

## A Crítica equivocada do Positivismo Jurídico ao Brocardo *Lex Iniusta Non Est Lex*

*Legal positivism's mistaken critique of Brocardo Lex Iniusta Non Est Lex*

Gerson Neves Pinto<sup>1</sup>

Andressa Marafon de Quadros<sup>2</sup>

**RESUMO:** O debate envolvendo a lei injusta só se tornou proeminente a partir de Aquino, quando começou a ser reproduzido pelo slogan *leis injustas não são leis*. A propagação desse slogan pelos próprios teóricos do Direito Natural recebeu uma posterior crítica positivista, que o rotulou de falso e sem sentido. A partir deste slogan, o artigo visa demonstrar que a doutrina positivista detém uma interpretação equivocada do slogan.

**Palavras-chave:** Lei Injusta. Norman Kretzmann. Herbert Hart

---

1 Doutor pela École Pratique Des Hautes Etudes - Sorbonne, Paris (2011) e Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1998). Atualmente é professor no Programa de Pós-Graduação em Direito- PPGD (Mestrado e Doutorado - CAPES 6) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. E-mail: gerson.p@terra.com.br

2 Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, mestranda em Direito pela Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

**ABSTRACT:** The debate over unjust law became prominent only after Aquino, when it began to be reproduced by the slogan unjust laws are not laws. The propagation of this slogan by Natural Law theorists themselves received a later positivist criticism, which labeled it false and meaningless. From this slogan, the article seeks to demonstrate that the doctrine positivist holds a mistaken interpretation of the slogan

**Keywords:** unjust law. Norman Kretzmann. Herbert Hart

## 1 INTRODUÇÃO

Embora a tradição clássica do Direito Natural tenha se preocupado em abordar o problema envolvendo a promulgação de leis injustas, este debate só se tornou proeminente com Agostinho, quando este afirmou: “[...] me parece que uma lei que não seja justa não é lei” (Agostinho, 1995: 36). Tal frase foi posteriormente retomada por Aquino, (Aquino, 2005, Suma Teológica (ST), I-II, Q. 95, a2, p. 576) o grande responsável pela notoriedade dela.

O debate a respeito de leis injustas ganhou força após os ensinamentos de Aquino, pois foi apenas a partir dele que vários autores começaram a reproduzir esse problema por meio do slogan *leis injustas não são leis* – comumente citado em latim *lex iniusta non est lex*.

Não se sabe quem foi o primeiro a reproduzir o debate nestas palavras, uma vez que o *slogan*, em si, não é encontrado em Agostinho, muito menos em Aquino (Kretzmann, 1988: 101).

A propagação desse slogan pelos próprios teóricos do Direito Natural abriu margens a uma posterior crítica positivista (Finnis, 2007: 348-9). Pois, a partir disso, gerou-se

uma problemática em torno de um suposto *paradoxo* (Hart, 2011: 12) (como uma *lei* injusta *não será* uma *lei?*), rotulado de falso e sem sentido pela doutrina positivista, como veremos posteriormente em Austin e Hart.

O Direito Natural, em sua essência, defende uma conexão necessária entre o Direito e a moral, enquanto o Positivismo argumenta o oposto, e modo que o problema da lei injusta não encontra espaço no Positivismo, pois, uma vez banida a justiça, o único critério disponível para a verificação de uma lei diz respeito à *validade*.

Dessa forma, os críticos positivistas, ao se depararem com o a afirmação *leis injustas não são leis*, atribuíram-lhe interpretação literal, como se o Direito Natural negasse, sob qualquer hipótese, a validade de leis injustas. No entanto, tais conclusões parecem um tanto enganosas. Ao citar Agostinho a respeito da injustiça de uma lei, Tomás sequer chegou a contestar a validade ou caráter de uma lei enquanto tal, mas ele quis dizer, na verdade, que essas leis estariam *corrompidas* de acordo com a *moral*, deixando implícito um critério valorativo (Finnis, 2007: 348).

Dessa forma, Aquino (Aquino, 2005: ST, I-IIa, Q. 96, q.4: 590) divide as leis em duas categorias: *justas* ou *injustas*; tendo ainda estabelecido critérios para que a verificação de uma lei (in)justa seja possível. Assim, em se tratando de uma lei *justa*, isso ocorre porque a lei está de acordo com sua finalidade, autoria e forma (Aquino, 2005, ST, I-IIa, Q. 96, a.4: 589). Se injusta, o será por qualquer falha nestes três critérios anteriormente mencionados, ou ainda será injusta se contrária à lei divina.(ST, I-IIa, Q. 96, a.4: 590).

Quanto à obrigatoriedade de uma lei injusta, esta é tratada por Aquino apenas no que diz respeito ao *foro da consciência*, e dois veredictos estão disponíveis: o cidadão pode ter o dever de desobediência, ou ainda pode estar obri-

gado a obedecê-la para evitar escândalos ou perturbações (ST, I-IIa, Q. 96, a.4: 589).

Assim, quando os teóricos do Direito Natural utilizam a expressão *lex iniusta non est lex*, concedem a tais regras uma validade legal, e não o contrário (Finnis, 2007: 349). E esses mesmos autores chegam a afirmar que poderá haver necessidade de obediência de certas regras tidas como injustas, a fim de preservar a segurança jurídica. Ou seja, ao contrário do que a crítica positivista defende, o que se questiona com a afirmação *leis injustas não são leis*, não é a condição ou definição de *lei*, mas uma desvirtuação de finalidade desta, o que implica em um critério valorativo (Finnis, 2007: 349).

Dessa forma, apresentaremos os principais argumentos dos críticos positivistas a respeito da lei injusta, em especial ao slogan *non est lex*, tendo como principais referenciais teóricos: Austin, Kelsen e Hart. O pensamento desses autores será sintetizado a partir de uma crítica feita por Norman Kretzmann. E por fim, no que concerne especificamente à lei injusta e seu caráter de obrigatoriedade, veremos quais são os critérios de inclusão de uma lei, apresentados por Kretzmann, e posteriormente, os casos em que haverá injustiças nas leis a partir de Tomás de Aquino.

## 2. A CRÍTICA POSITIVISTA

Para o Positivismo, o sistema jurídico “[...] é visto como um conjunto de normas dispostas hierarquicamente [...]”, em que, diante da necessidade de segurança, objetividade e previsibilidade no momento de se identificar o Direito, foi decretada a autonomia deste com relação à moral (Barzotto, 2000: 19). O jusnaturalismo, pelo contrário, é fortemente identificado por apresentar um critério de justiça para que se possa definir o Direito – estando nele incorporado, uma certa

valoração (Kelsen, 2000: 558). Consequentemente, a doutrina positivista exclui o conceito de justiça para que pudesse definir o Direito, uma vez que isso poderia causar o oposto do pretendido: insegurança, subjetividade e imprevisibilidade, diante das múltiplas concepções de justiça.

Como bem colocado por Bazzoto (2000: 20): “Recusada a justiça e a eficácia como critérios de juridicidade, o positivismo vai ter de elaborar o seu próprio critério. Este será a ‘validade’. Norma jurídica não é norma justa ou eficaz, mas a norma válida”.

