



O REALISMO JURÍDICO CLÁSSICO DE JAVIER HERVADA: DEFINIÇÃO E CONCEITOS BÁSICOS

Arthur Lopes Campos Cordeiro¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo expor, de forma introdutória, elementos básicos da jusfilosofia de Javier Hervada, que é denominada realismo jurídico clássico pelo próprio autor. Essa exposição será dividida em duas partes. Na primeira, será explicado o que Hervada quer dizer com realismo jurídico clássico, fornecendo, assim, uma definição para esses termos. Na segunda, conceitos básicos de sua jusfilosofia serão esclarecidos. Nesta seção, serão apresentadas respostas a questionamentos recorrentes na Filosofia do Direito: “o que é o direito?”; “o que é a justiça?”; “o Direito é uma arte ou uma ciência?”

Palavras-Chaves: Realismo Clássico. Justiça. Direito. Neotomismo.

1 INTRODUÇÃO

Por que se faz necessária a exposição do pensamento de mais um filósofo do Direito contemporâneo? Para responder essa pergunta, é preciso reconhecer o atual panorama da Filosofia do Direito (bem como da Filosofia em geral). Em nosso momento histórico marcado

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador de Iniciação Científica sob orientação da Prof. Dra. Karine Salgado, bolsista do CNPq.

pela queda e rejeição de grandes sistemas (uma das principais características da chamada “pós-modernidade”), não há um pensamento filosófico que consiga se impor como dominante. Se, nos séculos XVII e XVIII, a jusfilosofia era dominada pelo jusnaturalismo racionalista e individualista e, no início do século passado, era o positivismo jurídico a corrente de pensamento que se impunha, hoje, não há respostas consideradas satisfatórias aos principais problemas da Filosofia do Direito.

Nesse contexto, faz-se necessário o estudo do pensamento de autores que tentam dar uma resposta aos principais problemas jusfilosóficos. Contudo, não é só por isso que o pensamento de Javier Hervada merece ser exposto. Hervada não é um autor com ideias revolucionárias. Na verdade, ele volta aos juristas romanos, a Aristóteles e a Santo Tomás de Aquino (bem como aos canonistas medievais) e, sobre os ombros desses gigantes, visa desenvolver um pensamento capaz de responder satisfatoriamente os questionamentos universais da jusfilosofia. Há, evidentemente, um motivo para, ainda hoje, existir disciplinas de Direito Romano nas faculdades de Direito. Também há motivos para que Aristóteles seja amplamente estudado nos cursos de Filosofia e para que sua *Ética a Nicômaco* esteja presente nas aulas de Filosofia do Direito. Por fim, há uma razão para que Tomás de Aquino seja considerado o maior filósofo de uma religião que existe há dois mil anos. Assim, é prudente que, em um momento no qual nenhuma resposta nos satisfaz, voltemos àqueles que já nos deram respostas satisfatórias e àqueles filósofos do Direito que percorreram este caminho antes de nós (e Hervada é um dos mais importante desses pensadores).

2 QUEM É JAVIER HERVADA?

Antes de analisar o pensamento de Hervada, faz-se necessário uma breve exposição de alguns dados biográficos do autor. Francisco Javier Hervada Xiberta nasceu em Barcelona, Espanha, no dia 7 de fevereiro de 1934. É doutor em Direito e em Direito Canônico, catedrático de Direito canônico e Eclesiástico do Estado e professor emérito de Filosofia do Direito e Lei Natural.

É autor de inúmeros livros sobre Direito Canônico e Filosofia do Direito. Sobre o primeiro tópico, deve-se destacar a *Introdução ao Estudo do Direito Canônico*, os *Colóquios Propedêuticos sobre o Direito Canônico*, os *Pensamentos de um Canonista na Hora Presente*, etc. Já no âmbito da jusfilosofia, suas principais obras são: *O que é o Direito?*, *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito* e a *Introdução Crítica ao Direito Natural*.

3 O REALISMO JURÍDICO CLÁSSICO

Hervada se define como realista, termo à primeira vista que parece fazer referência ao chamado “realismo moderado” defendido por Santo Tomás de Aquino e uma das posições na chamada querela dos universais². Contudo, não é isso que seu termo realista quer dizer. Sua filosofia recebe o nome de realista, porque considera que o direito é a *res iusta* (coisa justa). Sendo assim, o realismo, no âmbito da Filosofia do Direito, diz respeito a uma forma de compreender o direito que, segundo Hervada, é comum a “Aristóteles, [a]os juristas romanos, [a] Tomás de Aquino e [aos] juristas em geral até o momento no qual o direito subjetivo adquiriu a primazia” (HERVADA, 1988, p. 7, tradução nossa) e que, na contemporaneidade, tem como seu maior representante Michel Villey. Entretanto, cabe um questionamento: será que o termo tomista (ou, como é mais comum, neotomista) não seria suficiente para encaixar a jusfilosofia de Hervada? Se sim, por que a insistência no termo “realismo jurídico clássico”? Se não, o que o faz rejeitar o termo neotomista?

