Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume 18 | n. 1 | 2023 | seer.ufrgs.br/ppgdir

IUS, IUS SUUM, RES IUSTA: UMA CRÍTICA À *INTRODUÇÃO CRÍTICA* DE HERVADA [1-2]

IUS, IUS SUUM, RES IUSTA: A CRITIQUE OF HERVADA'S JURIDICAL REALISM

Rafael Domingo Oslé[*] [**]

RESUMO: Neste artigo, analisam-se alguns aspectos da teoria realista do direito do jurista espanhol Javier Hervada (1934-2020), quem, inspirado nos juristas romanos e Tomás de Aquino, entre outros, concebe o direito (ius, directum) como a coisa justa (res iusta). Explica-se no texto o significado romano da palavra ius, o sentido das expressões ius suum e res justa e seu papel na elaboração doutrinal de Hervada. O artigo também analisa a definição que oferece Hervada de lei como regra ou medida do direito, assim como sua aproximação à ideia de pessoa como ser que se pertence a si mesmo. O texto conclui que a teoria realista de Hervada constitui uma interessante aproximação ao direito como objeto da virtude da justiça. Contudo, nem o direito pode reduzir-se a mero objeto da virtude da justiça, nem a justiça pode ser tratada somente como uma virtude.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. "Ius". "Res Iusta". Hervada; Lei. Realismo. Direito Natural. Positivismo.

ABSTRACT: *This article explores the so-called realistic theory of law and justice of the Spanish jurist Javier Hervada (1934-2020). Influenced by the Roman jurists and Thomas Aquinas, Hervada conceived law (ius) and right (derectum) as the right thing (res iusta). The article explains the Roman meaning of the word ius and the expressions ius suum and res iusta and it is concluded that falling into reductionism is a potential risk of this theory. The article also criticizes Hervada's definition of lex as a rule or measure of law and right, and Hervada's juridical approach to the idea of person. Ultimately, Hervada offers a theory of law based on the object of the virtue of justice. But law cannot be reduced to the object of a concrete virtue, nor can justice be only considered as a virtue.*

KEYWORDS: *Law. Right. Natural Law. Natural Rights. Legal Realism. Positivism.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 O direito (ius) como "o justo" (iustum, ius suum). 2 *Ius suum* como *res iusta*. 3 A lei como regra e medida do direito. 4 A pessoa como ser que pertence a si mesmo. 5 Conclusão. 6 Apêndice. 7 Referências.

INTRODUÇÃO

[1] O texto-base utilizado para essa tradução em sua versão original em língua espanhola é: DOMINGO, Rafael. Ius, ius suum, res iusta: una crítica a la Introducción crítica de Hervada. Persona y derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos [ISSN 0211-4526], n. 86 [Homenaje al Profesor Javier Hervada], p. 249-266, jan.-jun. 2022.

[2] Tradução por Frederico Paganin Gonçalves (graduando em Ciências Jurídicas e Sociais na UFRGS, atualmente em período de mobilidade acadêmica na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, com financiamento do Baden-Württemberg Stiftung). Revisão por Alfredo de J. Flores (Professor Permanente do PPGDir-UFRGS). Os tradutores apontam que foram feitas modificações no texto para melhor atender aos padrões da presente Revista; houve ainda consulta à versão mais nova do artigo que foi publicada recentemente como capítulo de livro, em que se apresentam alguns trechos novos que foram adicionados aqui. Cf.: DOMINGO, Rafael. Una crítica a la *Introducción crítica* de Hervada. In: DOMINGO, R. *Derecho y trascendencia*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2023. p. 305-321. Ademais, os tradutores agradecem ao autor do texto, o prof. Rafael Domingo, pela autorização dada para esta tradução na forma aqui proposta.

[*] Professor de Direito e Religião, *Emory University* (Atlanta, Estados Unidos). Catedrático Álvaro d'Ors na *Universidad de Navarra* (Espanha).

[**] NT: na versão do texto em capítulo de livro, consta em nota de rodapé, logo no início do texto, o seguinte trecho do autor: "El escrito apareció originalmente bajo el título "*Ius, ius suum, res iusta:* una crítica a la *Introducción crítica* de Hervada," en *Persona y Derecho* 86 (2022) 249-266. Todo el volumen de esta revista constituye un homenaje a Hervada en el que se analiza y revisa críticamente su pensamiento. Añado al final del capítulo, a modo de apéndice, un obituario que publiqué el 17 de marzo de 2020 en el periódico *La Vanguardia* de Barcelona, su ciudad natal."

Passaram-se mais de quarenta anos desde que o jurista e filósofo do direito Javier Hervada [1934-2020] publicou sua *Introducción crítica al derecho natural* (1981), essa pequena grande obra de nosso querido professor ora homenageado[3]. Posso dizer com orgulho que formei parte da primeira leva de alunos da Faculdade de Direito da Universidade de Navarra que estreou esse pequeno grande manual para cursar a disciplina de Direito natural lecionada por Hervada no curso acadêmico de 1981-1982.

Nessa *Introducción*, Hervada, apoiado nos juristas romanos e, sobretudo, em Tomás de Aquino, aproxima-se ao direito (natural e positivo) desde uma perspectiva realista que o identifica com "o justo" (*ius suum*) ou com "a coisa justa" (*res iusta*). Assim explica no breve prólogo: "O conceito chave é o do justo ou direito, em sentido realista: a *res iusta* – como diziam os clássicos – ou coisa justa"[4]. E se o direito é a coisa justa, o direito natural (*ius naturale*) é o justo natural, isto é, "aquela coisa que está atribuída a um sujeito – e em consequência lhe é devida – a título de natureza"[5].

Para Hervada, a confusão do *ius* ou direito objeto da justiça com o direito subjetivo tem consequências importantes, especialmente na teoria dos direitos humanos[6(b)], porque, de não se admitir o *realismo* do direito, os direitos humanos deixariam de ser "direito em sentido próprio", e os contrariar não seria "opressão e injustiça, pois não pode entrar em pugna a justiça onde não há um direito precedente"[7].

No presente artigo, vou oferecer uma crítica a essa concepção realista do direito tal como

[3] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Pamplona: Eunsa, 1981. A 11ª edição é de 2011 – todas as citações procedem desta undécima edição. Agradeço aos professores Carlos José Errázuriz e Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba pelos acertados comentários para melhorar esse manuscrito.
[4] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011. p. 12.
[5] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011. p. 81.
[6] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011. p. 43.
[(b)] NT: tal temática a respeito da natureza dos direitos humanos – e a implicação da definição e seu uso para efeitos de um conceito de "direito" e a atuação dos jusfilósofos – foi trabalhada pelo próprio autor que aqui está sendo resenhado, Javier Hervada, em texto que já recebeu tradução sob nossos cuidados para a língua portuguesa – HERVADA, Javier. Problemas que uma característica essencial dos direitos humanos apresenta para a filosofia do direito. Tradução de Frederico Bonaldo e Alfredo de J. Flores. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, vol. 40, p. 31-43, ago. 2019.
[7] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011. p. 26, nota 13. Para uma visão de conjunto do conceito de direito subjetivo, ver: SIMÓN-YARZA, Fernando. Individual Rights. In: *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law* [recurso on-line]. Oxford: Oxford University Press, 2017. Disponível em: <https://oxcon.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e135?rskey=GG7peh&result=152&prd=MPECCOL>. Acesso em: 23 jul. 2023. Sobre a relação entre os direitos subjetivos e a reforma protestante, cf.: WITTE JR., John. *The Reformation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Hervada nos apresenta em sua *Introducción*. Em minha opinião, o grande acerto de Hervada, fiel seguidor do Aquinate, encontra-se em unir inseparavelmente a justiça e o direito (natural e positivo), assim como em ressaltar o caráter objetivo de ambos frente ao subjetivismo racionalista e o positivismo normativista. O ponto mais fraco do pensamento de Hervada consiste em elaborar uma teoria jurídica – a de São Tomás era multidisciplinar – do direito e da justiça a partir de uma definição concreta da virtude da justiça. Nem a justiça pode se reduzir a uma virtude, nem o direito se pode reduzir a ser o objeto da virtude da justiça. Hervada confeccionou um elegante traje para o direito e um bonito vestido para a justiça, porém, com algumas medidas que não se ajustam à realidade.