Embora não haja qualquer negação do Direito Positivo por parte do Direito Natural (Finnis, 2007: 40), em razão do reconhecimento da necessidade e utilidade da lei humana, seja para guiar as ações humanas, ou como forma de compelir o indivíduo a agir corretamente; autores como Austin, Kelsen e Hart<sup>3</sup> repudiam o jusnaturalismo em suas publicações (Finnis, 2007: 30). Neste contexto, a tese jusnaturalista pareceu superada (Reale, 1984: 1), mas ainda assim não foi possível negar seu reconhecimento e a sua importância enquanto problema histórico.

Os críticos modernos atribuíram diversos significados ao slogan *non est lex*, como por exemplo:

[...] ‘o que é totalmente imoral não pode ser lei’, ou que ‘certas regras não podem ser lei por causa de sua iniquidade moral’, ou que ‘estas coisas perversas não são lei’, ou que ‘nada que seja iníquo pode ter em qualquer lugar o status de lei’, ou que ‘exigências moralmente iníquas... não [são] em nenhum sentido lei’, ou que ‘não pode existir uma lei injusta’. (Finnis, 2007: 349 -grifo do autor).

3 Sobre a noção de obediência em Austin e Hart, ver o artigo de Carlos Bernal Pulido: **Austin, Hart e Shapiro: três concepções sobre o direito como entidade fundada em um prática social**, in Revista Brasileira de Estudos Políticos (RBEP UFMG), Belo Horizonte, n. 107. pp. 43-98- jul./dez. 2013.

Nenhum desses outros slogans foram utilizados pela tradição da teoria da lei natural, pois esta preferiu fazer uso da expressão *leis injustas não são leis*. Apesar de a origem desse slogan ser desconhecida (Kretzmann, 1988: 101), ele encontra fundamento em Agostinho e Aquino, tendo gerado diversas interpretações, especialmente no que diz respeito a seu sentido literal, de que uma lei tida como injusta, *não é uma lei*.

Como o Positivismo excluiu o conceito de justiça da lei, e seu único critério de inclusão passou a ser a *validade*, é compreensível que essa mesma doutrina, ao se deparar com o slogan *leis injustas não são leis*, tenha relacionado o verbo *ser* diretamente com a validade, e não outra coisa, como se verá a seguir.

## 2.2 Hans Kelsen

Kelsen não chegou a contestar o slogan de maneira direta, no entanto, tamanha é sua relevância teórica para o Positivismo, que o estudo de suas ideias é imprescindível para a sintetização do problema envolvendo a lei injusta seja possível.

Kelsen se preocupou em conceber o Direito como uma ciência desvinculada dos conceitos de moral e de justiça. “Na medida em que a Justiça é uma exigência de Moral, na relação entre Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito” (Kelsen, 2009: 67).

No entanto, Kelsen (2000: 9) não repudia completamente a ideia de que o Direito Positivo deva atender aos critérios de justiça. Quando o autor desvincula esses conceitos de uma teoria pura do Direito, está, na verdade, alegando a incompetência da Ciência do Direito para apreciar tais questões (Kelsen, 2000: 9).

Quando no plano do *ser*, o Direito Natural entra em conflito com o Direito Positivo, pode surgir a discussão de que este direito é *bom* ou *mau*, *justo* ou *injusto* (Kelsen, 2000: 561). De outro modo, quando o Direito Positivo avalia a conduta humana (o plano do *ser*), a classificará esta conduta como *lícita* ou *ilícita*.

Neste mesmo sentido, o Direito também está alinhado à coação, pois procura inibir a prática de determinadas condutas, que, se praticadas, serão opostas a uma coerção (Kelsen, 2009: 71). De modo que as ações do indivíduo serão classificadas tão somente como *lícitas* ou *ilícitas*.

No que diz respeito às regras morais, estas são incapazes de imputar quaisquer sanções ao indivíduo, mas apenas uma aprovação ou reprovação de sua conduta (que seria contrária à moral) (Kelsen, 2009: 71). Restando evidente que se trata de espécies de normas diferentes.

Portanto, uma lei que preenche requisitos formais suficientes para se enquadrar no conceito de lei, será válida. Não havendo razões para contestar sua invalidade ante o argumento de ser injusta. Se uma norma é válida, esta deve ser obedecida. Tal validade não decorre de sua conformidade com uma lei da natureza, mas tão simplesmente de um processo legislativo.

Por tais razões, o debate envolvendo leis injustas não tem espaço na doutrina kelseniana, uma vez que o autor voltou toda a sua teoria para a criação do Direito enquanto ciência, desvinculando-o dos conceitos de moral e de justiça.

Desse modo, por ser o Direito um sistema de normas, a validade de uma lei implicará no dever de obedecê-la.

### 2.3 Herbert Hart

Ao tratar da moral em sistemas jurídicos, Hart (2011: 12) fala de certas exigências morais neles presentes, e o exemplo mais óbvio de uma coincidência de proibições tanto do di-

reito quanto da moral seria a criminalização do homicídio, em que existe uma ideia de *justiça* que parece unir Direito e moral, pois sendo a moral a virtude mais próxima do mundo jurídico, parece totalmente apropriada ao Direito. O autor conclui essa ideia com a seguinte afirmação: “Pensamos e falamos de ‘justiça, *de harmonia com o direito*’ e, todavia, também de justiça ou injustiça *das leis*” (Hart, 2011: 12).

Em consequência, o Direito acaba por ser compreendido como uma vertente da moral e/ou da justiça, devido sua compatibilidade com princípios daí decorrentes – o que é uma concepção jusnaturalista.

No que diz respeito a isso, Hart (2011: 12) entende que o problema dos adeptos de uma teoria do Direito Natural é que estes parecem fazer uma confusão entre uma conduta que é obrigatória com alguma outra, de tal modo a inaugurar uma certa discussão envolvendo *lei vs. moral*.

Assim a asserção de que ‘uma lei injusta não é lei’ tem o mesmo timbre de exagero e paradoxo, senão de falsidade, que as afirmações ‘as leis do parlamento não são leis’ ou ‘o direito constitucional não é direito’ (Hart, 2011: 12).

Ao fazer referência ao slogan, Hart cita expressamente Agostinho e Aquino, mesmo que esta afirmação não apareça em nenhum desses autores, assim como nenhum deles, ao fazer tal referência, tem a intenção de demonstrar o conceito de lei ou desconsiderar sua validade enquanto tal.

Ao tratar ainda da conexão necessária entre Direito e a moral existente na tradição tomista do Direito Natural, Hart (2011: 170) explica as ideias centrais desta tradição da seguinte forma:

- a) os princípios são fruto da razão humana, mesmo que tenham uma origem divina (Hart, 2011: 170).
- b) a segunda afirmação, e a mais problemática, diz “[...] que as leis elaboradas pelos homens que contrariam

estes princípios não são direito válido. ‘Lex iniusta non est lex’” (Hart, 2011: 170).

- c) e ainda, no que diz respeito ao caráter de obrigatoriedade de uma lei injusta, esta não deveria ser obedecida em decorrência de uma obrigação moral (Hart, 2011: 171).

Como dito anteriormente, a afirmação mais problemática do autor diz respeito ao slogan *non est lex*, uma vez que foi tratado exclusivamente em seu sentido literal, servindo de base para que Hart entendesse que, para aquela tradição, leis injustas são inválidas.