Primeiramente, há aproximações entre o neotomismo e o realismo de Hervada. Afinal, ele reconhece que “todo sistema ou teoria do direito se assenta necessariamente em um sistema filosófico, especialmente a antropologia e a teoria do conhecimento” (HERVADA; IVARS; 2008, p. 32, tradução nossa) e ele mesmo afirma que “o sistema filosófico em que se funda minha concepção do direito é o tomista, que permeia todo meu pensamento jurídico” (HERVADA; IVARS; 2008, p. 32, tradução nossa). Entretanto, ele também salienta que:

Para mim, Tomás de Aquino sempre representou um apreciável ponto de partida, nunca de chegada. (...) Do fundamento dos ensinamentos de Aquino, eu logo construí (...) meu próprio edifício, sob minha exclusiva autoria e, por tanto, sob minha plena e total responsabilidade. Neste sentido, não sou um autor tomista nem um jurista tomista, (...) como tantos autores que se inscrevem no neotomismo, os quais se limitam a expor de modo mais ou menos afortunado o dito por Santo Tomás (...) Assim, pois, eu não sou um tomista no sentido em que habitualmente se atribui – e se atribuem – este adjetivo a muitos filósofos ou teólogos chamados tomistas ou neotomistas (HERVADA; IVARS, 2008, p. 34, tradução nossa).

² A querela dos universais foi uma discussão medieval acerca da natureza dos universais. Nas palavras de Julian Marías: “Os universais são os gêneros e as espécies e opõem-se aos indivíduos. A questão é saber que tipo de realidade corresponde a esses universais?” (In: SCHERER, 2018, p. 158). A posição tomista frente a esse problema é chamada de realismo moderado e defende que “o universal não existe como uma *res* [coisa] separada do ente nem como mero nome, mas, antes, *in re*. Nas palavras de Santo Tomás: ‘Os universais (...) não são realidades subsistentes, senão que só têm ser [*habent esse*] nos singulares.’” (In: SCHERER, 2018, p. 158).

Dessa forma, Hervada reconhece que ele, com seu realismo jurídico clássico, e os neotomistas foram influenciados pelos mesmos autores. Contudo, ele discorda de como se deu essa influência. Para ele, os neotomistas foram influenciados mais pelo *De Legibus* (Tratado sobre as Leis) que pelo *De Iustitia et Iure* (Tratado sobre a Justiça e o Direito) – ambos da Suma Teológica – (o que contribuiu para uma abordagem mais normativista por parte desses autores), mas, em seu pensamento, ocorreu o contrário. Portanto, podemos concluir que Hervada é um tomista, mas não um seguidor do neotomismo normativista e, por isso, se encaixa no realismo jurídico clássico.

O realismo de Hervada é também jurídico. Caso compreendamos de forma equivocada o termo realismo, podemos pensar que Hervada quer apenas dizer que sua filosofia realista é uma jusfilosofia: logo, é um realismo jurídico. Entretanto, o termo jurídico também tem um significado mais profundo. Com a palavra “jurídico”, Hervada afirma que o seu realismo concebe que a fonte de juridicidade é o justo e a justiça e não o poder. Assim, enquanto o normativismo considera que o conceito central da construção sistemática da ciência jurídica é a norma, o realismo considera que é a relação jurídica (a relação “que existe entre dois ou mais sujeitos, por causa dos seus respectivos direitos ou coisas que lhe pertencem” [HERVADA, 1990?, pp. 42-43]). Portanto, o realismo jurídico é a jusfilosofia que compreende o direito como a *res iusta* (coisa justa) e que vê a relação jurídica como centro da ciência jurídica.

Com o termo clássico, podemos entender duas coisas distintas. Primeiramente, pode ser tomado como uma tentativa de se distanciar do realismo jurídico escandinavo e americano. Contudo, ainda que seja um uso válido, não é por isso que Hervada afirma que seu pensamento se encaixa no paradigma do realismo jurídico clássico. Se o realismo jurídico é a jusfilosofia que compreende o direito como a *res iusta* (coisa justa), o realismo jurídico clássico é a que compreende a *res iusta* (coisa justa) (e, conseqüentemente, o direito) como a coisa que é sua do titular. Assim, pode existir outra forma de realismo jurídico (no sentido que Hervada dá ao termo), como, por exemplo, o realismo conceitual, no qual, segundo o próprio espanhol, se encaixava seu pensamento quando compreendia a *res iusta* (coisa justa) como a realidade social justamente ordenada.

Assim, fica exposto o que Hervada entende como realismo jurídico clássico. Entretanto, será que Hervada não pode ser um realista jurídico clássico e um neotomista? Além disso, também não é possível afirmar que o realismo jurídico clássico contemporâneo é uma das correntes do neotomismo (afinal, todo realista clássico parece seguir a filosofia de Santo Tomás)?

A segunda pergunta é interessante de ser respondida primeiro. Apesar do realismo jurídico clássico ter Santo Tomás como autor mais proeminente, não é necessário ser tomista para ser realista clássico. E quem prova isso é o principal autor realista, segundo o próprio Hervada, da contemporaneidade: Michel Villey. Como bem pontuado por Rodolfo Vigo, pode-se razoavelmente duvidar até que ponto Villey adere a Aristóteles e a Santo Tomás da mesma forma.

Nas palavras de Rodolfo Vigo, “nos parece verificar uma forte adesão [de Villey] ao Estagirita que rapidamente neutraliza o Aquinate” (VIGO, 2003, p. 16, tradução nossa). Portanto, parece que Villey “lê Santo Tomás desde Aristóteles” (VIGO, 2003, p. 16, tradução nossa). É só assim que é possível explicar o fato de Villey descartar do mundo jurídico a justiça legal e a lei (restringindo o âmbito dessa à moral), entre outras considerações alheias ao pensamento tomista. Desse modo, a filosofia de Villey, ainda que indubitavelmente realista, não é tomista, mas sim romano-aristotélica.