As brilhantes ideias de Tomás de Aquino sobre a justiça e o direito, explicadas no contexto medieval multidisciplinar de uma suma teológica, devem ser trasladadas ao âmbito jurídico de nossos dias com cautela. Hervada quis explicar o direito *juridicamente*, baseado no pensamento de Tomás de Aquino. Compartilho do acerto na eleição do Aquinate como mentor, porém não compartilho de alguns pontos da elaboração jurídica da teoria de Hervada, talvez porque, ao fim e ao cabo, o direito não se pode explicar somente desde o direito, como tampouco a justiça desde a justiça. Contudo, o mérito intelectual de Hervada é indiscutível e sua contribuição, de grande valor.

1. O DIREITO (IUS) COMO "O JUSTO" (IUSTUM, IUS SUUM)

Hervada começa a sua exposição acudindo ao direito romano, isto é, aos juristas, evitando qualquer aproximação filosófica ou teológica[8]. Considera que a arte (saber prático) do direito e a virtude da justiça têm o mesmo objeto: o justo, o *ius*, o direito. A arte do direito declara o que é justo em cada caso, e a justiça consiste no hábito operativo que nos faz justos. O direito, portanto, pertence ao âmbito do saber; a virtude da justiça, por outro lado, ao âmbito do querer.

Apoia-se Hervada com firmeza na clássica e influente definição de Ulpiano sobre a justiça, tomada do livro segundo das regras, como "a constante e perpétua vontade de dar a cada

[8] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011. p. 15-21.

um o que é seu": *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*[9]. Nessa definição, com efeito, *ius suum* pode muito bem ser traduzido como o justo, o seu, o devido, sua *justeza* – poderíamos dizer mais corretamente utilizando uma palavra que se encontra no Dicionário da Língua Espanhola [voz "Justedad"][10].

Ainda que em menor medida, Hervada se serve também de outras duas conhecidas definições romanas para consolidar a sua estrutura: a oferecida por Celso sobre o direito, como "a arte do bom e do justo" (*ars boni et æqui*)[11], bem como a definição de Ulpiano de *iurisprudentia* como "a ciência do justo e do injusto" (*iusti atque iniusti scientia*)[12]. Conclui Hervada: "a isso que corresponderia a cada um, chamaram de *ius* ou o direito de cada um, e a ciência que consistia em saber averiguar o *ius* ou direito de cada um, deram-lhe o nome de *ars iuris* ou arte do direito"[13].

Em sua leitura do direito romano como arte do justo, Hervada acerta, assim como em sua conexão entre direito e justiça, já existente entre os juristas romanos, ainda que esses não tenham desenvolvido uma teoria da justiça ou discutido sua natureza como o fizeram os filósofos gregos. Em sua alta consciência moral, os juristas romanos compreenderam o conceito de justiça substantiva, porém raramente apelaram aos fundamentos éticos da justiça, provavelmente devido à simplicidade de seu estilo legal e sua resistência intuitiva à abstração. Em suas obras jurídicas, sempre de caráter prático, os juristas romanos simplesmente acomodaram a filosofia grega ao espírito e caráter romanos[14].

Tampouco esteve presente nos juristas romanos – do que bem se aproveita Hervada – a ideia de dois ordenamentos jurídicos (o natural e o positivo), separados e paralelos, como se fossem mundos do ideal e do real. Para os romanos, não há mais que um único direito, no qual

[9] Ulp. 1 reg., D. 1.1.10pr. = Inst. 1.1pr. – *Corpus Iuris Civilis*, vol. I. ed. Theodor Mommsen e Paul Krüger. 16ª ed. Berlin: Weidmann, 1954. Essa é a edição que citarei daqui para frente.
[10] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Justedad. In: *Diccionario de la Lengua Española* [recurso on-line]. 23ª ed. S.l., 2022. Disponível em: <https://dle.rae.es/justedad#9iQX2Sz>. Acesso em: 23 de jul. 2023.
[11] Celso; Ulpiano. 1 inst., D. 1.1.1pr. Essa definição se aproxima daquela do jurista Paulo sobre o direito natural (D. 1.1.11): "o que é sempre justo e bom" (*id quod sempre æquum ac bonum est*). Esse caráter permanente constitui um traço de identidade do direito natural frente ao direito derivado da legislação em sentido amplo. Sobre esses juristas romanos, cf.: DOMINGO, Rafael. *Juristas universales*. Vol. I: Juristas antiguos. Madrid: Marcial Pons, 2004.
[12] Ulp. 1 regul., D.1.1.10.2.
[13] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011. p. 15-16.
[14] Por outro lado, Cícero se ocupou da justiça, especialmente em seu discurso sobre os deveres (*De officiis*); porém, qualificou-se como um pensador à margem da jurisprudência. Cf., para tal, Cícero *Brutus* 41.151; *Pro Murena* 13, 29-30; *De oratore* 41.141.

a natureza, a vontade humana e a razão se empregam como critério de identificação do justo. "Natural", para os juristas romanos, significa o que é razoável de acordo com os padrões humanos de conhecimento, comportamento ou expectativas sociais e, portanto, não requer mais evidência. Partindo da interpretação natural, os juristas romanos defenderam a ideia de que as pessoas que ainda não haviam alcançado a puberdade deveriam ser atendidas por outra pessoa[15]; que um louco não poderia fazer, nem aceitar uma promessa[16]; que as pessoas unidas pelo sangue estariam vinculadas[17]; que os indivíduos teriam direito a defender-se ante um ataque real[18]; que ninguém está obrigado ao impossível[19]; que algo que não pertence a ninguém ou que foi capturado em campo de batalha se converteria em propriedade do primeiro que tomasse posse de tal[20]; e que a união de um homem e de uma mulher se chama matrimônio[21].

Por outro lado, na identificação hervadiana de *ius* com *ius suum* vejo um duplo problema. Primeiro, porque *ius* nem sempre pode e deve ser traduzido por direito; e, segundo, porque *ius* significa mais, muito mais, que *ius suum*, que é tão somente uma de suas possíveis significações como substantivo. Já de entrada, o próprio Ulpiano, em quem justamente se apoia Hervada, assinala que os três preceitos básicos do direito são: viver honestamente, não lesar ao outro e dar a cada um o que é seu[22] – não somente o último, no qual se centra Hervada.