Outra interpretação equivocada do autor, como se verá mais tarde, é que a tradição tomista não tem como pretensão apenas que leis consideradas injustas sejam desobedecidas. Pelo contrário, há entendimento no sentido de que, embora injustas, estas leis podem não estar desprovidas de seu caráter imperativo, o que se vê no próprio Tomás de Aquino (2005: I-II, Q. 96, a.4, p. 590) e ainda em John Finnis (2007: 349). Dessa forma, no que diz respeito à afirmação *leis injustas não são leis*, Hart desconsidera que haja qualquer atribuição de validade legal à essas leis para qualquer propósito. (Finnis, 2007: 349).

## 2.4 O Equivocado Olhar Positivista a Respeito do Slogan “Leis Injustas Não São Leis”

Primeiramente, o Direito Natural não nega o Direito Positivo com relação a sua utilidade ou necessidade. Os teóricos do Direito Natural não estão interessados em “[...] minimizar o alcance e a exatidão da lei positiva ou a suficiência geral das fontes positivas como formas de se resolver problemas legais” (Finnis, 2007: 282). O objetivo dessa tradição é, na

verdade, mostrar que a lei *positiva* tem de estar guiada por princípios morais, isto é, derivar da lei natural, uma vez que esta é capaz de apresentar critérios para o que é ou não razoável na prática, e é também capaz de atender às questões relacionadas à justiça e injustiça das leis (Strauss, 2009: 4).

Dessa forma, são esses princípios superiores que buscam justificar o próprio Direito Positivo, de modo a estabelecer critérios de razoabilidade prática, para que se possa fornecer um guia tanto ao cidadão quanto àqueles em posição de autoridade, como juízes e legisladores (Finnis, 2007: 282).

Para Kretzmann(1988: 99), o conceito de lei é muito associado com o sistema de justiça de um estado. No entanto, não é incomum que o cidadão tenha a percepção de que determinadas leis são *injustas*, ainda que a definição dessa injustiça caia na subjetividade do indivíduo. E são essas concepções diversas acerca daquilo que é justo que questionam a insuficiência do Direito Natural, assim como a incapacidade de compreensão humana deste. Em contraponto, Strauss (Strauss, 2009: 88), argumenta que é a própria natureza das coisas, e não as convenções, que poderá definir, no caso concreto, aquilo que é justo ou injusto.

Na busca por *segurança* e *objetividade*, a solução encontrada pelo Positivismo foi aderir ao critério da *validade*, como critério único de inclusão da lei no sistema, deixando a *moral* para outras áreas do conhecimento. Nesse sentido, havendo então uma distinção entre o plano do *ser* e do *dever ser*, uma conduta contrária à lei será, no máximo, considerada *lícita* ou *ilícita*.

Dentro desse sistema, a validade ou a invalidade de uma lei pode ser explicada pela *teoria do ordenamento jurídico*, em que a norma não é considerada em sua forma isolada, mas em todo o conjunto de normas vigentes (Bobbio, 1995: 132-3). Assim, a inaplicabilidade da lei, dentro desse complexo

sistema, diz respeito a uma *incoerência* ou *incompatibilidade* de normas dentro do próprio sistema. Isto é, a inaplicabilidade da lei não decorre do argumento de ser *injusta*. Entendido isso, quando os críticos positivistas se depararam com a afirmação *leis injustas não são leis*, interpretaram-na em sua forma literal. E, assim, identificaram um problema de *validade*, pois, se a lei só pode ser válida, aquilo que não é lei será, de maneira contrária, inválida.

Dessa interpretação, verifica-se a existência de um paradoxo no slogan (Hart, 2011: 12), pois como algo será uma lei e ao mesmo tempo *não o será*?

No que diz respeito à doutrina clássica do Direito Natural, Platão, Aristóteles, Cícero, Agostinho e até mesmo Aquino fazem referência às leis injustas como leis moralmente más (Kretzmann, 1988: 101), e não à *leis em sentido nenhum*. Para esses autores, a lei positiva deve buscar o bem comum – que é, de acordo com Finnis (2007: 172), o propósito da justiça. Se uma lei não atender a tal finalidade, não significa que se trata de uma lei inválida; pelo contrário, não perde sua qualificação enquanto lei, apenas será ilegítima (Platão, 1980: 715b), corrompida (Aristóteles, 1932: 1282 b13), importará em um corrupção de lei (Aquino, 2005: I-IIa. Q. 95, a. 2, p. 576) e, portanto, será injusta.

Assim, percebe-se que a propagação deste problema por meio da expressão latina (*lex iniusta non est lex*) gerou uma má compreensão do debate sob a ótica positivista (Kretzmann, 1988: 101), que por já estar *contaminada* com os argumentos de sua própria ideologia na tentativa de buscar maior segurança, preferiu aderir ao critério de *validade* como solução única de inclusão de uma lei.

Como uma forma de responder à crítica positivista, Kretzmann (Kretzmann, 1988: 99), faz um abordagem diferenciada acerca desse problema, de modo a demonstrar

que, apesar de esses críticos terem entendido o slogan em seu sentido literal, esta expressão não é tão absurda e pode explicar o que ele chama de *juízo negativo* acerca das leis injustas. Para maior compreensão, esse *juízo negativo* pode ser representado por *x não é x*, o que será esclarecido a seguir.

Partindo da análise do Tratado das Leis de Aquino, e com a intenção de explicar a valoração negativa das leis injustas, Kretzmann (Kretzmann,1988: 102), elucida uma questão bastante interessante a respeito de espécies naturais e convencionais, cujas condições podem ser tanto valorativas quanto não valorativas. Em se tratando de espécies naturais, podemos pegar o exemplo de um cavalo, cujas condições de inclusão são totalmente não valorativas – assim, não há dúvidas do que seja ou não um cavalo. Já no que diz respeito às espécies convencionais, a exemplo do conceito de belo, este possui condições essencialmente valorativas de inclusão, variável de acordo com quem o aplica.

Isto posto, Kretzmann (Kretzmann,1988: 102), está interessado em demonstrar que as espécies convencionais podem apresentar condições de inclusão tanto valorativas quanto não valorativas, estando aqui enquadrado o juízo negativo a respeito das leis injustas. Para isso, o autor explica a sua tese da seguinte forma (Kretzmann,1988: 102-3):

Tanto um *soneto* quanto um *arqueólogo* possuem condições não valorativas de inclusão, satisfeitas pelo simples preenchimento dos requisitos necessários para que se enquadrem em tal classificação. No entanto, também é possível que estejam sujeitos a um juízo negativo, não sendo absurdas as seguintes proposições: *Ele não é um arqueólogo* e *Isso não é um soneto* no caso de serem ruins ou apresentarem uma desvirtuação com relação às suas funções. Dessa forma, esse juízo negativo só é possível se as condições não valo-

rativas estiverem efetivamente preenchidas, de modo que o que se contesta não é o fato de um arqueólogo não ser um profissional com formação para tal, ou o fato de um poema não apresentar as condições necessárias à classificação de um soneto. O que se contesta, em verdade, é o fato de essas coisas não serem verdadeiramente o que deveriam ser, visto uma desvirtuação em suas funções. Da mesma forma, é impossível negar que hajam sonetos ou arquitetos *ruins*, o que poderia perfeitamente estar de acordo com o sentido técnico da palavra, mas sem o ser de maneira genuína e verdadeira.

