na prática, implica na perpetração de uma grave injustiça. Para tanto, faremos uma revisão das origens da teoria da Separação dos Poderes, passando à análise das funções do Estado, em especial a função de legislar. No cerne do estudo, abordaremos a questão da inconstitucionalidade da lei cuja execução, na prática, consagre uma injustiça, analisando o que a doutrina de autores modernos e clássicos tem debatido a respeito do tema.

Traremos um caso concreto para ilustrar o debate sobre os impactos sociais e econômicos que uma lei injusta ou de validade duvidosa pode ocasionar enquanto não lhe for reconhecida e declarada a sua inconstitucionalidade, trazendo ao debate alguns questionamentos sobre possíveis fundamentos que autorizariam a desobediência civil quando a aplicação da lei injusta possa afrontar os princípios de justiça.

DESENVOLVIMENTO

A) A FUNÇÃO DO ESTADO NA PRODUÇÃO DAS LEIS

Para abordar o tema da função do Estado em legislar, é preciso rever os processos históricos em que se originou a teoria da Separação dos Poderes, segundo a qual ao Estado compete legislar para sociedade. Desde a Antiguidade clássica surgiram pensadores, em especial Aristóteles, que já identificavam que em todo Estado havia a presença de três funções principais, quais sejam: a legislativa, a executiva e a judiciária. Essa divisão tripartida das funções do Estado foi melhor estudada a partir dos séculos XVII e XVIII por autores como Locke, Bolinbroke e Montesquieu, sendo este último o teórico que condensou e exprimiu com mais clareza e teoria da separação dos poderes, adotada pelos Estados modernos com o objetivo de evitar que o poder se concentre nas mãos de uma única pessoa, sob pena de se criarem Estados Absolutistas, que não permitem contestação.

Assim, estabeleceu-se o Princípio da Separação dos Poderes, em que criou-se um modo de governar em que os poderes legislativo, executivo e judiciário possam atuar de forma separada, mantendo-se independente e harmônica, mas preservando as características de cada

poder ser uno, indivisível e indelegável. Embora haja divergências na doutrina quanto ao modelo teórico em que se estabeleceu o mito de uma rigorosa separação dos poderes, porque na prática está demonstrado que o poder executivo poderá interferir no poder legislativo (poder de veto e medidas provisórias), assim como o poder legislativo interfere no poder executivo em face do direito de vigilância sobre o executivo, na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir prestação de contas da administração, ainda assim prepondera a teoria da separação dos poderes.

Antes de adentrarmos ao tema relativo à função do Estado no que concerne à produção das leis, é preciso salientar que o termo “função”, em se tratando da dogmática das funções do Estado, pode ser verificado em dois sentidos. O primeiro sentido diz respeito à sua finalidade, a sua tarefa ou responsabilidade no que diz respeito à incumbência. O segundo sentido refere-se à sua atividade, considerando essa como características próprias. O constitucionalista português Jorge Miranda conceitua a função do estado, no que se refere à atividade, como sendo a sua “*ação, modelo de comportamento*”.¹ No caso em que a função do Estado é vista como uma tarefa, o autor aponta o nascedouro de uma aliança firmada com a sociedade a fim de legitimar o exercício do poder. No segundo caso, refere a evidente manifestação de poder político, que exige uma análise sob uma perspectiva tríplice: a) material; b) formal; c) orgânica.

Seja qual for o sentido atribuído ao termo “função” do Estado, todos convergem para a máxima do Princípio da Separação dos Poderes descrito na obra de Montesquieu, cujo cerne da teoria está em prevenir-se contra o aparecimento de um governo opressor. A preocupação central deste princípio é evitar a tirania de um único mandatário, impedindo-o de praticar sozinho as atividades de legislar, reger o governo e realizar os julgamentos, sob pena de caracterizar os regimes monárquicos absolutistas vigentes até meados do século XVIII na Europa.

Era preciso um sistema para impedir a concentração de poderes, atribuindo poder em diferentes órgãos ou entes visando preservar as liberdades e os direitos dos cidadãos, o que se faz pela limitação do poder e separação de poderes. Segundo Montesquieu²: “*Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe mais liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o*

¹ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense. 3ª Ed. 2011. p. 353

² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 168

mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.”

Dessa forma, seguindo o Princípio da Separação dos Poderes, emerge a competência do Poder Legislativo para a produção das normas que irão reger toda uma coletividade, devendo, por princípio, fazerem as normas alinhadas à Lei Fundamental de seu país.