Ius suum pode constituir um bom ponto de partida para uma teoria jurídica sobre o direito – não o nego, inclusive estou de acordo – porém, em ocasiões parece que nosso autor Hervada o utiliza não como a acepção principal de *ius*, nem enquanto um *princeps analogatum*, mas tão somente como o seu único significado. Na nota 2 da *Introducción*, diz: "A palavra *ius* foi utilizada pelos romanos em vários sentidos; o que apontamos no texto é o significado que tem na definição da justiça"[23]. Porém, se assim o é, o apoio de Hervada não é na ideia de *ius* no direito romano propriamente dito, senão em uma definição concreta de um jurista romano concreto que reflete um aspecto do *ius*.

[15] Gai. inst 1.189. In: DOMINGO, Rafael (ed.). *Textos de Derecho Romano*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.
[16] Gai. 2 aur., D. 44.7.1.12.
[17] Modestinus 10 pand., D. 38.10.4.2.
[18] Gai. 7 ad ed. provinc., D. 9.2.4pr.
[19] Celsus 8 Dig., D. 50.17.185.
[20] Gai. Inst. 2.66, 2.69.
[21] Ulp. 1 inst., D. 1.1.1.3.
[22] Ulp. 1 reg., D. 1.1.10.1., também em Inst. 1.1.3: "*Iuris præcepta sunt hæc*: *honeste viverem*, *alterum non lædere*, *suum cuique tribuere*".
[23] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011. p. 15.

Basear toda uma teoria do direito no sentido específico de uma palavra em uma definição determinada (por mais relevante e influente que tenha sido) é problemático e arriscado. Hervada, seguindo a Tomás de Aquino, acaba concebendo uma teoria – não "do direito" – mas sim do "direito enquanto objeto da virtude da justiça". Isso faz sentido em uma suma teológica de um pensador multidisciplinar como é Tomás de Aquino; porém, não tanto em um livro jurídico escrito por um jurista com pretensões de elaborar uma teoria jurídica válida para o direito natural.

É certo que, na definição de justiça, *ius* significa o seu, o justo, o devido, mas a ideia de *ius* aporta muito mais que isso. *Ius* é um termo latino ambíguo que poderia ser utilizado no singular (*ius*) ou no plural (*iura*). A origem da palavra *ius* não é clara e tem vários significados[24]. Pode-se afirmar com reservas que deriva de Júpiter ou Jove (em latim: *Iuppiter*; genitivo: *Iovis*). Na religião e mitologia da Roma antiga, Júpiter era o deus do céu e do trovão, o rei dos deuses e a principal deidade da religião, das leis e da ordem social do povo romano. Contudo, ainda que não tenha sido aceita a proposta pelos especialistas, Hugo Grotius[25] preferiu a derivação de *ius* da palavra *iussum* (comando), assim como a palavra *os* (osso) se tratava de uma abreviatura de *ossum*.

Como tantos outros conceitos, é provável que *ius* começara sendo um adjetivo (o justo), e logo se substantivara (a justeza ou o direito). No estilo legal, encontramos, inclusive dentro da mesma lei, *ius* como adjetivo na expressão *ius ratumque* (justo e válido) e como substantivo, na expressão *ius potestasque* (direito e potestade)[26]. Assim, a hendíade *ius ratumque* realça o aspecto objetivo do conceito de *ius*, enquanto a hendíade *ius potestasque* centra sua atenção no aspecto subjetivo. Os romanos não os separaram; Hervada, sim. Esse aspecto subjetivo está tão presente no direito romano desde suas origens que o grande romanista Tony Honoré (1921-

[24] Sobre essas palavras, entre muitos outros, cf.: KASER, Max. *Das altrömische ius*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1949; D'ORS, Álvaro. Aspectos objetivos y subjetivos del ius. In: D'ORS, Álvaro. *Nuevos papeles del oficio universitario*. Madrid: Rialp, 1980. p. 280-311; MEGÍAS, José Justo. El derecho subjetivo en el derecho romano. Un estado de la cuestión. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 25, p. 35-54, 2003; GUZMÁN BRITO, Alejandro. Historia de la atribución de categorías o predicamentos a derecho (*ius*). *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 33, p. 273-317, 2011; DOMINGO, Rafael. *Roman Law*: An Introduction. London: Routledge, 2018. p. 07-14.

[25] GROTIUS, Hugo. *De iure belli ac pacis libri tres*. The Classics of International Law. Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1925. *Prolegomena* 13, nota 3.

[26] DOMINGO, Rafael. *Ius ratumque* y *ius potestaque*. Una contribución al estudio del concepto de *ius*. *Persona y Derecho*, 25, p. 49-58, 1991.

2019), da Universidade de Oxford, em sua excelente monografia sobre Ulpiano, atreveu-se a qualificar o jurista como "pioneiro dos direitos humanos"[27]. Provavelmente Michel Villey[28] estaria em total desacordo com Honoré por esse inapropriado e até frívolo anacronismo 'subjetivista' [(c)].

Em seu sentido mais amplo, *ius* abarcava a totalidade da ordem jurídica romana (*iura populi Romani*). Porém, *ius* também poderia referir-se a um campo específico do direito: público, privado, natural etc., ou até mesmo a uma disposição excepcional para certos grupos de pessoas (*ius singulare*). *Ius* pode indicar o estado de uma pessoa, seja juridicamente independente (*sui iuris*) ou sob o poder de outra (*alieni iuris*). *Ius* também se referia ao lugar em que o pretor administrava a justiça (como na palavra juizado). Por exemplo, a expressão *in ius vocatio* (convocar o demandado frente ao magistrado) era o termo técnico utilizado para iniciar o processo civil; a *cessio in iure* significava a cessão de bens ou direitos ante o magistrado. Encontramos a palavra *ius* em Roma em uma amplíssima variedade de expressões como *ius obligationis*, *ius hereditatis*, *ius adscrescendi*, *ius liberorum*, *ius capiendi*, *ius respondendi*, assim como em numerosas servidões prediais, como o direito a evitar que o vizinho eleve a atual edificação (*ius altius non tollendi*) ou o direito de apoio de viga (*ius tigni immittendi*) ou de apoiar o peso em construção [vizinha] (*ius oneris ferendi*).

Distinto do *ius* é o *directum*. Desde o século IV d.C., o particípio *derectum* (ou *directum*) foi introduzido no vocabulário jurídico para descrever a perfeição da justiça e equidade. No termo *directum*, as dimensões moral e jurídica estão indissoluvelmente conectadas. *Directum* significa "dirigido", "guiado", "correto". *Ius directum* (direito correto) é o direito que determina a direção correta, o bom caminho, o caminho correto a ser seguido pelos cidadãos nas relações sociais. Concretamente, *directum* encarnava os valores morais do estoicismo e, particularmente, do cristianismo[29].

Pode-se dizer que *ius* expressa a origem religiosa do direito, enquanto *directum* (direito; *right*) representa a relação ineludível entre direito e moral. Na ideia de um direito, as conotações morais e jurídicas são inseparáveis, já que os direitos afetam tanto as reivindicações pessoais

[27] HONORÉ, Tony. *Ulpian*: Pioneer of Human Rights. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2002 [1ª ed., 1982]
[28] VILLEY, Michel. *Précis de philosophie du droit I*. Paris: Dalloz, 1975.
[(c)] NT: o nosso realce neste termo é porque tal palavra está somente na versão publicada como capítulo de livro, sendo um acréscimo para essa versão.
[29] DOMINGO, Rafael. *Roman Law*: An Introduction. London: Routledge, 2018. p. 08.

como a ordem social. Nesse sentido, pode-se dizer que o direito natural assume dois componentes: *ius* e *directum*, pois suas origens são tanto religiosas quanto morais.

