

HERVADA, JAVIER. *O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico. Uma introdução ao direito.* Tradução de Sandra Martha Dolinsky. Revisão da tradução por Elza Maria Gasparotto. Revisão técnica de Gilberto Callado de Oliveira. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, 176 p. ISBN 85-60156-08-9.

por *Renan Torres Fernandes* - UERJ<sup>1</sup>.

Trata-se de famoso texto de Introdução ao Direito, ministrado pelo eminente jurista e canonista espanhol Javier Hervada, doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madrid (1958), e em Direito Canônico pela Universidade de Navarra (1962). O renomado autor foi decano da Faculdade de Direito de Navarra, ocupando o cargo de professor Titular de Filosofia do Direito e Direito Natural na mesma Faculdade, e o de professor Catedrático de Direito Canônico na Universidade de Zaragoza, tendo escrito importantíssimos estudos nas searas da Filosofia do Direito, Direito Canônico e do Direito de *Família*, dentre os quais se destaca as suas clássicas *Lições Propedênticas de Filosofia do Direito*, já disponíveis em vernáculo (vide resenha publicada no AQUINATE, n.º. 9).

O autor expressa a preocupação de se exprimir da forma mais didática possível, procurando transmitir, como o próprio título do livro indica, as premissas básicas da doutrina do realismo jurídico clássico, capitaneada por Aristóteles e São Tomás de Aquino (que expurgou do próprio aristotelismo os seus elementos inconciliáveis com a religião cristã), e posta em prática pelos juristas romanos.

Portanto, na presente obra, em extrema oposição à noção de direito subjetivo, (introjetada no pensamento jurídico ocidental de forma, parece, incontornável, a partir da obra de Guilherme de Ockham, em que o direito passou a ser identificado como uma *potestas*, uma faculdade concedida ao indivíduo, isoladamente considerado, pelo direito positivo, sem nenhuma relação com a ordem metafísica ou um caráter de transcendência), sobreleva a sua concepção do direito como o justo (*suum jus cuique tribuere*), algo atribuível ao homem, *em virtude de uma dívida em sentido estrito*, tendo como título a própria natureza humana, constituindo o objeto da virtude da justiça, e possuindo como medida e causa a própria idéia de lei, identificada como uma regra de conduta obrigatória, dirigida ao homem para o alcance do Bem Comum.

Como o próprio autor anuncia no *Prólogo*, a presente obra representa uma “introdução ao direito, voltado, em grande parte, para pessoas que ou estão no

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, bolsista de Iniciação Científica (PIBIC/UERJ) e aprovado em primeiro lugar no concurso para Monitoria da disciplina História do Direito, na mesma Faculdade, em 2008.

início dos seus estudos de Direito (seja em uma Faculdade de Direito, seja em uma Faculdade de Direito Canônico), ou, sendo já juristas e canonistas experientes, desejam recordar e reexaminar os fundamentos de seu ofício”.<sup>2</sup> E, prossegue, afirmando que “é uma introdução ao direito sob a perspectiva do realismo jurídico clássico (o direito como o justo), que, embora seja uma perspectiva tão antiga quanto os juristas romanos, foi praticamente substituída a partir do século XIV pelo subjetivismo (o direito como direito subjetivo) e, em seguida, pelo normativismo (o direito como a norma), que é, ainda hoje, a perspectiva dominante”.<sup>3</sup>

O livro, como já seria de se esperar, tendo em vista a qualidade da obra de Javier Hervada, é escrito de forma primorosa, do primeiro ao último capítulo. O autor consegue a proeza de, sem prejuízo da densidade das reflexões apresentadas e das categorias jusfilosóficas discutidas, reter de forma plena a atenção do leitor, como se estivéssemos diante de um bom romance. Essa característica se coaduna com o espírito da obra de servir de guia introdutório ao estudo do Direito, segundo os pressupostos do realismo jurídico clássico, sendo amplamente compreensível para os não iniciados na arte jurídica. E cumpre ressaltar que, no país de origem do autor, a presente obra integra o currículo escolar das instituições escolares de Ensino Médio, sendo cobrado nos exames de vestibular para o ingresso nas Faculdades de Direito espanholas.

Dentre os temas abordados, podemos indicar como os de maior destaque aqueles trechos em que Hervada aborda a questão da idéia de justiça suceder à própria concepção de Direito, no Capítulo III (*A justiça*), assinalando que, “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 seu de alguém, seu *direito*; do contrário, como dar o seu, seu direito?”<sup>4</sup> E, ao tratar da problemática da existência de leis injustas, remarca que “indubitavelmente, há leis injustas, há coisas atribuídas injustamente. Mas isso significa apenas que a justiça preexiste ao direito positivo, ao direito dado pelos homens, não que simplesmente preexiste ao direito.(...) [tais leis] são injustas *porque lesam o direito natural (...)*”.<sup>5</sup> Na linha de pensamento do autor espanhol, se existe um direito (positivo) injusto, não é porque a justiça antecede a este, mas sim porque o próprio direito natural (anterior ao positivo) deve servir de parâmetro para a elaboração do direito positivo, que pode restar, contudo, conforme ou desconforme às suas disposições, dependendo da vontade, e, na expressão por ele cunhada, do eventual exercício da *razão com retidão*, pelos homens que o instituíram.

No Capítulo V (*Direito natural e direito positivo*), o autor disserta sobre a delicada relação entre o direito natural e o direito positivo, partindo do axioma fundamental de que é impossível a existência de um fato cultural

<sup>2</sup> HERVADA, J. *O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico. Uma introdução ao direito*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, *Prólogo*, p. XXVII.

<sup>3</sup> *IBIDEM*.

<sup>4</sup> *IBIDEM*, p. 25.

(independentemente de sua natureza: jurídica, técnica ou artística) sem uma base natural, um dado da natureza, relacionado a uma capacidade natural do homem, designado como *potência* pelos filósofos. Partindo dessa premissa, atesta que “é axiomático que, se existe o fato jurídico positivo (cultural), deve apoiar-se em uma juridicidade natural. Se nada houvesse de jurídico natural, nada haveria de jurídico cultural. Por isso, a melhor demonstração de que existe o direito natural é que existe o direito positivo”.<sup>5</sup>

Também deve ser realçado o destaque dado pelo autor à idéia de justiça legal, valorizando a idéia de lei, que, como já assinalado, constitui o valor e a medida do direito (a causa e a medida do próprio *justo*), sendo, por isso, muitas vezes, com o próprio direito identificada, devido à sua relação direta com a idéia de justo. Nesse ponto, podemos fazer um contraponto entre o presente autor e o grande jusfilósofo francês Michel Villey, que, apesar de também ser um adepto da corrente do realismo jurídico clássico, olvida do caráter fundamental da lei para a determinação do Direito, relegando-a, assim como a própria justiça legal, para o âmbito da Moral, onde também residiria a finalidade do alcance do Bem Comum, inerente à lei, e o seu papel de estabelecer regramentos obrigatórios para a conduta humana.<sup>6</sup> Não atenta o romanista francês que o Direito também é composto por faculdades morais, fato salientado por Hervada em diversas passagens do texto.

Destacados alguns dos principais pontos e características da obra, cabe agora ao leitor, familiarizado ou não com a arte jurídica, empreender essa prazerosa jornada pela releitura dos fundamentos filosóficos do Direito, interpretados sobre a ótica da doutrina clássica do direito natural, promovida pelo mestre Javier Hervada.

---

<sup>5</sup> *IBIDEM*, p. 76.

<sup>6</sup> Cf. VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: Definições e fins do direito. Os meios do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 61-62.