A Lei como Ato Privativo do Parlamento

Após analisar a origem da divisão triconômica dos poderes do Estado, para a melhor compreensão das questões referentes à inconstitucionalidade da lei injusta, é importante analisar a função atribuída ao Estado na produção das leis. A Constituição Federal preceitua em seu artigo 2º que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A noção de independência e harmonia é o corolário do Princípio de Equilíbrio entre os Poderes, inclusive, como cláusula pétrea inserida no artigo 60, §4º, III, da mencionada carta, muito embora a compreensão mais adequada se dar no sentido da interdependência ou coordenação e harmonia funcional. Desde o início, na dinâmica constitucional estadunidense, o Sistema de Freios e Contrapesos busca evitar a sobreposição de um dos poderes sobre os demais, fator que caracteriza a humanidade de buscar sobrepor seus interesses sobre os demais.

Vale lembrar que no Brasil, a Constituição Cidadã de 1988 conferiu ao Poder Legislativo maior possibilidade de “freios”. Da ampliação das atribuições do Poder Legislativo não cuidaremos neste momento, mas é oportuno observar que dentre as inúmeras razões que motivaram a referida preferência, destaca-se que o Poder Legislativo, diante de sua maior representatividade popular, pode ser reconhecido como o poder político por excelência. A regra geral é de que a produção da lei constitui-se em ato privativo do parlamento, nas três esferas, pode ser concretizado nas câmaras de vereadores (em âmbito municipal) e nas assembleias legislativas dos estados e do Distrito Federal (em âmbito estadual).

Em âmbito federal, a produção legislativa se dá no Congresso Nacional, composto de duas casas legislativas, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, porque o Brasil adota o sistema bicameral³. O ato de legislar, segundo Celso Ribeiro Bastos⁴, pode ser definido da seguinte forma:

“ *A função legislativa consiste em estabelecer as normas gerais e abstratas que regem a vida em sociedade. É dizer, não são comandos concretos voltados para pessoas determinadas mas uma manifestação de vontade a ser feita valer toda vez que ocorrer um fato descrito na norma.*”

A produção das leis, assim, consiste na atividade de competência do Poder Legislativo. Todavia, segundo o autor “*A feitura das leis, ela mesma, não é hoje uma atividade exclusiva do Legislativo. Nela interfere o Executivo, ao vetá-la ou sancioná-la.*”⁵

B) A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI INJUSTA E DESOBEDIÊNCIA CIVIL

A Constituição Federal do Brasil anuncia em seu preâmbulo a criação de um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos individuais e coletivos, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores fundamentais a uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a ordem interna e internacional sempre visando à solução pacífica das controvérsias.

A nossa constituição nos assegura que todo o poder emana do povo que o exercerá por meio de representantes eleitos, consagrando a harmonia e a independência entre os poderes, garantindo a construção de um estado democrático de direito tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e assegurando o pluralismo político. São postulados que buscam promover as mais altas aspirações e que não se coadunam com fenômenos negativos como a inconstitucionalidade da lei injusta. Trata-se de evidente conflito entre o direito e a moral.

Para a análise do conflito entre a lei injusta e a constituição, tal qual o conflito entre o direito e a justiça, bastante presente no nosso arcabouço jurídico, é importante trilharmos o

³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 408-409.

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. São Paulo: Saraiva. 1989. 2. Ed., atual. P. 77

⁵ Op. Cit. P. 80

estudo de Juarez Freitas⁶ que, ao abordar o tema, introduz a crítica ao *positivismo*, referindo que “o direito não pode ser somente forma, sob pena de parecer com ela.” Ou seja, os juristas não podem e não devem ficar adstritos à lei e fechar os olhos para o injusto, porque o direito nasce e vive em função da lógica dialética. Freitas manifesta a sua clara oposição à visão de Hans Kelsen⁷, por considerá-la limitadora e abstrata ao negar “que há um abismo concreto entre a lógica formal e a lógica que comanda a vida.”⁸ O direito não pode ser considerado um mero instrumento cheio de dogmas e formalismos. Ele precisa estar associado e ser utilizado como um instrumento de promoção dos preceitos de justiça, sob pena de configurar-se um instrumento de barbárie e de opressão.

Dessa forma, não podemos concordar com a dissociação entre direito e moral. Nesse sentido, refere Juarez Freitas⁹: “Antes de tudo, porém, sem nenhuma contradição com nossa proposta transdogmática, importa assinalar que não pode servir a dois senhores, isto é, ou se advoga uma deontologia jurídica que seja capaz de manter a lealdade à justiça real e concreta ou não estaremos mais com as leis da justiça, em que pesem todos os argumentos em defesa da segurança das instituições.”