Transportando isso para o mundo jurídico, não nos parecem completamente estranhas às afirmações: *ele não é um advogado* ou *ele não merece ser chamado de advogado*, ao fazer referência a um profissional ruim que não se propõe a defender os interesses de seus clientes da maneira como deveria, ou seja, que não cumpre satisfatoriamente com a finalidade da profissão. Tudo isso, sem sequer contestar se este indivíduo preenche ou não os requisitos exigidos pelo Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.<sup>4</sup>

Assim, quando elaborado um julgamento negativo, este se trata da espécie em questão, sem a intenção de desclassificá-la no sentido técnico. Retomando os ensinamentos de Platão, este tem o entendimento de que leis que não são direcionadas ao bem comum, além de ilegítimas, se consideradas justas, isso representaria ainda um *abuso* da expressão (Platão, 1980: 715b). Cícero (Cícero, 1967: 47), por sua vez,

---

4 “Art. 8º. Para inscrição como advogado é necessário: I - capacidade civil; II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada; III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro; IV - aprovação em Exame de Ordem; V - não exercer atividade incompatível com a advocacia; VI - idoneidade moral; VII - prestar compromisso perante o conselho”. BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 2010.** Dispõe sobre o estatuto da advocacia e a ordem dos advogados do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2019.

afirma que leis promulgadas por *ladrões* não são realmente dignas de tal nomenclatura. Aquino (Aquino, 2005: I-IIa. Q. 96, a.2, p. 576) defende ainda que uma lei contrária à natureza *não* será uma lei, mas uma forma corrompida. Vemos aqui, portanto, um critério moral implícito.

Esclarecido isso, tais julgamentos negativos não podem ser considerados exageros ou paradoxos, pois é possível que essas condições valorativas de inclusão estejam associadas àquilo que possui alguma função que afeta os seres humanos, e o julgamento negativo é proveniente da não realização dessa função (Kretzmann, 1988: 103). Dessa forma, entende-se que o julgamento negativo de uma lei é apropriado, uma vez que esta apresenta tanto condições valorativas quanto não valorativas de inclusão. Além disso, a lei apresenta uma importante função humana (Kretzmann, 1988: 103).

A crítica positivista, por outro lado, chegou a conclusões equivocadas acerca do brocado latino *non est lex*, o que reflete o Positivismo legal (Kretzmann, 1988: 106-7). Apesar disso, se entendido de maneira adequada, esse *slogan*, e como demonstrado por meio dos argumentos de Kretzmann, se revela sensato, condizente com o bom senso e útil (Kretzmann, 1988: 107).

Como exposto anteriormente, o debate a respeito das leis injustas ficou na mira da crítica positivista em razão da sua conexão com o Direito Natural e também com a lei divina (Kretzmann, 1988: 107), até mesmo porque, o conceito tradicional do Direito Natural possui uma vinculação necessária com uma providência divina (Finnis, 2007: 58).

Ante o exposto, percebemos que a discussão envolvendo leis injustas não encontra espaço dentro do Positivismo, ante a separação do Direito e da Moral.

## 2.5 O positivismo contemporâneo pós-Hart e a questão da obediência

O positivismo contemporâneo afirma que reconhecer a existência da lei não implica afirmar que ela deva ser obedecida. É o caso de Hart. Como vimos, uma definição restrita de direito que exclua do âmbito do direito sistemas tidos como injustos, retiraria o seu caráter de sistemas jurídicos, isto nos obrigaria a “excluir certas regras ainda que elas exibam todas as outras características complexas do direito”. Isto acarretaria, como afirma Hart, “apenas confusão poderia resultar de uma proposta de relegar o estudo destas regras a uma outra disciplina”<sup>5</sup>.

Um outro problema que Hart vai apontar com relação à obediência é a possibilidade do “abuso de poder oficial”, onde seria “necessário que se preserve o senso de que a certificação de algo como legalmente válido não é conclusivo acerca da questão da obediência; independentemente de quão grande seja a aura da majestade ou autoridade que detém o sistema jurídico, suas demandas devem, finalmente, submeter-se ao escrutínio moral”. Esta noção de que há algo extrínseco ao sistema jurídico a que os cidadãos podem tomar como referência no que se refere à questão da obediência, é algo que tem muito mais chances de prosperar “entre aqueles que estão acostumados à idéia de que as leis podem ser injustas, muito mais do que entre aqueles que pensam que

---

5 “Nothing is to be gained in the theoretical or scientific study of law as a social phenomenon by adopting the narrower concept: it would lead us to exclude certain rules even though they exhibit all the other complex characteristics of law. Nothing, surely, but confusion could follow from a proposal to leave the study of such rules to another discipline”. H.L. A. HART, *The Concept Of Law*, Second Edition, With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 209

nada que é iníquo pode adquirir o *status* de direito”<sup>6</sup>. O que Hart está fazendo é afirmar que o erro está em considerar a moralidade como um critério de validade jurídica. Dito de outro modo, a questão da obediência seria moral, mas está desconectado do trabalho propriamente jurídico, sobre a validade ou não da norma. Como dirá Kramer: “nenhum positivista jamais disse que o Direito é *não-moral*”<sup>7</sup>. Vemos então que a tese da separabilidade em Hart, baseia-se na idéia de que “confundir invalidade<sup>8</sup> e imoralidade é um erro que nos impede de ver a complexidade e a variedade dessas questões distintas”<sup>9</sup>.

---

6 “Wicked men will enact wicked rules which others will enforce. What surely is most needed in order to make men clear-sighted in confronting the official abuse of power, is that they should preserve the sense that the certification of something as legally valid is not conclusive of the question of obedience, and that, however great the aura of majesty or authority which the official system may have, its demands must in the end be submitted to a moral scrutiny. This sense, that there is something outside the official system, by reference to which in the last resort the individual must solve his problems of obedience, is surely more likely to be kept alive among those who are accustomed to think that rules of law may be iniquitous, than among those who think that nothing iniquitous can anywhere have the status of law.” H.L. A. HART, *The Concept Of Law*, Second Edition, With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 210.

7 “Whereas no legal positivist has ever contended that law is non-moral, virtually every legal positivist contends that the efforts by natural-law theorists to portray law as inherently benign or legitimate [...] are unfounded.” KRAMER, Matthew H.H.L.Hart. Medfort: Polity, 2018, p. 156

8 Para aprofundar acerca do significado da locução “direito válido” para o positivismo jurídico, ver o artigo de Dimitri Dimoulis: **A relevância prática do positivismo jurídico**, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*(RBEP UFMG), Belo Horizonte, n. 102. pp. 215-253- jan./jun. 2011.

9 “A concept of law which allows the invalidity of law to be distinguished from its immorality, enables us to see the complexity and variety of these separate issues; whereas a narrow concept of law which denies legal validity to iniquitous rules may blind us to them”. - H.L. A. HART, **The Concept Of Law**, Second Edition, With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 211.