2. *IUS SUUM* COMO *RES IUSTA*

O ponto de partida da teoria jurídica do Aquinate é o direito como objeto da virtude da justiça, porém adiciona uma alteração linguística importante, com relação a Ulpiano, ao converter o *ius suum* em *res iusta* (coisa justa): "*Ita etiam hoc nomen ius primo impositum est ad significandum ipsam rem iustam*"[30]. Para Tomás de Aquino, a justiça viria a ser uma *operatio iusta*[31], da qual o direito se converteria em seu objeto[32], isto é, a *res* dessa operação[33].

Obviamente, se cabe essa *operatio*, essa *operatio iusta*, é porque existe o objeto: o direito. E esse objeto bem pode ser chamado de *res*, uma palavra polivalente com a qual se denominava desde antigamente o assunto litigioso (*res litigiosa*), a coisa julgada (*res iudicata*) ou a esfera pública (*res publica*). Por demais, o próprio Gaio chama de *res incorporales* aos direitos[34].

Nada a objetar-se e muito a ser aprendido desde o Aquinate, quem, repito, em uma *summa* de teologia medieval, não de direito, entronca direito e justiça de forma magistral, e outorga ao direito a missão principal de ser objeto da justiça, e, portanto, uma *res*, algo concreto, como uma sentença, uma decisão, uma coisa. O direito, assim, como objeto da justiça, buscaria a solução justa no caso concreto, enquanto a lei, como disposição geral, estaria mais ligada à virtude da prudência do governante. Isso leva Tomás de Aquino a separar acertadamente *ius* e *lex*, como o fizeram os romanos: "*lex non est ipsum ius*", diz claramente o Aquinate[35], a quem Hervada segue com acerto. Tomás de Aquino deixa mais claro que Hervada que, como *ius* é um conceito análogo e tem muitas acepções, a *res iusta* constitui sua principal acepção, isto é,

[30] *Summa Theologiæ*, II-II, q. 57, art. 1 ad 1.
[31] *Sententiæ Libri Ethicorum*, liber 5, lectio 1 n. 4; liber 5, lectio 10 n. 1.
[32] *Summa Theologiæ*, II-II, q. 57, art. 1 co: "*ius est obiectum iustitiæ*".
[33] GUZMÁN BRITO, Alejandro. Historia de la atribución de categorías o predicamentos a derecho (*ius*). *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 33, p. 273-317, 2011.
[34] Gai. Inst. 2.14.
[35] *Summa Theologiæ*, II-II, q. 57, ad 2.

o que os filósofos chamam sua *princeps analogatum*[36]. Em Hervada existe também uma tentativa de situar a coisa justa em um contexto no qual são levadas em conta outras dimensões inevitáveis do direito (direito subjetivo, lei etc.). Porém, todas essas dimensões estão intrinsecamente conectadas com a coisa justa, que ilumina todo seu sistema, como veremos.

Res iusta e *ius suum* não são exatamente o mesmo. *Ius suum* é ambivalente. Refere-se tanto ao aspecto objetivo quanto ao subjetivo: seu direito. Poderia referir-se ao meu direito (*ius meum*)[37] ou a uma coisa objetiva como, por exemplo, um direito de hipoteca sobre um imóvel, um penhor sobre móvel ou uma servidão predial. A expressão *res iusta*, por outro lado, objetifica mais o direito, particularizando-o, coisificando-o, com suas vantagens e inconvenientes. Para um tratamento do direito como objeto da justiça, *res iusta* se ajusta muito bem, porque todo objeto de uma virtude é uma *res*. Ademais, as coisas no universo são anteriores às pessoas. Se posso ouvir, é porque há sons. Se posso ver, é porque há coisas para ver. Sem coisas às quais possamos ver ou ouvir, a vista e a audição não têm utilidade ou razão de ser alguma. Para um medieval, as coisas estão aí independentemente de que o sujeito as veja ou não. E se as coisas têm cor, é isso independente de quem as veja. Hoje, sabemos que são as células fotorreceptoras as que captam parte do espectro da luz, que, devido ao efeito fotoelétrico, transformam-se em impulsos elétricos, que chegam ao cérebro através dos nervos óticos e criam a sensação de cor. Identificar o direito com a coisa justa seria, se me é permitida a comparação, como comparar a luz com a coisa iluminada (*res luminosa*). Assim como a luz integra e transcende a coisa iluminada e o cérebro humano que a capta, assim também o direito integra e transcende a *res iusta* e a própria pessoa que capta a justiça das coisas.

Para Tomás de Aquino, começar pelo objetivo para logo o transcender faz perfeito sentido. Aferrar-se a esse realismo em nossos dias, como faz Hervada, parece-me mais complicado porque, entre outras razões, a física quântica nos está mostrando que o mundo exterior não existiria sem um observador[38]. Não há que se descartar que teve razão Werner Heisenberg quando disse que "a física moderna se decidiu definitivamente por Platão. De fato, as menores unidades de matéria não são objetos físicos no sentido ordinário; são formas, ideias

[36] Sobre essa aproximação do Aquinate, cf.: RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos. Lecturas jurídicas de la obra de Santo Tomás de Aquino. *Díkaion*, 22, p. 55-81, 2013.
[37] Plauto, *Rudens*, 1120: "*quoniam ius meum esse intellegis*".
[38] GREENE, Brian. *The Elegant Universe*. 2ª ed. New York: W.W. Norton & Company, 2010.

que somente podem expressar-se sem ambiguidades em linguagem matemática"[39].

Em pleno século XXI, resulta fácil entender o direito como *res iusta* no âmbito da propriedade (a própria coisa enquanto esta me pertence ou *iusta res mea*, poderíamos dizer) e dos direitos reais (*iura in re aliena*); porém, fica mais difícil compreender os direitos humanos e subjetivos desde esta perspectiva realista. Quanto a isso é muito consciente Hervada, quem, apesar de tudo, aposta incondicionalmente no realismo, tendo conseguido superar o obstáculo com brilhantismo, afirmando que os direitos humanos são bens (e, portanto, coisas) inerentes à pessoa[40].

Minha maior objeção à teoria realista hervadiana não se encontra em categorizar o direito como coisa justa, senão em aplicar ao direito a teoria das coisas, isto é, da propriedade, herança e obrigações – isso segundo o esquema de Gaio (pessoas, coisas e ações)[41]. Esse salto conduz a uma excessiva "patrimonialização" do direito, da mesma maneira que a aplicação da teoria do contrato ao matrimônio canônico produziu uma excessiva contratualização do matrimônio, que ainda segue pesando sobre os canonistas ocidentais.