Verifica-se que a mesma aceção tende a ser adotada por Ronald Dworkin que defende uma ligação estreita entre questões jurídicas e questões morais, constituindo parte importante à compreensão do debate sobre a desobediência civil à lei injusta. Refere Dworkin¹⁰: “A Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens.”

O ser humano, de posse da consciência dos princípios da justiça, poderia deixar de obedecer à lei? Para muitos autores, a tolerância a um caso de desobediência civil, quando se

⁶ FREITAS, Juarez. A Substantial Inconstitucionalidade da Lei Injusta. Petrópolis: Vozes. 1989. p. 17.

⁷ Kelsen leciona: *O que se chama de uma conclusão analógica geralmente não representa processo lógico, o que ainda muito mais procede para a chamada conclusão jurídico-analógica. Pois a fixação da norma individual efetua-se através do órgão aplicador do Direito – como mostrado – mesmo na hipótese em que esta norma individual corresponda a uma norma geral já vigente, que liga ao fato típico no geral por ela definido uma consequência jurídica por ela no geral determinada e, por conseguinte – como no caso da conclusão analógica – não cria Direito novo, também não por um processo lógico de pensamento.* KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris. 1986, p. 345.

⁸ Op. cit. p.19

⁹ Op. cit p.18

¹⁰ DWORKIN, R. Levando os Direitos à Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 285

tratar de uma lei injusta, pode ser tolerável porque faz parte do próprio conceito de Estado Democrático de Direito. Entretanto, a questão traz um paradoxo: de um lado sabemos que do pressuposto de que em um Estado Democrático de Direito todos estão sujeitos às leis, por outro lado, é necessário que a desobediência esteja devidamente justificada, devendo ser demonstrada a prevalência dos Princípios Constitucionais.

Entretanto, é bastante controvertido o tema acerca dos limites da desobediência quando o fundamento para violar uma norma se pautar na chamada objeção de consciência. A resposta ao problema vem sendo buscada em fundamentação tanto filosófica quanto jurídica, sendo importante destacar a influência decisiva das teorias de John Rawls e Ronald Dworkin, que apresentam divergências sobre especificamente o ponto da objeção de consciência como fundamento da desobediência à lei tida como duvidosa ou injusta.

John Rawls apresenta a teoria da justiça como representando igualdade, justificando a desobediência civil alicerçada em princípios políticos publicamente aceitos, recusando os aspectos morais, enquanto Ronald Dworkin, diferentemente, afirma que em toda lei existe um conteúdo moral, razão que toraria possível admitir-se a desobediência com base na objeção de consciência.

Para Dworkin o problema da desobediência civil não é o da validade ou invalidade da lei, pois se a lei for válida deve ser obedecida. Por outro lado, se a lei for inválida, por ser inconstitucional, estaria autorizada a sua desobediência. Dworkin entende que deve ser sopesado na desobediência civil a validade duvidosa ou ambígua da lei, pois segundo o autor o que torna duvidosa a validade da norma seriam as razões morais.

Daí a necessidade de trazer as razões constitucionais para se interpretar os fundamentos da desobediência civil a uma lei injusta. Dworkin¹¹ manifestou no seguinte sentido: *“Pelo menos nos Estados Unidos, quase todas as leis a que um número significativo de pessoas seria tentado a desobedecer por razões morais são também duvidosas, – quando não claramente inválidas – por razões constitucionais. A Constituição torna a nossa moral política convencional relevante para a questão da validade.”*

¹¹ DWORKIN, R. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 318

As teorias de Rawls e Dworkin convergem no sentido de apontar os princípios constitucionais como fundamento plausível a autorizar a desobediência civil. Divergem, entretanto, quanto à abrangência das razões que possam ser arguidas em favor daquele que pratica a desobediência civil. Significa dizer que enquanto Rawls adota a teoria vinculada ao ideal de Estado, em que a desobediência civil deve estar restrita aos princípios constitucionais previamente estabelecidos e publicamente aceitos, Dworkin prefere ampliar os fundamentos pelos quais se justificaria a desobediência à lei injusta, admitindo que, além dos princípios constitucionais, também as razões morais, chamadas de objeção de consciência, podem servir de substrato à justificativa do descumprimento da lei.