Ronald Dworkin criticou fortemente o rumo que o positivismo tomou depois de Hart, sobretudo em seu capítulo intitulado “Trinta anos depois” de seu livro *A Justiça de Toga*<sup>10</sup>. Neste texto, Dworkin se voltou contra a função meramente descritiva a que estava confinada a teoria do direito por essa visão positivista, a qual não captaria a complexidade de sua natureza interpretativa. O que Dworkin vai criticar é esta manobra conceitual de alguns positivistas descritivistas pós-hartianos. Afinal, qual seria o sentido de uma teoria positivista nos oferecer um conceito de direito totalmente desvinculado da questão da obediência, a qual é uma questão fulcral em nossa sociedade. Em outras palavras, o que essa teoria ainda poderia explicar sobre o fenômeno jurídico? Mas foi em *A raposa e o porco-espinho*<sup>11</sup>, ao falar que talvez devêssemos ver o direito como um ramo da moral, que Dworkin desenvolveu plenamente a sua última tese, numa grande integração de sua teoria, amarrando seus aspectos ético, estético, moral, político e jurídico sob a tese da unidade do valor. Para ele, os conceitos jurídicos não poderiam ser simplesmente explicados de uma maneira neutra, desengajada, como se tratasse de um fato bruto. Aquele que tenta interpretar um conceito jurídico está imediatamente convocado a justificá-lo, isto é, a interpretá-lo sob a sua melhor luz, dentro de uma narrativa histórica e segundo seu “propósito”. Haveria uma dimensão prescritiva justaposta na interpretação.

Do lado do positivismo, a maioria dos autores não se animou a abandonar o projeto descritivo, assumir o

---

10 DWORKIN, Ronald. **Justiça de toga**. Sao Paulo: Martins Fontes, 2021. p. 265-314.

11 DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 239-291.

convencionalismo, e passar a disputar com Dworkin outra interpretação para os casos. Não ofereceram um modelo alternativo ao de Dworkin, por julgarem que essa não era sua função. Um bom exemplo disso é Scott Shapiro<sup>12</sup>, para quem “desacordos teóricos seriam simplesmente um produto das disputas sobre quais os propósitos são de fato os objetivos do sistema ou sobre qual metodologia melhor harmoniza com aqueles objetivos”. Mais uma vez, os positivistas (inclusivos e exclusivos)<sup>13</sup> contornaram as tentativas dworkiniana de atraí-los para um plano de discussão sobre o conteúdo do direito.

Vendo desta maneira a evolução do debate, a atitude analítica do positivismo de separar a identificação do direito e da obediência ao direito, apenas adia o problema teórico de explicar a obediência. Ao afastar a obediência da lei como decorrência da validade, o positivismo desloca o problema, mas não o resolve. Dizer que ela tem que ser resolvida depois, em uma teoria moral, seria apenas fazer em dois momentos aquilo que deveria ser explicado em um ato único, tal como vimos na epistemologia integrada proposta por Dworkin, a qual defende que o conceito de direito deve ser descrito e justificado ao mesmo tempo.

---

12 Shapiro, Scott J., **The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed** (March 5, 2007). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>. Acesso em: 30 out 2022.

13 Sobre a distinção entre o juspositivismo inclusivo e o exclusivo, ver o artigo de Stanley L. Paulson: **A ideia central do positivismo jurídico** in Revista Brasileira de Estudos Políticos(RBEP UFMG), Belo Horizonte, n. 102. pp. 101-137, jan/jun. 2011.

### 3. Leis justas vs. leis injustas

Tomás de Aquino se preocupou em estabelecer critérios que viabilizassem a identificação de injustiças nas leis. Dessa forma, é imprescindível que sua obra seja analisada. Para melhor compreensão do Tratado das Leis de Aquino, abordaremos primeiramente os critérios de identificação da lei humana, trazidos por Kretzmann.

#### 3.1 Os Critérios de Identificação da Lei Humana

Para a análise dos critérios de identificação da lei humana, Kretzmann(1988: 110-116), sugere a leitura das questões 90 e 91 do *Tratado das Leis* de Aquino, em que podemos encontrar duas definições de lei: “[...] não é outra coisa que uma ordenação da razão para o bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado da comunidade” (Aquino, 2005: I-IIa. Q. 90, a. 4 p. 527-8), e ainda, “[...] nada é lei senão certo preceito da razão prática no príncipe que governa uma comunidade perfeita” (Aquino, 2005: I-IIa. Q. 91, a.1, p. 529).

Dessas duas definições as seguintes condições de inclusão de uma lei podem ser extraídas:

(A) uma diretriz da razão; (B) com vistas ao bem comum; (C) promulgada pelo governante; (D) pertencendo a uma comunidade completa; [...] (E) conduzindo as pessoas a ou as impedindo de realizar certas ações; (F) tendo poder de coerção; [...] (G) designada para ser obedecida<sup>14</sup> (Kretzmann, 1988: 111-112- tradução nossa).

Para Kretzmann(1988: 112), tais condições podem ser divididas em duas categorias: valorativas (morais) – A e B,

---

14 “(A) a directive of reason, (B) aimed at the common good, (C) promulgated by the government, (D) pertaining to a complete community, [...] (E) leading people too or restraining them from certain actions, (F) having coercitive power, [...] (G) intended to be obeyed”. KRETZMANN, op. cit., p. 111 – 112.

e não valorativas (formais) – C, D, E, F e G. Deste modo, veremos que uma lei poderá ser injusta de diferentes modos e mesmo assim não deixar de ser lei no sentido técnico, razão pela qual, ao contrário da crítica positivista, não representa um paradoxo falso ou absurdo. Para exemplificar isso, Kretzmann (1988: 111-112) traz o caso de um pai de família, que pode estabelecer determinadas regras que satisfaçam todas as condições acima mencionadas, exceto a condição (D) – pois tais regras obrigariam apenas a um grupo específico e não a uma comunidade completa. Ausente, portanto, uma das condições formais, tais regras estabelecidas não seriam contadas como leis, nem mesmo que tecnicamente.

Torna-se então notório que as condições valorativas só serão analisadas se as condições formais já estiverem satisfeitas (Kretzmann, 1988: 113). Não havendo no que se falar em uma lei injusta a respeito de algo que não pertença a esta espécie. Tanto que Finnis (2007: 349) defende a atribuição de validade legal para a lei injusta, apenas pela adição da palavra *lei* ao slogan. Portanto, para que se possa fazer uma análise das condições morais de inclusão de uma lei, é necessário que antes disso as condições formais já estejam devidamente preenchidas.

Assim, de acordo com Aquino, para que algo seja contado como lei, é necessário que todas as condições formais estejam satisfeitas. Se ainda presentes as condições morais, tratar-se-á de uma lei plena (Kretzmann, 1988: 113). Em *contrario sensu*, leis que não satisfazem as condições valorativas, não são leis completas.

A natureza injusta de uma lei não está explicitamente em (A) e (B), tanto que *justiça* não aparece como uma das condições morais de inclusão (Kretzmann, 1988: 113-114). No entanto, o caráter de justiça está relacionado à racionalidade e à realização do bem comum. Esta última parte corrobora

com a definição de Finnis(2007: 137) no sentido de que o bem comum é o objetivo da justiça.

Em consequência, uma lei que não esteja de acordo com a razão e/ou não esteja destinada ao bem comum será, para Aquino, injusta.

Ao fazer esta avaliação, Aquino trata de uma lei tirânica:

[...] deve-se dizer que a lei tirânica, uma vez que *não é segundo a razão*, não é simplesmente lei, mas antes certa perversidade da lei. E, contudo, enquanto tem algo da razão de lei, pretende que os cidadãos sejam bons. Não tem, com efeito, da razão de lei senão que é *ditame de alguém que preside sobre os súditos*, e pretende que os *súditos sejam obedientes à lei*, isto é, que sejam bons, não absolutamente, mas em ordem a tal regime. (Aquino, 2005: I-IIa. Q. 92, a.1, p. 544 - grifo nosso).