Assim, Hervada estabelece como ponto de partida de sua construção realista a premissa de que as coisas estão repartidas[42]. E faz isso porque, se a justiça consiste em dar a cada um o que é seu, a justiça pressupõe uma repartição prévia – com o fim de poder falar do que lhe é devido – que não pertence ao âmbito da própria virtude e, portanto, tampouco do direito. Todavia, que não pertença ao âmbito da virtude não significa que não pertença ao âmbito da justiça e menos ainda do direito. Deus é justo[43], o Justo por antonomásia; porém, em Deus, a sua justiça, obviamente, não é uma virtude. A justiça não é só virtude. É também uma qualidade, um ideal, um valor, uma dimensão, uma ordem, um nome divino, uma aspiração e um largo etecétera, que afeta à repartição inicial e ao cosmos em seu conjunto, por mais que esse não toque a virtude da justiça.

---

[39] HEISENBERG, Werner. *Natural Law and the Structure of Matter*. London: Rebel Press, 1970. p. 34.
[40] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011. p. 83.
[41] Gai. Inst. 1.8.
[42] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011. p. 23.
[43] Mateus 6:33; Lucas 18:7; Atos 17:31; João 1:9, entre muitos outros. Sobre esse nome de Deus: "La justicia divina ordena y determina todas las cosas, y otorga a todos los seres, preservándoles de toda confusión y mezcla, todo lo que conviene a cada uno en conformidad con su estado" – PSEUDO DIONISIO AREOPAGITA. Los nombres de Dios. In: PSEUDO DIONISIO AREOPAGITA. *Obras completas*. Edição de Teodoro H. Martín. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2002. p. 78 [cap. 8, n. 7].

Identificar a justiça com uma virtude é semelhante a identificar a religião com uma virtude, se me é permitido o assemelhar, e identificar o direito com o objeto da justiça é como identificar o culto com o objeto da religião. Trata-se de um bom ponto de partida, mas os aspectos doutrinais, morais etc. de uma religião não são cultuais, mas religiosos, e as religiões existentes no planeta superam a ideia de virtude. O mesmo sucede com a relação entre justiça e direito, e com a definição de direito como objeto da justiça.

Afirma Hervada:

> A estrutura do *ius* ou direito do que aqui falamos é a seguinte. O homem, em virtude de sua capacidade de domínio ou apropriação, faz suas as coisas. Com isso, estabelece-se uma relação entre o homem e a coisa que, a princípio, não é jurídica, mas uma relação ontológica de domínio. O homem que se apropria de um animal, constrói sua vivenda, fabrica e usa alguns utensílios etc., domina seu entorno em virtude de seu poder ontológico e as coisas dominadas passam a ser suas em virtude de sua capacidade de apropriação. (...) O primeiro que nasce no plano das relações humanas, o primeiro no plano jurídico, é o dever ou dívida; por isso, a coisa é direito, antes de tudo, enquanto é devida. E porque os demais se endividam, o titular do direito pode exigir. A faculdade de exigir o direito subjetivo aparece em um segundo momento quanto à dívida. A coisa se faz jurídica, faz-se *ius*, o direito, em virtude de sua qualidade de devida. Essa qualidade é uma qualidade da coisa e, portanto, a coisas mesma é direito ou *ius*. O jurídico não é só o direito subjetivo – que, em todo caso, é faculdade da pessoa -, senão também é a coisa, porque a qualidade de devida é qualidade da coisa; a coisa mesma é a devida e exigível, pelo que ela mesma é jurídica, é direito ou *ius*[44].

Hervada transforma a *res iusta* em *res debita* e considera o *debitum* como uma qualidade da coisa que faculta sua exigência. Não compartilho integralmente da ideia de que o homem, em virtude de sua capacidade de domínio e apropriação, faz suas as coisas, apesar de que essa relação inicial entre homem e coisa, em princípio, não é jurídica, pois não é ainda devida. Vejo também o direito precisamente aí, nesse ato de apropriação, como sucede, por exemplo, com a ocupação de uma coisa móvel abandonada. Essa ocupação já é jurídica (*occupatio iusta*). Isto é, o ser humano tem a capacidade de converter uma *res* em *res iusta*, em coisa apropriada. Isso explica que possa ser injusto, por exemplo, apropriar-se de um animal selvagem se não é por um motivo razoável, ou contaminar o ar sem motivo, ainda que legalmente não esteja proibido.

Ademais, diz Hervada que "a justiça não consiste em dar ou repartir coisas para a

[44] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011. p. 44-45.

Humanidade"[45]. Tampouco compartilho dessa opinião. O que impediria que o *cada um* da justiça seja relativo à Humanidade? Se há bens que pertencem à Humanidade como coletividade (por exemplo, o planeta Terra), por que não pode ser a Humanidade enquanto tal a destinatária da justiça ou da injustiça?

Segundo Hervada, "a justiça dá a cada um por igual seus direitos, mas não reparte esses direitos: essa repartição corresponde em parte à natureza e em parte à sociedade humana"[46]. Essa ideia de repartição o leva a elaborar uma construção do direito completamente à margem da tradição romana e, em minha opinião, confusa, porque utiliza terminologia romana em um sentido muito distinto daquele que utilizavam os juristas romanos. Se os romanos dividiram o direito em pessoas, coisas e ações[47], parece que Hervada só leva em conta a dimensão das coisas, a *res iusta*, e desde essa dimensão, que erige como ponto de partida, trata de explicar as outras duas, contudo, sem sair de seu paradigma realista[(d)].

Inclusive Hervada acaba recorrendo em sua teoria à doutrina do título e modo (o título do direito e a lei como modo ou medida do direito). E isso é forçar as coisas. Já de entrada porque os próprios romanos prontamente advertiram que não era tão simples identificar os títulos e começaram a criar títulos novos cada vez mais complexos e abstratos (ex. título putativo, *pro suo* etc.). Como é sabido, o Código Civil alemão (BGB), por exemplo, não incorporou a doutrina romana do título e modo, mas optou por um modelo no qual a *traditio* tem por causa um convênio abstrato [*abstrakte Vereinbarung*] entre o alienante e o adquirente de transmitir a propriedade (princípio da abstração, § 854, Abs. 2 e § 929, ambos do BGB), e não mais as justas causas romanas.

A definição do direito como coisa justa separa Hervada do direito subjetivo, de onde acaba reduzindo-o a uma faculdade moral de exigir a coisa justa. Assim diz Hervada: "Não se trata de negar a existência do direito subjetivo ou faculdade moral sobre a coisa. O que queremos dizer é que o *ius* ou direito de que falamos não é o direito subjetivo. E que a arte do jurista não é a arte ou a ciência dos direitos subjetivos, como interpretaram alguns autores do

[45] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011. p. 36.
[46] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011. p. 39.
[47] Gai. Inst. 1.8.
[(d)] NT: essa última frase do parágrafo foi reconstruída pelos tradutores mesclando as versões dos textos originais em língua espanhola.

século XIX"[48]. Em uma teoria do direito como objeto da justiça, o direito subjetivo é secundário; contudo, em uma teoria do direito que pretenda explicar a realidade da dimensão jurídica em seu conjunto, o aspecto subjetivo do direito deve estar presente desde o primeiro momento, como a propósito esteve em Roma.

Uma teoria do direito deve ser holística [*holónica*][(e)], de forma que possa integrar e transcender as dimensões objetiva e subjetiva[49]. Entretanto, Hervada, ao incidir no caráter objetivo em excesso, radicaliza-se e cai, em momentos, em um monismo reducionista, algo que, por outro lado, não ocorreu em São Tomás. Primeiramente, porque o Aquinate não teve que explicar o direito subjetivo nem os direitos humanos, expressões ora ainda não existentes, mas também porque sua aproximação foi metajurídica desde o início e profundamente integradora.