Portanto, nem todo realista clássico é (neo)tomista e nem todo (neo)tomista é realista clássico, já que existem neotomistas normativistas. Entretanto, Hervada pode ser visto como um realista clássico e, ao mesmo tempo, como um neotomista. Afinal, como já mencionado, Hervada afirma que o sistema filosófico de Santo Tomás é o que sustenta seu pensamento.

Na verdade, podemos definir o pensamento de Hervada de três formas. A primeira, a adotada pelo autor, é denominá-lo o realismo jurídico clássico³. Entretanto, como há um realismo jurídico clássico que não é tomista (o de Villey), podemos considerar seu pensamento como um realismo jurídico clássico tomista⁴ – nesse caso, o realismo jurídico clássico seria o gênero e o tomista seria uma espécie. Podemos também definir seu pensamento por outro ponto de vista. Nesse caso, ele seria um autor do movimento neotomista, que seria um movimento composto por autores realistas e autores normativistas. Assim, ele seria um neotomista (gênero) realista (espécie).

A última classificação, conquanto seja interessante por evidenciar claramente a que escola filosófica Hervada se filia, tem o problema de separá-lo de Villey⁵ – que não é um neotomista. A primeira, por sua vez, apesar de situar Hervada e Villey na mesma corrente, é obscura para os que não conhecem essa escola de pensamento, já que não evidencia a ligação desse realismo com Aristóteles e Santo Tomás.

³ Ou apenas realismo clássico.

⁴ Ou apenas realismo clássico tomista.

⁵ Hervada sempre enfatiza que o pensamento de Villey foi fundamental para que ele se tornasse um realista clássico.

A segunda, entretanto, apresenta as vantagens das outras duas: ela evidencia a ligação de Hervada com o aristotelismo tomista e o coloca na mesma corrente de pensamento que Villey – o realismo jurídico clássico. Além disso, ela serve para mostrar a principal diferença entre Hervada e Villey: o primeiro é tomista – e, por isso, faz parte do realismo jurídico clássico tomista –; o segundo não o é (conquanto tenha Santo Tomás em alta estima) – e, portanto, não é um realista clássico tomista. Portanto, consideramos essa a melhor forma de classificar o pensamento de Hervada.

4 POR QUE EXISTE A ARTE DO DIREITO?

Hervada deixa bem claro que o Direito é uma ciência prática e que ciência prática é sinônimo de arte. Este termo arte tem significado técnico dentro da tradição aristotélico-tomista na qual ele se insere. Segundo Daniel Scherer, tomista brasileiro, “arte é, em sentido estrito, *recta ratio factibilium* (reta razão no fazer); e, em sentido amplo, um ordenamento racional das operações do homem sobre certa matéria, para adaptá-la de melhor forma com o fim de cumprir determinada utilidade” (SCHERER, 2018, pp. 31-32). Hervada, entretanto, simplifica tal classificação e afirma que uma arte é “saber fazer as diversas coisas” (HERVADA, 2006, p. 9).

Ora, se o Direito é algo prático, faz-se necessário perguntar o que o jurista sabe de prático. Hervada nos responde dizendo que é o justo e, portanto, o jurista é o “técnico da justiça”, o que desvela o que é justo na sociedade e que sabe do justo e do injusto. Contudo, como o próprio filósofo reconhece, essa resposta parece insatisfatória para os ouvidos modernos. O justo é algo utópico e especulativo e, portanto, não pode estar mais longe da “ciência prática” que Hervada quer que creiamos ser o Direito.

Hervada, entretanto, pede que voltemos à Roma Antiga. Naquela civilização marcada pelo espírito prático, os juristas definiram o Direito como “*ars boni et aequi* (arte do bom e do justo)” (D.1.1.1.) e a *Iurisprudentia* (Ciência do Direito) como “*iusti atque iniusti scientia* (ciência do justo e do injusto)” (D.1.1.10.2.). Sendo assim, “talvez a justiça e o justo sejam menos pretensiosos ou utópicos do que parece e não seja mais ou menos difícil conhecer o que é justo do que averiguar o que é legal” (HERVADA, 2006, p. 10). E o justo não é nada mais que o objeto da ciência (prática) do direito: o próprio direito. Por sua vez, o injusto é a lesão do direito. Desse modo, só podemos considerar a justiça e o justo como utópicos caso consideremos o direito uma utopia.

Após esses esclarecimentos introdutórios, faz-se necessário responder à questão que dá nome a esta seção: “Por que existe a arte do Direito?” Para tanto, precisamos de um ponto de partida, e o de Hervada é um de fácil constatação: as coisas (deve-se entender esse termo em uma acepção mais extensiva, não apenas no sentido de bens, mas também funções, obrigações, etc, estão repartidas. Ora, “nem tudo é de todos [e] nem tudo é da coletividade humana” (HERVADA, 1990?, p. 22). E é uma exigência da vida humana que as coisas “estejam repartidas e, conseqüentemente, atribuídas a diferentes sujeitos” (HERVADA, 2006, p. 17), já que a existência de uma sociedade, por si só, implica, no mínimo, uma divisão de funções e tarefas, e, dessas repartições, nasce o meu, o seu, o dele; nasce o direito. Portanto, é possível concluir com Hervada dizendo: “que nem tudo esteja atribuído a todos é uma necessidade social, que origina o fato de as coisas estarem repartidas. E, estando as coisas repartidas, há direitos. Havendo direito, existe a arte do direito.” (HERVADA, 2006, p. 18)

5 A JUSTIÇA

Além da arte do Direito, outro importante conceito do pensamento de Hervada é a justiça. E, dado a tradição filosófica na qual se insere, não é de se surpreender que ele subscreve à definição clássica: a justiça consiste em dar a cada um o que é seu e dar a cada um seu direito (HERVADA, 2002, p. 22; HERVADA, 2008, p. 66) (fórmulas idênticas, já que, para Hervada, “seu direito” e “o que é seu” tem o mesmo significado). Partindo da definição tradicional, expõe algumas características da justiça.