Nesta passagem, verifica-se claramente que as condições formais C (promulgada por um governante) e G (designada para ser obedecida) estão preenchidas, havendo ainda razões suficientes para se afirmar que as condições D (pertence a toda uma comunidade), E (conduzindo pessoas ou as impedindo de realizar certas ações) e F (com poder de coerção) também estão presentes. Apesar disso, a condição moral A (de acordo com a razão) não está presente, o que leva Tomás a crer que essa lei tirânica não é uma lei plena, mas uma perversão (Kretzmann, 1988: 115).

Importante destacar ainda que a não satisfação das condições morais não tiram o caráter da lei em si. Ela continua sendo tecnicamente uma lei, no entanto, é uma lei desvirtuada. Mostrando, mais uma vez, que os críticos do slogan *lex iniusta non est lex* fizeram uma leitura equivocada do tema.

### 3.2 A Lei Injusta e seu Julgamento no Foro da Consciência

Ao tratar a respeito da lei injusta e sua obrigatoriedade, Aquino insere o problema no artigo 4 da questão 96, intitulado: *A lei humana impõe ao homem a necessidade no foro da consciência?*

Depreende-se do título da questão, que o problema possui um conteúdo moral, pois, para Tomás, a avaliação valorativa das leis é feita pela chamada *lei do intelecto* – a consciência do indivíduo, havendo uma conexão essencial entre esta e a lei natural (Kretzmann, 1988: 116).

Para Tomás “As leis impostas humanamente ou são justas, ou injustas” (Aquino, 2005: I-IIa. Q. 96, a.4, p. 589).

Assim, as leis serão justas de três formas:

- a) quanto ao fim: se destinadas ao bem comum;
- b) quanto ao autor: se a lei não exceder a autoridade daquele que a promulga;
- c) quanto à forma: se obrigações impostas aos indivíduos são feitas de acordo com a igualdade e proporcionalidade, visando ainda o bem comum.

De outro modo, a lei pode ser injusta de duas formas distintas:

- a) se contrária a qualquer uma das disposições anteriores; ou
- b) se decorrer de uma afronta a um bem divino – isto é, a lei divina revelada na Escritura (Aquino, 2005: I-IIa. Q. 96, a.4, p. 590).

Esse julgamento ocorre na consciência do indivíduo, e embora Tomás tenha em mente *a consciência do cidadão*

*religioso* ao tratar de tais questões, Kretzmann(1988: 117) entende que qualquer sujeito, ainda que não cristão, poderia fazer esse julgamento enquanto ser racional, pois provido de consciência, ainda que guiado minimamente pelos preceitos da lei natural. Ou seja, qualquer pessoa poderia julgar, em sua própria consciência, a (in)justiça de uma lei humana.

Deste julgamento, três resultados seriam possíveis, podendo uma lei ser:

- a) justa;
- b) injusta com relação ao fim, autor e/ou forma; ou
- c) injusta por ser contrária à lei divina.<sup>15</sup>

Quando uma lei satisfizer as condições apresentadas por Aquino( 2005: I-IIa. Q. 96, a.4, p. 589)., esta é tida como justa e tem o condão de obrigar uma pessoa no foro da consciência.

Obviamente não haverá respostas universais para saber se essas condições estão efetivamente presentes. Dessa forma, o princípio solucionador para tal questão, apresentado por Kretzmann(1988: 118), é a aplicação da dúvida a favor da lei, isto é, uma lei será justa até que provada sua injustiça.

Em sentido contrário, se uma lei não satisfizer as condições apresentadas por Aquino, esta será injusta com relação ao fim, autor e/ou forma, como se verifica pela passagem a seguir:<sup>16</sup>

De um modo, por serem contrárias ao bem humano, contrariamente ao que foi dito anteriormente: ou *em razão do fim*, como quando alguém que preside impõe leis onerosas aos súditos, não pertinentes à utilidade comum, e mais à própria cobiça e glória; ou também *em razão do autor*, como quando alguém legisla além

---

15 Ibid., p. 118.

16 AQUINO, op. cit., questão 96, a4, p. 589.

do poder que lhe foi atribuído; ou também *em razão da forma*, por exemplo, quando de modo desigual as obrigações são distribuídas à multidão, mesmo se se ordenam ao bem comum. E essas são mais violências que leis [...]. Portanto, tais leis não obrigam no foro da consciência, a não ser talvez para evitar escândalo ou a perturbação, em razão do que o homem deve ceder de seu direito [...](Aquino, 2005: I-IIa. Q. 96, a.4, p. 590 - grifo nosso).

No que diz respeito à obrigatoriedade dessas leis, há uma divisão de duas formas:

- a) esta lei não obriga o indivíduo no foro da consciência, e por esta razão ele teria um dever moral de não obedecê-la; e
- b) a obrigatoriedade desta lei se verifica pela necessidade de evitar escândalo ou desordem, mesmo que isso importe na renúncia de um direito.

Assim, parece que apenas nos casos em que a injustiça fosse extrema, esse dever moral de não obediência poderia ser exercido (Kretzmann, 1988: 119). Caso contrário, ainda que uma lei seja injusta, deverá ser respeitada por questões de ordem ou para evitar escândalos ou perturbações, mesmo que inexista obrigatoriedade no foro da consciência (Aquino, 2005: I-IIa. Q. 96, a.4, p. 590).

Já o segundo tipo de injustiça ocorrerá quando uma lei for contrária à lei divina, e esta deve prevalecer na consciência do indivíduo como critério de julgamento de uma lei humana. Assim, havendo a conclusão de que se trata desse tipo de injustiça, há a obrigação de desobediência, mesmo que isso importe em escândalo ou desordem.

De outro modo, as leis podem ser injustas por serem contrárias ao bem divino, como as leis dos tiranos que induzem à idolatria ou a qualquer outra coisa que seja contrária à lei divina. E tais leis, de modo algum, é lícito observar, porque, como diz o livro dos Atos, 'é necessário obedecer mais a Deus do que aos homens' (Aquino,

2005: I-IIa. Q. 96, a.4, p. 590).

Embora nesta espécie de injustiça haja uma relação necessária com a religiosidade, e por consequência tal julgamento só pudesse ser feito por um cidadão cristão Kretzmann(1988: 120) acredita que uma versão secularizada está disponível pelo fato de que qualquer consciência poderia detectar uma lei evidente, inteira e intolerantemente injusta. A exemplo de uma lei que viesse a sancionar o abuso infantil – o indivíduo teria o dever de desobedecê-la, em razão de haver um bem humano em risco, e não necessariamente um bem divino.

Importante destacar que existirá um dever moral de não obediência apenas quando a lei for contrária à lei divina. Diferentemente do que ocorre com a lei injusta com relação ao fim, ao autor e à forma, visto que, nestes casos, há apenas um direito de desobediência se a injustiça for extrema, ou se ainda a desobediência não causar escândalos ou perturbações.

Quando Aquino tratou de *escândalo ou desordem*, Kretzmann(1988: 121) entende que aquele autor só tinha uma coisa em mente: encorajar um procedimento de decisão moral, prescrevendo um diagnóstico para o dano decorrente da desobediência civil. Pois, de acordo com ele, o poder impositivo de uma lei enfraquece com a violação do costume. E em razão dessa significativa graduação de injustiça, não haveria um motivo, à primeira vista, justificável à desobediência civil. Por isso, não seria um incentivo à rebelião, mas apenas uma resistência ou obediência conscientes (Kretzmann,1988: 121-122).