3. A LEI COMO REGRA E MEDIDA DO DIREITO

Uma vez identificado o direito com o justo e a coisa justa, a Hervada não resta outra saída, por demais aguda, que identificar a lei com a medida – com o modo, na doutrina realista do título e modo – do justo, isto é, com a regra de direito[50]. Segundo Hervada:

> a lei é regra do justo, do direito. Em outras palavras, a lei regula o direito e a correlata dívida, isto é, aponta que coisas pertencem a cada um, seu direito e seu dever, quando e como se pode exigir o direito ou se deve pagar a dívida. Do dito se depreende que a lei – e, em geral, a norma jurídica – tem duas funções quanto ao direito. Por um lado, as leis podem ser causa do direito, pois em ocasiões repartem as coisas – corpóreas ou incorpóreas -, outorgando títulos de atribuição, que têm caráter de dívida em justiça, isto é, criando direitos. Ainda que não seja a única causa do direito, a lei o é não poucas vezes; assim ocorre, por exemplo, quando as leis criam órgãos de governo e lhes atribuem suas respectivas funções[51].

[48] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011. p. 49.
[(e)] NT: a respeito do que seria o "holístico" comentado pelo autor (que em espanhol chama de "holónico"), pode-se dizer que se trata de noção específica empregada em outros textos para significar uma visão mais abrangente e completa, ainda que não signifique ser sistemática. Exemplo do uso pode ser visto em tradução que trabalhamos recentemente: DOMINGO OSLÉ, Rafael. Repensando a Escola de Salamanca. Tradução de Frederico Paganin Gonçalves e Alfredo de J. Flores. *Revista do IHGB*, v. 491, p. 177-194, jan.-abr. 2023.
[49] Cf.: DOMINGO, Rafael. ¿Por qué y cómo la espiritualidad afecta el derecho? In: DOMINGO, Rafael. *Derecho y Trascendencia*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2023. p. 33-65. [NT: essa nota somente se faz presente na versão em capítulo de livro].
[50] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011. p. 132.
[51] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011. p. 132.

Como em sua teoria da virtude da justiça a coerção da potestade não é um elemento essencial, Hervada reduz a lei a mera regra, o que implica certa simplificação. Porque uma coisa é a lei (*lex*), outra é a regra (*regula*). Essa distinção estava muito clara no direito romano, como a existente entre *ius* e *lex*, já que as regras, diferentemente das leis, pertenciam ao mundo do jurídico, não do legal. Surpreende que Hervada separe direito e lei, por um lado, e, de outra forma, por outro, identifique regra e lei, como se operassem no mesmo âmbito.

A lei é uma disposição vinculante da potestade, seja pública ou privada. Cícero afirma que *lex* provém de escolher e que essa eleição é uma propriedade essencial do conceito[52]. Relativamente às transações privadas, a *lex* consistia em uma cláusula particular do contrato ou uma condição imposta a uma das partes. Expressões como *lex venditionis* (uma condição que é inserida por um vendedor em um contrato de compra e venda) ou *lex donationis* (um termo incluído pelo doador no ato de doação), entre outras, aparecem com frequência nos escritos jurídicos.

No âmbito público, o significado principal de *lex* era uma ordenação ou disposição geral vinculante. A definição de *lex publica* oferecida pelos juristas romanos era meramente descritiva. O jurista Gaius Ateius Capito [Capitão] definiu a lei pública como "um decreto geral do povo (*populus*), ou dos plebeus (*plebs*), respondendo a uma petição de um magistrado"[53]. Gaio restringiu o termo *lex* a "aquilo que o povo ordena e decreta", reservando a palavra *plebiscitum* para referir-se a "aquilo que os plebeus ordenam e estabelecem"[54].

A lei natural é força natural, razão do sábio e critério de justiça e injustiça. Como não há nada superior à razão, e a razão está presente tanto em Deus como na humanidade, existe uma associação básica entre a razão divina e a razão humana[55]. Aqueles que compartilham a razão, também compartilham a lei; e aqueles que compartilham a lei, do mesmo modo, compartilham a justiça. Essa lei natural, em harmonia com a natureza – argumentou Cícero – não muda e é eterna; não pode ser invalidada, nem ser modificada de maneira nenhuma, nem pode ser derrogada por completo. Nenhum decreto do Senado ou decisão do povo pode eximir aos seres humanos do cumprimento da lei natural, e nenhum indivíduo necessita que outro a

[52] Cícero, *De legibus* 1.19.
[53] Descrição em: Aulo Gélio, *Noctes Atticae* 10.20.2.
[54] Gai. Inst. 1.3.
[55] Cícero, *De legibus* 1.23.

explique ou exponha[56]. Apoiado na ideia de lei natural, Cícero afirmou que inclusive uma lei humana devidamente promulgada não deveria retirar os direitos mais básicos dos cidadãos romanos, incluída a sua liberdade[57].

Distinta da lei é a regra. Regras são formulações ou sentenças breves, claras e simples que servem aos juristas como critérios de interpretação de caráter geral para resolver casos complexos. Qualquer sistema de elaboração jurisprudencial do Direito acaba desembocando nas regras jurídicas[58]. O primeiro livro de regras de que temos notícia foi escrito por Nerácio Prisco, um jurista romano da passagem do séc. I d.C. para o II d.C. Escreveram também livros de regras Pompônio, Gaio, Cervídio Scaevola, e, já ao final do século II d.C. ou no século III d.C., Paulo, Ulpiano, Licínio Rufino, Marciano e Modestino[(f)].

O deslocamento da autoridade jurisprudencial pela potestade imperial – sobretudo a partir de Constantino, no século IV – veio a identificar o direito com a lei, de sorte que o direito deixou de ser jurisprudencial (arte do justo) para converter-se em um sistema normativo imposto pelo Imperador mediante leis gerais. Contudo, as regras jurídicas – transformadas já em máximas legais – continuaram desempenhando uma importante função no trabalho legislativo. A grande diferença entre a época clássica do Direito romano e a posterior de decadência é que os juristas clássicos *criavam* a regra enquanto, no direito posterior, essa *se impunha*, reconhecendo, assim, a autoridade do jurista romano que a formulou.

Não ajuda a teoria realista de Hervada converter a lei em regra de direito, pois descuida de um aspecto principal da lei, ao menos em nossos dias: seu caráter essencialmente imperativo e vinculante, derivado de sua própria força (*vis legis*), e não da autoridade de seu conteúdo, como acontece com a regra. Parece a mim que Hervada teria melhorado sua teoria realista considerando a lei como protetora da *res iusta*, ou, se me é permitida a expressão, como a *res iusta generalis ex vi*. Pode-se objetar que as leis permissivas não são coercitivas, e é certo; porém, pressupõem o princípio da coerção e, por isso, renunciam a esse, não o aplicando em um suposto concreto.

[56] Cícero, *De re publica* 3.33.
[57] Cícero, *Pro Caecina* 33.95-97.
[58] Sobre as regras e sua origem, cf.: DOMINGO, Rafael et alii (ed.). *Principios de derecho global*: 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados. 2ª ed. revisada e aumentada. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2006. p. 21-26.
[(f)] NT: a disposição deste parágrafo corresponde à versão mais atual, em capítulo de livro.