A primeira delas, e evidente após analisar a definição, é o fato da justiça suceder ao direito: é posterior a ele e não o antecede. “Se a justiça é a virtude de dar a cada um o que é seu, seu direito, para que possa agir é preciso que exista o ser de alguém, seu direito; do contrário, como dar o seu, seu direito?” (HERVADA, 2006, p. 25) A justiça, portanto, pressupõe o direito e, “sem direito preexistente, não é possível a ação justa ou ato de dar a cada um seu direito” (HERVADA, 2008, p. 95). Assim, pode-se falar em uma “primazia do direito sobre a justiça” (HERVADA, 2008, p. 96).

Hervada, em seu “O que é o Direito?: a moderna resposta do realismo jurídico”, aclara essa explicação por meio de um exemplo. Se um patrão e um empregado combinam um salário mensal de 1200 euros e o patrão paga apenas 720 euros, esse é um ato injusto e o empregado poderá ir ao juiz exigir o pagamento devido ou, em outras palavras, seu direito.

Contudo, se o salário combinado for de 720 euros e, por conta de aumento no custo de vida ou outros fatores, o empregado for ao juiz exigir um salário maior, o juiz se absterá: o salário maior é uma aspiração, o direito dele são 720 euros e a aspiração, a não ser que haja uma cláusula no contrato que preveja correções salariais automáticas, não é assunto de justiça (HERVADA, 2006, p. 26).

Tal explicação não é nada satisfatória, afinal “não há aspirações dos homens que sejam justas em sentido próprio?” (HERVADA, 2006, p. 26) Hervada nos responde: “pode ser que haja, mas em tal caso trata-se de verdadeiros direitos. [...] Quando as aspirações são verdadeiros direitos e, em consequência, a justiça intervém, é óbvio que se trata de direitos preexistentes e anteriores ao direito positivo; isto é, de direito natural” (HERVADA, 2006, p. 27). E é por isso que há leis que são injustas, porque elas “lesam o direito natural, ou seja, porque atribuem coisas a pessoas diferentes daquelas às quais foram atribuídas anteriormente por direito natural, ou negam a titularidade de algo a quem o tem por direito natural, ou atribuem coisas a quem por direito natural é negado” (HERVADA, 2006, p. 27). Dessa forma, o fato de existir um “direito injusto” não prova que a justiça antecede o direito, mas sim que há um direito anterior ao direito positivo que “este não pode debilitar ou anular” (HERVADA, 2006, p. 27): o direito natural.

O direito natural, “todo direito que o homem tem em virtude de sua natureza – de sua condição de pessoa” (HERVADA, 2006, p. 23) –, é o “truque da fórmula da justiça” (HERVADA, 2006, p. 24). A justiça, sem o direito natural, consistiria em dar ao homem os direitos dados pelas leis determinadas pelos homens. E isso é intolerável para o ser humano, já que é evidente que as leis humanas são insuficientes e, muitas vezes, injustas (insuficiência e injustiça que são medidas pela adequação da lei ao direito natural). Se se rejeita o direito natural, a justiça se torna vazia ou se transforma em algo relativo ou pouco concreto e, por isso, ele é o “truque da fórmula da justiça”.

Outra característica da justiça é sua relação com a igualdade. Contudo, a igualdade característica da justiça não é a mesma a que, por exemplo, aspiram os políticos igualitaristas. A igualdade da justiça consiste em dar a todos o que lhes corresponde e, por isso, trata todos igualmente. A representação já tradicional da justiça, uma mulher com olhos vendados, nos ajuda a compreender outra face da igualdade da justiça: ela não faz acepção de pessoas. Assim, ela foca apenas do direito de cada um. Essa mesma representação tradicional traz essa mulher de olhos vendados com uma balança e o fiel da balança demonstra outro aspecto da igualdade: a justiça dá a cada um o que é seu e não a mesma coisa e, por isso, trata todos

igualmente no que são iguais e de modo proporcional no que são diferentes (nisso, ela se difere do igualitarismo, que é uma forma de injustiça).

A terceira característica da justiça é o fato dela ser um ato secundário. Ou seja, ela pressupõe um ato primário, de domínio ou poder, que constitui o direito. Como já foi dito, as coisas estão repartidas. A justiça não faz a divisão dos bens, “não reparte originariamente as coisas” (HERVADA, 2006, p. 37), ela “atua em relação à divisão já feita” (HERVADA, 2006, p. 37). E, “se a atual divisão de bens tem aspectos injustos, isso se deve ao fato de que nós, seres humanos, dividimos as coisas contrariando alguns direitos preexistentes: os que compõem o direito natural” (HERVADA, 2006, p. 37). Nesse sentido:

Quando se fala de uma atual repartição injusta de bens e se postula uma redistribuição justa, ao mesmo tempo que se nega o direito natural, das duas uma: ou trata-se de uma incongruência, ou representa uma tentativa de substituir o justo por ideologias. Em ambos os casos, a justiça fica prejudicada (HERVADA, 2006, p. 38).