Nesse sentido, uma pessoa que, de acordo com sua consciência, se opõe à lei, está indicando a necessidade de alteração ou revogação desta. Neste mesmo sentido, para Aquino, “[...] a lei humana não deve jamais ser alterada a não

ser que o bem comum seja compensado de algum modo na proporção em que foi enfraquecido quanto a esse aspecto” (Aquino, 2005: I-IIa. Q. 97, a.2, p. 598).

De qualquer forma, em quaisquer casos de injustiça anteriormente apresentados, as leis em questão continuam sendo leis no sentido técnico, ainda que não sejam plenas. Por isso, uma lei injusta não deixa de ser uma lei enquanto tal. O que está de acordo com o seguinte trecho da questão 93, em que Aquino trata da lei humana associada à lei eterna:

[...] a lei humana tem tanto razão de lei quanto é segundo a razão reta e de acordo com isso é manifesto que deriva da lei eterna. Enquanto, pois, se afasta da razão eterna diz-se assim lei iníqua, e assim não tem razão de lei, e, sim, mais de certa *violência*. – Entretanto, na mesma lei iníqua, enquanto se conserva algo da semelhança da lei em razão da ordem do poder de quem legisla, também nesse sentido deriva da lei eterna: ‘todo poder’, com efeito, ‘vem do Senhor Deus’, como diz na Carta aos Romanos (Aquino, 2005: I-IIa. Q. 93, a.2, p. 552 - grifo nosso).

Quando Aquino utiliza a expressão *violência*, também podemos verificar o julgamento negativo de uma lei injusta, de modo a demonstrar um desvio de finalidade.

#### 4. CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo delinear o debate a respeito de leis injustas, cuja propagação se deu por meio do slogan *leis injustas não são leis*, de modo a demonstrar que a doutrina Positivista atribuiu uma interpretação equivocada ao brocado latino. Ademais, procuramos apresentar os fundamentos apresentados por Aquino para que seja possível identificar uma lei como injusta, assim como o seu caráter de obrigatoriedade.

Primeiro, no tocante à origem do debate por meio do slogan *leis injustas não são leis*, embora não se saiba quem

foi o primeiro a tratar do problema por meio do referido brocado latino, este encontra suas origens em Agostino e Aquino – que são os autores frequentemente citados quando se faz referência ao problema. No entanto, a afirmação *lex iniusta non est lex* não aparece em Agostinho, muito menos em Aquino.

Quando Tomás trata da lei humana, ele aderiu à mesma *tendência* antes constatada em Platão, Aristóteles e Cícero – a de se referir às leis injustas como formas *desviadas*. Isso se verifica quando o autor faz o uso das expressões *corrupção* e *violência* para fazer menção às leis humanas que não derivam da lei eterna ou não estão em conformidade com a lei natural.

Pelos motivos anteriormente expostos, entende-se que quando esses autores fazem menção às *leis injustas*, em momento algum eles deixaram de atribuir à elas validade legal, mas quiseram dizer, na verdade, que essas leis estavam desviadas de sua finalidade: a busca pelo bem comum, que é tratada por Finnis como a própria finalidade da justiça.

No tocante à crítica positivista acerca da lei injusta, especialmente acerca de seu entendimento a respeito do slogan *leis injustas não são leis*, vimos que a doutrina Positivista repudia o Direito Natural, em razão da separação do Direito e da moral. Essa ruptura foi um produto da necessidade de busca pela segurança e previsibilidade, o que não seria possível se a definição do Direito fosse dependente das múltiplas concepções de justiça. Assim, o Positivismo adotou o critério da validade, que implica, de uma maneira geral, nas seguintes afirmações: uma norma será válida ou inválida, e a conduta do indivíduo será lícita ou ilícita.

Austin e Hart interpretaram o slogan em seu sentido literal, como se o Direito Natural negasse, sob qualquer hipótese, a existência de uma lei injusta enquanto *lei*.

Kelsen não chegou a enfrentar o slogan diretamente, mas pela sua teorização do Direito, verificamos que a lei

injusta não encontra espaço na teoria kelseniana, uma vez que o Direito, enquanto Ciência é incompetente para apreciar questões envolvendo a *justiça*.

Austin chega a mencionar que existe uma diferença entre a *existência* e o (*de*)*mérito* de uma lei, como uma forma de criticar o slogan. No entanto, é justamente isso que a tradição do Direito Natural defende: a existência de um defeito na lei que não implica em sua desclassificação enquanto tal.

Nesse sentido, a propagação do problema da lei injusta por meio da expressão *leis injustas não são leis* foi mal compreendida pela doutrina positivista, uma vez que esta associou a literalidade da frase a uma das maiores ideologias do Positivismo: o problema da validade. Assim, quando o Positivismo se deparou com o *paradoxo* de que uma *lei injusta não é uma lei*, verificou diretamente um problema de validade, cuja raiz se encontra nesta própria teoria.

Como o Positivismo excluiu o conceito de justiça da lei, e seu único critério de inclusão passou a ser a validade, é compreensível que essa mesma doutrina, ao se deparar com o slogan *leis injustas não são leis*, tenha relacionado o verbo *ser* diretamente com a validade, e não outra coisa.

Feitas essas considerações, sintetizamos a divergência interpretativa do slogan por meio dos argumentos de Norman Kretzmann, como uma outra forma de corroborar com a demonstração de que doutrina positivista detém um entendimento equivocado sobre o referido slogan.

Nesse sentido, vimos no item 2.4 uma divisão entre espécies naturais (não valorativas) e espécies convencionais (não valorativas), assim como foi demonstrado que espécies convencionais podem apresentar tanto condições valorativas quanto não valorativas de inclusão – e é nesta última que a lei está inclusa. Assim, para que seja feito um julgamento negativo, é necessário que o objeto seja da espécie em questão, uma vez que contrário não é possível. O que corrobora com

a afirmação de que a intenção de Aquino não foi dizer que uma lei injusta não é um lei em sentido algum. O julgamento negativo de uma lei, nesse sentido, mostra-se totalmente apropriado, está longe de ser absurdo e não importa em um paradoxo, pois a lei apresenta uma importante finalidade para a vida humana – a busca pelo bem comum.

Quando Aquino trabalha com a afirmação de Agostinho, ele quer dizer, na verdade, que uma lei que não esteja de acordo com o Direito Natural, não será uma lei, mas uma forma *corrompida* desta. Em momento algum Aquino (e até mesmo os filósofos clássicos que foram estudados durante a pesquisa), ao fazer referência ao problema da lei injusta, teve a intenção de negar a sua validade.

Apesar da controvérsia gerada ao redor do slogan, Kretzmann defende a sensatez e a utilidade dele, em razão de seus argumentos que versam sobre a possibilidade de elaboração de um julgamento negativo a respeito de espécies convencionais que podem apresentar critérios de inclusão valorativos – como a própria lei. Esse julgamento negativo representa, na verdade, um critério moral implícito, que é totalmente negado pelo positivismo. Dessa forma, o debate da lei injusta não encontra espaço no positivismo em razão da separação entre o Direito e a moral.

Por fim, procuramos compreender quais são os critérios capazes de dividir as leis em duas categorias: *justas* e *injustas*, e, ainda, como essa classificação é capaz de interferir nas obrigações sociais.