4. A PESSOA COMO SER QUE PERTENCE A SI MESMO

O realismo pesa tanto no pensamento de Hervada que inclusive se aproxima ao conceito mesmo de pessoa desde a ideia realista de pertencimento:

> A pessoa, se bem tem a faculdade de comunicação, de relação com o outro, de ter com ele coisas em comum, é, em seu ser radical, incomunicável, isto é, trata-se de um ser *sui iuris*, incapaz de pertencer a outro. Esta incapacidade não é um defeito, mas uma perfeição: trata-se daquela tão elevada forma de ser, pela qual o ser possui a si mesmo e é plenamente ele, com um ser e uma existência irrepetíveis e incomunicáveis[59].

Não compartilho da aproximação jurídica de Hervada à pessoa como ser que pertence a si mesmo; e ainda menos da ideia de que aí radique precisamente sua dignidade – e inclusive a legitimidade para ser sujeito de direito: "Mas a pessoa, porque é dona de si, é naturalmente titular de alguns direitos, ao menos daqueles que constituem bens inerentes a seu próprio ser"[60]. Seguimos citando a Hervada:

> o conjunto de bens inerentes ao seu ser representa coisas suas, nas quais os demais não podem interferir e delas não podem se apropriar, senão que por via de força e violência, o que lesaria o estatuto ontológico da pessoa; são, pois, direitos da pessoa, direitos que a pessoa tem em virtude de sua natureza. Trata-se de direitos naturais do homem no sentido mais rigoroso e estrito da palavra. Esses direitos ou bens que pertencem à pessoa enquanto integrantes de seu ser – sobre o qual a pessoa tem o mais rigoroso e estrito domínio – engendram aos demais o dever de respeito e, no caso de dano ou lesão injustos, o dever de restituição (ex. a reparação da boa reputação) e, não sendo esse possível, de compensação[61].

Com grande brilhantismo, Hervada conecta a posse de si mesmo com os bens inerentes a cada um, que são coisas devidas e, portanto, direitos. Aplaudo à ideia de considerar os direitos naturais como bens inerentes, nesse sentido objetivo. O que me custa admitir é o argumento que elabora Hervada sobre o pertencimento próprio, porque se um ser humano é um si mesmo, então não pode pertencer a si. A respeito do si mesmo não cabe o pertencimento. O pertencer está no âmbito do ter, das coisas, da *res*, não do ser. Por isso, a ideia de pertencimento não pode ser aplicada à pessoa em si e, de forma alguma, pode fundamentar a sua dignidade. A

[59] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011. p. 56. Por óbvio, Hervada fala com categorias ontológicas; por isso, toda pessoa, ainda que padeça de enfermidades mentais ou de perda de consciência, pertence ontologicamente a si mesma (p. 65, nota 25).
[60] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011. p. 87.
[61] HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011. p. 82

autoconsciência não é pertencimento; a relação pessoal não diz respeito a pertencimento; tampouco a comunhão em sentido estrito.

O ser humano, como ser pessoal, comunica-se diretamente com Deus como filho; por isso, está chamado à comunhão plena e livre no amor de Deus. A dignidade humana se radica em que somos feitos à imagem de Deus[62]. Somos de Deus e somos em Deus, e só pertencemos (se é este o termo adequado) a Ele[63]. Não nos pertencemos a nós mesmos. Hervada conhece a fundo e compartilha da doutrina da *imago Dei*, mas prefere não se servir desta em sua teoria jurídica por ser metajurídica.

Toda dimensão da realidade somente se entende plenamente desde as dimensões superiores. Por isso, o jurídico deve acudir ao moral (como o faz Hervada), mas também ao espiritual, como a doutrina da imagem de Deus, sem temor algum. Naturalmente, não se pode impor uma doutrina espiritual em um mundo livre; porém, não creio que isso justifique renunciar a essa. Somente desde o âmbito espiritual se pode transcender, por exemplo, a tensão entre o objetivo e o subjetivo que tanto preocupa a Hervada[64].

5. CONCLUSÃO

Em 1992, João Paulo II rendeu homenagem a Galileu, condenado pelo Tribunal do Santo Ofício em 1633 por defender o heliocentrismo[65]. O pontífice polaco reconheceu o erro categorial dos teólogos católicos, consistente em pensar que o conhecimento da estrutura do mundo físico vinha, de certa forma, imposto pelo sentido literal das Sagradas Escrituras. Tratava-se, portanto, de uma invasão dos olhos da contemplação e da razão por sobre os olhos

[62] Gênesis 1:26-28, 5:1-3, e 9:6. [NT: na versão em capítulo de livro, o autor acrescenta a informação de recomendação para ver a seção 3 do cap. 7 do seguinte livro: DOMINGO, Rafael. *Derecho y Trascendencia*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2023].

[63] Salmos 100:3: "Sabeis que o Senhor é Deus; foi ele que nos fez, e não nós a nós mesmos; somos povo seu e ovelhas do seu pasto".

[64] Cf.: DOMINGO, Rafael. ¿Por qué y cómo la espiritualidad afecta el derecho?. In: DOMINGO, Rafael. *Derecho y Trascendencia*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2023. p. 33-65. [NT: essa nota se faz presente somente na versão em capítulo de livro].

[65] Conferir o Discurso de João Paulo II: "Aos participantes da Sessão Plenária da Pontifícia Academia das Ciências" (31 de outubro de 1992). Pode se consultar em: <https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/speeches/1992/october.index.html>. Acesso em: 22 jul. 2023. [NT: na versão do texto em capítulo de livro, o autor acrescenta: "Sobre Juan Pablo II y el derecho, véase capítulo 12" do livro já citado acima nas notas de tradução].

da carne: uma imposição do raciocínio dedutivo, baseado em premissas, sobre o indutivo, baseado na observação da realidade.

Em minha opinião, algo semelhante pode vir a ocorrer com o realismo de Hervada, se não se adotarem certas cautelas, já que se trata de uma imposição do raciocínio dedutivo a partir da definição de justiça, sem a devida observação da realidade do direito como fato – com suas instituições, sistemas, ordenamentos, leis, contratos, sentenças, costumes e um longo etecétera. Uma teoria do direito em nossos dias, sobretudo elaborada por um jurista, requer não somente uma teoria do objeto da justiça como virtude, senão também uma teoria da adjudicação (*ius dicare*), da jurisdição (*ius dicere*), uma teoria dos direitos, uma teoria da lei em sentido amplo, uma teoria do *compliance* etc.

Qualquer teoria, ainda mais uma que se denomine de realista, deve tratar de explicar a realidade – objetiva e subjetiva, ao mesmo tempo – não buscando encaixar a realidade nos moldes da teoria, nem tampouco fragmentando a realidade, considerando-a a soma de coisas não-conectadas, como vinha fazendo a física clássica. Em sua visão de *ius* como coisa justa (*res iusta*), Hervada força a experiência histórica romana e, por vezes, a realidade das coisas. *Ius* é a coisa justa; porém, é muito mais que a coisa justa. *Ius* é também *ordo*, sistema, instituição, lei, fenômeno, fato, norma, ato, princípio. O direito é muito mais que o objeto da justiça. A intuição do Aquinate – de começar a construir a partir da coisa justa, como um *princeps analogatum* – é acertada e compartilho da mesma, como a compartilhou Hervada. Todavia, o Aquinate não caiu no reducionismo de Hervada, pois Tomás de Aquino não elaborou uma teoria jurídica do direito e da justiça, e sua perspectiva foi multidisciplinar e multidimensional, fundada na teologia.