Novamente, Hervada dá um exemplo para aclarar o que foi dito (HERVADA, 2006, p. 38). Se uma pessoa A reparte seus bens por testamento entre B, C e D (sem ter nenhuma obrigação legal ou natural), estamos diante de uma divisão primária. Aqui, A não exerce justiça, já que não deve nada a ninguém. Quando A morre, os bens serão repartidos conforme o testamento e esta divisão é de justiça, mas é uma divisão segunda. Assim, sempre há uma “divisão primeira (feita por lei, costume, pacto ou obrigação natural), que não é própria da justiça. A justiça, por si só, não reparte as coisas, mas pressupõe uma divisão já estabelecida pela natureza, por lei humana ou por pacto.” (HERVADA, 2006, p. 39)

Outras características de justiça podem ser percebidas ao analisar de forma mais minuciosa a fórmula tradicional. Iniciemos com o termo “dar”. Primeiramente, deve-se entender que o termo dar tem um sentido genérico, podendo significar entregar, respeitar, devolver, transferir ou mesmo desalojar. Assim, dar “significa toda a ação ou omissão em cuja virtude uma coisa passa para – ou permanece em – poder efetivo daquele a quem tal poder corresponde legitimamente, isto é, em virtude de um título jurídico (contrato, lei, costume, natureza, etc.)” (HERVADA, 1990?, p. 28).

Para que esse “dar” seja possível (e, conseqüentemente, o ato de justiça), é necessário que as coisas estejam repartidas (como já vimos). Contudo, também é necessário que coisas estejam ou possam estar em poder de outras. Em outras palavras, as coisas de cada um podem passar à esfera de poder de outra pessoa e permanecerem suas: “uma coisa é ter juridicamente e outra é ter de fato” (HERVADA, 2008, p. 104). E, assim, encontramos outra

característica da justiça: a alteridade ou subjetividade (já que ela sempre reclama dois sujeitos – aquele de quem é a coisa e aquele que a tem e a devolve, a dá, ou que pode lesá-la e a respeita).

Ainda analisando o “dar”, também é preciso afirmar que ele consiste em ato e não uma norma. Desse modo, não é correto substituir o “dar” da fórmula, por um “deve dar-se”. A justiça não é um mandamento, mas um hábito de vontade que consiste no cumprimento de um mandamento e dever, mas que não é o próprio dever: “uma coisa é o dever e outra distinta a conduta que cumpre o dever” (HERVADA; IVARS, 2009, p. 594, tradução nossa). A justiça, como qualquer virtude, consiste numa disposição potencial do sujeito (hábito) e “não é norma (*Sollen*) mas fato (uma qualidade) (*Sein*)” (HERVADA, 1990?, p. 28).

Por fim, o “dar” da fórmula ainda tem mais um significado. Ele não se limita a declarar direitos ou não interferir, mas ele oferece meios para que esses direitos possam efetivamente se realizar. Portanto, a ação justa “não consiste tanto em declarar que todos tenham direito ao ensino e à educação, como em dar, proporcionar os meios para que todos possam receber ensino e educação” (HERVADA; IVARS, 2009, p. 595, tradução nossa).

Depois de se analisar o “dar”, deve-se prosseguir para a análise do “a cada um”. Essas palavras significam, primeiramente, que a justiça “olha os homens um a um, não em multidão” (HERVADA, 1990?, p. 31). Assim, apesar de visar à sociedade inteira, a justiça “dá seu direito a cada um, pessoa por pessoa, indivíduo por indivíduo, coletividade por coletividade” (HERVADA, 2006, p. 33) e olha apenas a condição de sujeito de direito da pessoa, sem se preocupar com outras circunstâncias e sem fazer acepção de pessoas (como já dito mais acima). Desse modo, a justiça não se confunde com a “justiça do grupo’ que não hesita em atacar o direito dos indivíduos” (HERVADA, 2006, p. 34).

O “a cada um” também nos auxilia a entender aspectos fundamentais da própria arte jurídica e do ofício do jurista. Ele nos mostra que a arte do direito consiste “na arte de discernir o justo entre pessoas concretas” (HERVADA, 1990?, p. 31) e, portanto, é para o caso concreto que ela (e, conseqüentemente, o jurista) existe. Assim, se prestarmos atenção no termo, compreenderemos que a arte jurídica não é, em última instância, formada por conceitos, sistemas ou teorias gerais: eles só servem se estiverem a serviço do que é justo em cada caso.

Por fim, falta analisar a parte final da definição tradicional. Segundo ela, a justiça consiste em dar a cada um o que é seu (ou somente o seu) e em dar a cada um o seu direito. Primeiramente, Hervada afirma que, como as duas fórmulas são correspondentes, o direito e o seu (ou o que é seu) são sinônimos (isso será tratado mais a frente ao comentarmos acerca do

direito). Além disso, afirma que o seu (e, conseqüentemente, o direito) é uma coisa. Este termo “coisa” é plurivalente. Assim, o direito pode ser uma coisa material ou imaterial (como, por exemplo, o poder de mando), um bem ou um mal (como uma pena por conta de um delito), uma pessoa, uma atividade humana, um animal ou conjunto de animais, etc.

Além de ser uma coisa, o seu é uma coisa externa. Essa exterioridade é fundamental na justiça, porque “o ato de justiça baseia-se em que a titularidade, a posse ou o uso e desfrute de uma coisa podem ser interferidos ou estão em poder de outra pessoa distinta daquela a quem corresponde” (HERVADA, 1990?, p. 33). Deve-se ressaltar que exterioridade não significa que a coisa deve ser captável em si mesma pelos sentidos, mas apenas que a coisa, por conta de alguma manifestação exterior, é objeto de relações humanas e, assim, capaz de ser captada ou interferida por outros.