C) A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI INJUSTA – SOLUÇÕES POSSÍVEIS

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A constituição é o fundamenta do poder político de uma nação. Segundo a obra de Jorge Miranda¹² *“a Constituição é o fundamento de validade, substancial e formal, de todos e de cada um dos atos dos seus órgãos, projeta-se sobre eles, determina, direta ou indiretamente, a sua subsistência.”*

Quando se trata de inconstitucionalidade de uma norma, MIRANDA leciona que *“a invalidez compagina-se com a pluralidade de valores jurídicos (negativos) dos atos inconstitucionais”*. O autor leciona ainda que os valores jurídicos da inconstitucionalidade ou do ato inconstitucional são os diferentes graus de apreciação da inconstitucionalidade e podem ser classificados em a) a inexistência jurídica; b) a nulidade; c) anulabilidade e d) irregularidade.

Afirma o constitucionalista português que todos os vícios relacionados à inconstitucionalidade da norma podem levar à responsabilidade civil do Estado, referindo assim: *“(…) a inconstitucionalidade pode não apenas atingir o ato enquanto tal mas também constituir uma relação jurídica obrigacional entre o Estado e um particular que, por causa desse ato, tenha um seu direito ou interesses ofendidos e sofra um prejuízo passível (mesmo que não patrimonial) de avaliação pecuniária.”*¹³

¹² MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense. 3ª Ed. 2011. p. 455

¹³ MIRANDA, Jorge. Op. Cit. p. 461

Quanto às questões referentes à responsabilidade civil do Estado por ato oriundo do Poder Legislativo e executado pela Administração Pública, o Art. 37, §6º, da Constituição Federal do Brasil determina que “*as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos atos de seus agentes que, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e de culpa.*”

Mas a pergunta é o que fazer quando tratamos da responsabilidade civil do Estado frente à lei injusta? Uma das conclusões lógicas seria o aviamento, por quem de direito, de uma ação direta inconstitucionalidade, com efeito *erga omnes*. Se esta alternativa não for adotada, cabe ao cidadão que se sentir lesado suscitar a questão em ação própria, com efeito *inter partes*. Como o controle difuso é exercido no âmbito de um caso concreto, essa declaração não produzirá efeitos para outras partes além daquelas que constem do processo.

Além da responsabilidade civil (e criminal) do Estado, Jorge Miranda refere ainda uma forma muito particular de punição também prevista na própria constituição consistente na responsabilidade política baseada no princípio de prestação de contas por parte dos órgãos de poder traduzida em juízos de mérito de caráter político. Nesse passo, o autor alerta para a diferença entre responsabilizar a *representação* e responsabilizar a *fiscalização*:

- a primeira, inerente à democracia representativa e efetivada ou, difusamente, através da sujeição à crítica dos cidadãos no exercício das liberdades fundamentais ou, especificamente, em eleições no final dos mandatos dos titulares eleitos ou por outros procedimentos;
- a segunda, integrada nos mecanismos próprios de certos sistemas (como o parlamentar ou o semipresidencial), em que a subsistência do Governo depende do Parlamento.¹⁴

Certamente aqui estamos a tratar o aspecto filosófico dos efeitos da responsabilidade do Estado, cuja repercussão certamente redundará em prejuízos políticos aos infratores. No caso, o dever de responder civil, criminalmente e politicamente pelos atos dos agentes políticos que permitiram o ingresso de uma lei inconstitucional – e injusta – no arcabouço jurídico de um país.

¹⁴ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense. 3ª Ed. 2011. p. 461

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito que preconiza a nossa Constituição Federal é aquele que se governa por meio de leis justas. Este artigo buscou destacar que a realidade pode ser diferente da idealizada pela Constituição Federal, na medida em que a sociedade convive na prática com a inconstitucionalidade da lei injusta.

Com base nos diversos autores analisados, compreendeu-se como identificar uma lei injusta e quais os possíveis mecanismos de defesa contra esta anomalia.

Ao final, podemos concluir que o debate entre direito moral deve continuar presente na produção legiferante, visto que justiça de uma norma se assenta especificamente nas razões morais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Saraiva. 1989.
- DWORKIN, R. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- DWORKIN, R. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- DWORKIN, R. **A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- DWORKIN, R. **Levando os Direitos à Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FREITAS, Juarez. **A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta**. Petrópolis: Editora Vozes. 1989.
- FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri, SP: Manole, 2012.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris. 1986.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense. 3ª Ed. 2011.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas. 2008
- RAWLS, J. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. **A Crise Paradigmática do Direito no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo**. In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Suplemento Especial Comemorativo. Belém. v. 41, n. 81, Jul./Dez./2008