Para nos auxiliar a melhor compreender a classificação feita por Aquino, tratamos, no item 3.1, dos critérios de identificação da lei humana – trazidos por Kretzmann.

Os critérios formais implicam na validade da norma, o que lhe garante o status de lei – que é o único critério aceito pela doutrina positivista. Já os critérios morais implicam na

concessão do status de *lei plena* a uma lei, e são apenas dois, a saber: a razão e o bem comum.

Esses critérios contribuem ainda para a afirmação de que, quando Tomás tratou da lei injusta, não estava interessado em contestar a validade dessa lei, mas defender apenas a impossibilidade de identificação dela enquanto lei plena.

No que diz respeito especificamente a uma lei injusta, Aquino traz quatro situações em que tal injustiça poderá ser constatada: com relação ao *fim*, ao *autor*, à *forma* ou ainda, se contrária à lei divina. Três dessas situações são igualmente defendidas por Finnis, com exceção da contrariedade à lei divina, que é substituída por ele por um outro critério associado à injustiça distributiva e à injustiça comutativa.

Esclarecido isso, no que diz respeito à lei injusta e seu caráter de obrigatoriedade, Tomás defende que, se contrária à lei divina, o indivíduo terá o dever de desobediência. Em se tratando de lei injusta em razão do *fim*, *autor* e/ou *forma*, o sujeito também terá um dever moral de desobediência, salvo se o contrário for necessário para evitar escândalos ou perturbações.

Dessa forma, Aquino chegou a reconhecer a necessidade de obediência de uma lei, ainda que verificada sua injustiça, o que confirma o argumento de que o slogan *leis injustas não são leis*, não tem como pretensão negar a validade de leis injustas.

Embora não estejamos negando o mérito do Positivismo em ter criado uma teoria que confere a todo o ordenamento jurídico uma maior previsibilidade e segurança, o critério solucionador da validade encontrado pelo Positivismo, de modo a banir a justiça do Direito, se mostra insuficiente, pois ainda são levantadas questões a respeito de *leis injustas*. Essas questões não podem ser ignoradas, uma vez que fazem parte da realidade prática do Direito e devem ser enfrentadas para

que o indivíduo saiba como agir diante dessa realidade, o que poderia justificar o (des)cumprimento dessas leis.

Como exposto ao longo do artigo, o Direito Natural defende uma conexão necessária entre o Direito e moral, o que acaba sendo uma mera consequência prática da vida em sociedade. Dessa forma, enfrentar o problema da *lei injusta* mostra-se mais efetivo do que simplesmente *livrar-se* do problema de uma maneira drástica, mediante a ruptura do Direito com a moral ante a declaração de incompetência do Direito para a apreciação de tais questões.

A partir desta exposição, procuramos demonstrar a falha do argumento Positivista de que o Direito Natural nega, sob qualquer aspecto, a validade (ou a existência) de leis injustas, uma vez que a necessidade de obediência de uma lei, ainda que injusta, pode ser necessária em prol da segurança jurídica.

## Referências bibliográficas

AGOSTINHO, Santo. O livre-arbítrio. Tradução, organização, introdução e notas de Nair de Assis Oliveira; revisão de Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995.

AQUINO, Tomás. Suma teológica. São Paulo: Edições Loyola, 2005. v. 4: I Seção da II parte – questões 49 – 114.

\_\_\_\_\_. Suma teológica. São Paulo: Edições Loyola, 2005. v. 6: II Seção da II parte – questões 57 – 122.

ARISTÓTELES. 1959. Étique a Nicomaque. Introduction, traduction et commentaire de René Antoine GAUTHIER e Jean Yves JOLIF, Publications Universitaires de Louvain – Éditions Béatrice-Nauwelaerts, Paris, 989p.

ARISTOTLE. Politics. Cambridge: Harvard University Press, 1932.

ARISTÓTELES. Retórica. São Paulo: Edipro, 2011.

AUSTIN, John. The province of jurisprudence determined. Edit. William E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

BAZOTTO, Luis Fernando. O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2000.

BURNS, Tony. Sophocles' Antigone and the history of the concept of natural law. *Political Studies*, Oxford, v. 50, n. 3, p. 545 - 557, Aug. 2002. Disponível em: <<http://irep.ntu.ac.uk/id/eprint/21520/>>. Acesso em 03 nov. 2018.

CÍCERO, Marco Túlio. Das leis. Tradução, introdução e notas por Otávio T. de Brito. São Paulo: Editora Cultrix, 1967. Disponível em: <<https://yadi.sk/i/7M6gXV7w3GMRf6>>. Acesso em: 12 mai. 2019.

DIMOULIS, Dimitri: A relevância prática do positivismo jurídico, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*(RBEP UFMG), Belo Horizonte, n. 102. pp. 215-253- jan./jun. 2011.

DWORKIN, Ronald. Justiça de toga. Sao Paulo: Martins Fontes, 2021.

\_\_\_\_\_. A raposa e o porco-espinho: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2007.

GELINAS, Elmer T. Ius and lex in Thomas Aquinas. *The american journal of jurisprudence*, [S.l.], v. 15, n. 1, p. 154 - 170, 1970. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/ajj/15.1.154>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. Métodos de pesquisa. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

HART, Herbert L. A. O conceito de direito. 6. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

\_\_\_\_\_. The Concept Of Law, Second Edition, With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994

\_\_\_\_\_. Positivism and the separation of law and morals. The Harvard law review association, [S.l.], v. 71, n. 4, p. 593 – 629, Fev. 1958. Disponível em: <<http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/hart-1958-positivism-separation.pdf>>. Acesso em: 23/10/ 2022.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Disponível em: <[https://www.academia.edu/31714257/IED\\_Hans\\_Kelsen\\_Teoria\\_Geral\\_do\\_Direito\\_e\\_do\\_Estado](https://www.academia.edu/31714257/IED_Hans_Kelsen_Teoria_Geral_do_Direito_e_do_Estado)>. Acesso em: 12 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. Teoria pura do direito. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KRAMER, Matthew H.H.L.Hart. Medfort: Polity, 2018.

KRETZMANN, Norman. Lex iniusta non est lex: laws on trial in Aquinas' court of conscience. The american journal of jurisprudence, [S.l.], v. 33, n. 1, p. 99 – 122, 1988. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/ajj/33.1.99>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

PAULSON, Stanley L.: A ideia central do positivismo jurídico in Revista Brasileira de Estudos Políticos(RBEP UFMG), Belo Horizonte, n. 102. pp. 101-137, jan/jun. 2011.

PULIDO, Carlos Bernal: Austin, Hart e Shapiro: três concepções sobre o direito como entidade fundada em um prática

social1, in Revista Brasileira de Estudos Políticos(RBEP UFMG), Belo Horizonte, n. 107. pp. 43-98- jul./dez. 2013.

SHAPIRO, Scott J., The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed (March 5, 2007). Available at SRN:<https://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em: 30 out 2022.

STRAUSS, Leo. Direito natural e história. Lisboa: Edições 70, 2009.

---

*Recebido em: 15/07/2021*

*Aprovado em: 05/05/2022*

**Gerson Neves Pinto**

*E-mail: gersonp@unisinós.br*

**Andressa Kraus-Marafon**

*E-mail: akraus-marafon@outlook.de*