O termo seu também é plurivalente. Apesar de evocar a ideia de propriedade, este não é o único sentido que o termo tem na fórmula tradicional. Afinal, as coisas podem ser “suas” de várias formas: o proprietário de uma casa, com razão, diz que ela é sua, entretanto aquele que a alugou também diz, com razão, que ela é sua. Assim, o seu “quer dizer uma atribuição exclusiva, que algo está destinado a um sujeito com exclusão dos demais, *segundo diferentes modos de atribuição e pertencimento*” (HERVADA, 2008, p. 107, grifo nosso).

O termo “seu”, ainda, nos leva a perceber uma característica da justiça já exposta anteriormente: o fato dela pressupor o direito (seu e direito são termos equivalentes em sua fórmula). E, por fim, ele nos proporciona uma reflexão acerca do papel da justiça na sociedade. Com o “seu”, podemos concluir a análise da virtude no pensamento de Hervada. Essa virtude propõe dar o que é seu e nada mais (ou menos) que isso. Assim, ela não consiste em “dar a cada qual o que necessita, nem o que leva à felicidade, nem ao desenvolvimento” (HERVADA, 2006, p. 39).

A sociedade justa não pode ser um ideal: a justiça é um ponto de partida, um princípio e uma base, mas, por ser o mínimo que estamos obrigados nas relações humanas, não é o suficiente. Uma sociedade somente justa é insuportável: nela, onde está a caridade, amizade, ajuda, solidariedade ou liberalidade?

6 O DIREITO

Após a análise da justiça, continuaremos a analisar a última partícula da definição tradicional: o “seu”. Contudo, agora, o chamaremos pelo nome mais usual nos livros

jurídicos: direito. Então, podemos realizar o questionamento que dá nome a uma das principais obras de Hervada: “o que é o direito?” Primeiramente, deve ser dito que o direito é um universal, porque este conceito “expressa traços próprios de entidades comuns e universais de todo direito” (HERVADA, 2008, p. 117).

Mas a que este conceito faz referência? É necessário entender, antes de responder essa pergunta, que direito é um termo polissêmico e que várias realidades relacionadas com o mundo do direito passaram a receber esse nome. Assim, para analisar “qual realidade recebe o nome de direito em sentido próprio e primário” (HERVADA, 2008, p. 124), é preciso, antes, perceber quantas realidades distintas são chamadas de direito.

Tomás de Aquino afirma que o termo direito foi empregado originalmente para significar a própria coisa justa; depois, derivou para denominar a arte que discerne o que é justo, o lugar onde se outorga o direito e, por fim, a sentença dada pelo juiz. Francisco de Vitoria (um dos grandes nomes da Escola de Salamanca), por sua vez, diz que há três acepções de direito: o justo ou o objeto da justiça, a arte do direito e a lei. Outros autores, como V. Cathrein, afirmam que as acepções principais do direito são: o seu ou o justo, a norma ou lei e o direito subjetivo. Hervada concorda com a visão de Cathrein.

Desse modo, qual dessas três realidades é o direito em sentido próprio e primário, “sendo as outras direito no sentido de ser elementos da realidade jurídica, mas denominando-se direito em sentido lato por sua relação com o direito em sentido próprio e estrito?” (HERVADA, 2008, p. 132). Para responder essa pergunta, precisa-se escolher uma perspectiva, segundo Hervada, e a perspectiva escolhida pela Filosofia do Direito é a perspectiva jurídica, a do jurista. Assim, o direito em sentido primário é o objeto do ofício do jurista, ou seja, o objeto da justiça (o que a justiça o leva a dar).

Seria, então, esse sentido primário a lei? Isso gera um pequeno problema: “afirmar que a lei é o direito em sentido próprio quer dizer que a arte do direito é a *ars legum* (arte das leis). Porém isso significa, principalmente, a arte de fazer as leis” (HERVADA, 2008, p. 133). Contudo, quem elabora as leis não são os juristas, mas os políticos. Os juristas, evidentemente, podem auxiliar na criação de uma lei, mas sua função é consultiva: quem cria a lei é o poder legislativo do regime político em questão. Mas, a arte do direito não pode ser a arte de interpretar as leis? A resposta é não. Ainda que interpretar as leis seja algo fundamental para o ofício do jurista, sua função não termina aí: “sua função é dizer e determinar o justo, seja legal, seja distributivo, seja corretivo-comutativo” (HERVADA, 2008, p. 134).

Negar que o direito em sentido primário seja a lei não é negar a importância da lei para a realidade jurídica. Mas, é sim negar uma inversão no ofício do jurista que o transforma

em um mero aplicador da lei. Se isso for verdade, o jurista não está na esfera da justiça, mas na esfera da política: sua função se torna “garantir o desenvolvimento da vida social de acordo com as leis” (HERVADA, 2008, p. 134) e não dizer o que é justo nas relações sociais. No fundo, este conceito de direito “está elaborado pela perspectiva política e não pela perspectiva jurídica, que é a perspectiva do jurista” (HERVADA, 2008, p. 134). Assim, como dito acima, este conceito não pode ser o conceito primário para a Filosofia do Direito, que adota uma perspectiva jurídica (ainda que o possa ser para a Filosofia Política).

Então, será que é o direito subjetivo o direito em sentido primário? Antes de respondermos, é preciso saber que Hervada define o direito subjetivo como “uma faculdade de fazer, omitir ou exigir algo” (HERVADA, 2006, p. 44). E, sobretudo, como uma faculdade de exigir. Pois bem, em sua obra *Colóquios Propedêuticos ao Direito Canônico* (HERVADA, 2002, p. 31-32), Hervada traz uma ilustração que nos auxilia a entender porque o direito subjetivo não é o direito em sentido primário. Suponha que A e B estão em uma relação de justiça (jurídica), porque A deve a B o que a este pertence. Caso A não dê a B o que o deve, B pode exigir a satisfação da dívida (ele tem a faculdade de exigir). Assim, a dívida tem prioridade ontológica à faculdade de exigir, porque B pode exigir a coisa que lhe é devida. E esta coisa é devida, porque pertence a ele (porque é sua). Portanto, o centro da relação jurídica é a coisa devida por um sujeito a outro por pertencer a este último e é esta coisa que a justiça (e o homem justo) dá.

Esta coisa (o seu) é o direito no sentido primário. Caso o devedor não dê o bem que constitui o justo (o direito, o seu), aparece a faculdade de exigir. Assim, o direito subjetivo como *facultas exigendi* (faculdade de exigir) é um derivado no direito em sentido próprio (a coisa justa, devida). Entretanto, o que dizer do direito subjetivo como faculdade de ter e de fazer? Ora, “as coisas que constituem o direito podem ser corpóreas ou incorpóreas, como uma função e um poder” (HERVADA, 2008, p. 167) e, por isso, o direito (a coisa justa) pode ser uma faculdade de ter ou de fazer. Portanto, ou o direito subjetivo é simplesmente direito (coisa justa, devida a alguém) ou é uma manifestação do direito, um elemento consequente a ele (como a faculdade de exigir).

Agora, podemos definir o que é o direito: “direito é aquela coisa que, estando atribuída a um sujeito, que é seu titular, é devida a esse, em virtude de uma dívida em sentido estrito” (HERVADA, 2008, p. 136). Evidentemente, o direito não é a coisa em si, mas ela enquanto relacionada com alguns sujeitos na situação complementar atribuição-dívida. O direito não é nada mais que o objeto da ação justa (o objeto da justiça, aquilo que a justiça dá) e, conseqüentemente, da arte do jurista (a arte de “desvelar o que é justo nas relações sociais”

[HERVADA, 2006, p. 10] ou, em outras palavras, dizer o direito). Sendo assim, é o mesmo que o justo (objeto da justiça) e que o seu enquanto devido (por isso, a correspondência entre as duas fórmulas da justiça – dar a cada um o que é seu e dar a cada um o seu direito).

7 JAVIER HERVADA E SANTO TOMÁS DE AQUINO

É interessante analisar as respostas de Santo Tomás – o principal nome do realismo clássico (ou realismo tomista). Diferentemente de Hervada, o Santo Tomás não analisa tão profundamente a arte jurídica. Contudo, ele afirma que o nome direito também é aplicado a uma arte (a arte que Hervada chama de arte jurídica): a “arte de discernir o que é justo” (TOMÁS DE AQUINO, 2005 – Suma Teológica, II-II, Q. 57, 1, ad. 1)⁶. O espanhol, por sua vez, afirma que a arte do jurista é a arte que desvela o que é justo na sociedade. Em outra obra, ele afirma que o ofício do jurista (a arte que Santo Tomás chama de direito) “é uma arte [...] um saber que implica discernir: o discernimento entre o justo e o injusto” (HERVADA, 2008, p. 53).

No que diz respeito direito propriamente dito, Santo Tomás aprofunda mais. O pensador dedica uma questão (II-II, Q. 57) de sua Suma Teológica para a reflexão de temas relativos ao direito. No primeiro artigo dessa questão, ele questiona se o direito é o objeto da justiça. Assim, ele expõe que o direito é um termo análogo⁷. O sentido primário do direito é o de objeto da justiça (a própria coisa justa). Desse modo, ainda que a arte jurídica e o lugar onde se aplica o direito possam ser chamados de direito (na época de Santo Tomás, o que chamamos de tribunal também era chamado de direito – *ius*), é o objeto da justiça que é propriamente o direito. A lei, por sua vez, também não é propriamente direito, mas a regra do direito.

Hervada apenas expande e atualiza a ideia do termo direito como análogo. Assim, ele defende que o sentido primário do direito é o de objeto da justiça e que os outros sentidos (o direito subjetivo, a arte jurídica e a lei⁸) são análogos. Além disso, se aproxima, novamente, de Santo Tomás ao defender que a lei não é direito. Entretanto, assim como Santo Tomás,

⁶ Suma Teológica, II-II, Q. 57, 1, ad. 1

⁷ “A analogia [...] é uma modalidade de atribuição de um predicado a múltiplos sujeitos por razões parcialmente iguais e parcialmente diferentes” (SCHERER, 2018, p. 48). Em outras palavras, “temos analogia, quando o termo é comum e a realidade significada, nem inteiramente a mesma nem inteiramente diferente, mas implica uma relação e uma semelhança entre os diversos entes aos quais é atribuído: o homem é são, a cor da fisionomia é são, o alimento é são” (HUGÓN, 1998, p. 57).

⁸ O tribunal é excluído, porque, atualmente, ninguém o chama de direito.

Hervada afirma que ela “cumpre a função de regra e medida do justo e muitas vezes cria títulos de direito (causa do direito)” (HERVADA, 2008, p. 134).

Por fim, precisa-se analisar o tratamento que ambos dão à virtude da justiça. Os dois adotam a definição clássica da justiça como a virtude de dar a cada um o seu direito⁹. A diferença entre os dois nesse ponto reside apenas no enfoque dado. Santo Tomás, diferentemente de Hervada, não realiza uma análise termo a termo da fórmula, mas uma análise geral fórmula e também analisa a virtude da justiça sob um prisma mais ético que propriamente jurídico (ainda que suas análises tenham lançado bases para a compreensão realista do direito).

Desse modo, pode-se afirmar que Hervada, como dito pelo próprio autor, tem Santo Tomás como seu ponto de partida e, portanto, seu pensamento jurídico é mesmo permeado pelo sistema tomista. Contudo, realmente o Santo Tomás não é o ponto de chegada de Hervada. Tendo Santo Tomás como base, ele erigiu seu sistema jurídico, atualizando o pensamento tomista quando necessário e refletindo sobre temas pouco ou nada refletidos por Santo Tomás.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os elementos da filosofia de Hervada tratados no decorrer desse artigo nos auxiliam a compreender melhor o que é seu realismo jurídico clássico¹⁰. Primeiramente, seu conceito de direito é distinto do defendido pela maioria dos juristas modernos: estes consideram que o direito, primeiramente, é a norma (sendo, por isso, chamados de normativistas), enquanto Hervada entende que o direito é uma coisa devida a um sujeito (e, portanto, se denomina realista – de *res*, coisa em latim). Com essa resposta também é possível perceber que seu realismo é clássico: a *res justa* (coisa justa), em seu pensamento, tem o mesmo significado que tem nas filosofias de Aristóteles e Santo Tomás– ela é a coisa devida a alguém.

O trajeto que Hervada faz para alcançar suas conclusões acerca do que é o direito, por sua vez, demonstra porque seu realismo é jurídico. A perspectiva do filósofo do direito, para ele, é a perspectiva do jurista e da justiça. Não cabe, aqui, ao se questionar o que é o direito, respostas influenciadas pela política ou por outro campo que não o da arte jurídica. É

⁹ Cf. Suma Teológica, II-II, Q. 58, 1.

¹⁰ Preferimos utilizar o termo usado pelo próprio Hervada nessa conclusão. Entretanto, o que foi dito no início desse texto continua sendo defendido: a melhor forma de definir seu pensamento é denominando-o realismo jurídico clássico tomista.

partindo da virtude de dar a cada um o seu e da arte de desvelar o que é justo nas relações sociais que se encontra o sentido primário do direito (que não é nada mais que o objeto da justiça).

Por fim, é evidente que ainda há elementos fundamentais em seu pensamento que não foram abordados aqui. Dentre estes, cabe destacar o direito natural, a lei natural e o direito canônico (afinal, Hervada, além de filósofo do direito, é um canonista). Contudo, os três principais conceitos de seu pensamento são a arte jurídica, a justiça e o direito. São estes que definem o que é seu realismo e são eles o ponto de partida do qual o estudo daqueles decorre. Portanto, para uma introdução à jusfilosofia de Hervada, são os conceitos fundamentais (afinal, não é coincidência o fato do autor iniciar suas principais obras tratando desses temas)¹¹.

REFERÊNCIAS

HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HERVADA, Javier. **Crítica Introdutória ao Direito Natural**. Porto: RÉS-Editora, [1990?].

HERVADA, Javier. **O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

HERVADA, Javier. **Coloquios Propedêuticos sobre el Derecho Canónico**. Pamplona: Navarra Gráficas Ediciones, 2002.

HERVADA, Javier. Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico. **Dikaion**, Chía, n. 2, p. 7-19, 1988.

¹¹ Os capítulos II, III e IV de sua obra “O que é o direito?” abordam, respectivamente, os temas da arte do direito, da justiça e do direito. Na “Crítica Introdutória ao Direito Natural”, a arte do direito é tratada no capítulo I, a justiça nos capítulos I e II e o direito no capítulo II. Os capítulos IV, V e VI das Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito abordam, respectivamente, os temas do ofício do jurista (a arte jurídica), a justiça e o direito.

HERVADA, Javier. IVARS, Javier Escrivá. **Relectura de la obra científica de Javier Hervada. Preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada (Parte I)**. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2008.

HERVADA, Javier. IVARS, Javier Escrivá. **Relectura de la obra científica de Javier Hervada. Preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada (Parte II)**. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2009.

HUGÓN, Padre Édouard. **Os Princípios da Filosofia de São Tomás de Aquino**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

SCHERER, Daniel. **A Raiz Antitomista da Modernidade Filosófica**. Formosa: Edições Santo Tomás, 2018.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Teológica: Volume VI**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

Universidad de Navarra. **Búsqueda de Personas: Hervada**. Disponível em: <<https://www.unav.edu/web/guest/buscador-avanzado?profesores=Hervada>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

VIGO, Rodolfo. **El Iusnaturalismo Actual: De M. Villey a J. Finnis**. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2003.

JAVIER HERVADA'S CLASSICAL LEGAL REALISM: DEFINITION AND BASIC CONCEPTS

ABSTRACT

This article aims to expose, in an introductory way, basic elements of Javier Hervada's jusphilosophy, which is called classical legal realism by the author himself. This exhibition will be divided into two parts. In the first, it will be explained what Hervada means by classical legal realism, thus providing a definition for these terms. In the second,

basic concepts of his jusphilosophy will be clarified. In this section, answers to recurring questions in the Philosophy of Law will be presented: "what is law?"; "What is justice?"; "Is law an art or a science?"

Keywords: Classical Realism. Justice. Law. Neo-thomism.