O grande acerto de Hervada consistiu em conectar o direito com a justiça, com a natureza, com a moral, e não somente com a vontade de poder. Sua grande intuição o permitiu não entrar no beco sem saída do subjetivismo racionalista e do normativismo positivista. Já somente esse acerto e essa intuição original merecem meu máximo respeito intelectual. O caminho que iniciou Hervada, guiado pelos juristas romanos e, sobretudo, por Tomás de Aquino, é um bom caminho. Todavia, resta ainda muito a trilhar e não poucos obstáculos a se superar.

6. APÊNDICE: JAVIER HERVADA, PAI DO DIREITO CANÔNICO MODERNO[66]

Em Pamplona, faleceu Javier Hervada Xiberta. Deixou-nos um grande jurista, que levou o bom nome da universidade espanhola para além dos mares. Foi um dos grandes renovadores do direito canônico do pós-concílio e fez contribuições significativas, ainda que em menor escala, no âmbito da filosofia do direito e da teoria do direito natural. Formou uma extensa escola de pensamento na Espanha, Itália, Polônia e América Latina, e foi cimento sólido de dois importantes faculdades de direito canônico: uma na Universidade de Navarra e outra, nascida da anterior, na Pontifícia Universidade da Santa Cruz em Roma.

Pensador original e profundo, homem simples, sábio e discreto, Hervada analisou o direito com realismo, desde o realismo, como gostava de dizer, enfrentando as questões mais controvertidas com valentia, rigor, disciplina e paixão. Sem medos, nem complexos. Ante qualquer tema novo, tão díspar como os primeiros transplantes de órgãos ou a ereção da Opus Dei como primeira prelazia pessoal da Igreja Católica, a voz de Hervada se convertia imediatamente em referência. E é que, com Hervada, podia-se ou não estar de acordo – pessoalmente, eu não estive em muitas ocasiões – porém, seu inteligente juízo não se poderia obviar, pois sempre lançava novas luzes.

Hervada encontrou um direito canônico fragmentado, disperso, por mais que estivesse já codificado desde 1917, num processo de mudança, e soube dotá-lo de unidade sistemática e conceitual, aproveitando a grande renovação propiciada por João Paulo II à luz da eclesiologia do Concílio Vaticano II e a conseguinte promulgação do novo Código de 1983. A maior contribuição de Hervada foi aquela própria de um "Founding Father": constitucionalizar com todas as suas consequências o novo direito canônico, transformando-o em um autêntico ordenamento jurídico moderno, ao serviço do Povo de Deus que é a Igreja. Da mão de Hervada, milhares de alunos, nas aulas da Faculdade de Direito (da qual foi decano por um bom período) da Universidade de Navarra, deram os primeiros passos no mundo jurídico.

Para Hervada, enraizado na tradição medieval, as duas faculdades, civil e canônica, constituíam uma unidade indissociável e harmônica: "*Tanto monta, monta tanto*".

[66] Publicado em *La Vanguardia*, Barcelona, 17 de março de 2020. [NT: essa nota e toda a seção somente estão presentes na versão em capítulo de livro, p. 320-321].

Pessoalmente, conheci-o em 1981. Recordo que acudi a ele, depois de uma interessante aula, para perguntar se era contrário à dignidade humana tirar a vida de alguém que fosse para fogueira, com a finalidade de não morrer em brasas, nela rodeado de canibais famintos. Hervada me tratou como se não tivesse outra coisa que fazer todo o dia que responder à minha macabra pergunta. Desde então, até hoje, como companheiros de claustro, nossa amizade não fez senão crescer. De Hervada aprendi a amar profundamente o ofício universitário, a dialogar de tu-a-tu com os grandes pensadores clássicos e contemporâneos, a harmonizar tradição e modernidade, fé e razão, amor e justiça, teoria e prática, categoria e anedota. Definitivamente, a ser melhor jurista, a ser melhor pessoa.

REFERÊNCIAS[67]

Corpus Iuris Civilis. Vol. I: *Institutiones. Digesta*. Ed. Theodor Mommsen y Paul Krüger. 16ª ed. Berlin: Weidmann, 1954.

Corpus Thomisticum. Opera Omnia S. Thomae. Ed. Enrique Alarcón. Pamplona: Universidad de Navarra, 2000 [https://www.corpusthomisticum.org/].

DOMINGO, Rafael. *Ius ratumque* y *ius potestaque*. Una contribución al estudio del concepto de *ius*. *Persona y Derecho*, 25, p. 49-58, 1991.

DOMINGO, Rafael. *Juristas universales*. Vol. I: Juristas antiguos. Madrid: Marcial Pons, 2004.

DOMINGO, Rafael. *Roman Law*: An Introduction. London: Routledge, 2018.

DOMINGO, Rafael. ¿Por qué y cómo la espiritualidad afecta el derecho?. In: DOMINGO, Rafael. *Derecho y trascendencia*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2023. p. 33-65.

DOMINGO, R. (ed.). *Textos de Derecho romano*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

DOMINGO, Rafael et alii (ed.). *Principios de derecho global*: 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados. 2ª ed. revisada e aumentada. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2006.

D'ORS, Álvaro. *Nuevos papeles del oficio universitario*. Madrid: Rialp, 1980.

GREENE, Brian. *The Elegant Universe*. 2ª ed. New York: W.W. Norton & Company, 2010.

GROTIUS, Hugo. *De iure belli ac pacis libri tres*. The Classics of International Law. Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1925.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. Historia de la atribución de categorías o predicamentos a derecho (*ius*). *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 33, p. 273-317, 2011.

HEISENBERG, Werner. *Natural Law and the Structure of Matter*. London: Rebel Press, 1970.

HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 1ª ed. Pamplona: Eunsa, 1981.

HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11ª ed. Pamplona: Eunsa, 2011.

[67] NT: somente na versão do texto publicada como artigo científico, expõe o autor em trecho em uma nota de rodapé, na chamada das Referências, a seguinte frase: "Las citas de autores clásicos latinos proceden de The Latin Library: http://www.thelatinlibrary.com/".

HONORÉ, Tony. *Ulpian*: Pioneer of Human Rights. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

KASER, Max. *Das altrömische ius*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1949.

MEGÍAS, José Justo. El derecho subjetivo en el derecho romano. Un estado de la cuestión. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 25, p. 35-54, 2003.

PSEUDO DIONISIO AREOPAGITA. Los nombres de Dios. In: PSEUDO DIONISIO AREOPAGITA. *Obras completas*. Edição de Teodoro H. Martín. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2002. p. 05-101.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Justedad. In: *Diccionario de la Lengua Española* [recurso on-line]. 23ª ed. S.l., 2022. Disponível em: <https://dle.rae.es/justedad#9iQX2Sz>. Acesso em: 23 de jul. 2023.

RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos. Lecturas jurídicas de la obra de Santo Tomás de Aquino. *Díkaion*, 22, p. 55-81, 2013.

SIMÓN-YARZA, Fernando. Individual Rights. In: *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law* [recurso on-line]. Oxford: Oxford University Press, 2017. Disponível em: <https://oxcon.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e135?rskey=GG7peh&result=152&prd=MPECCOL>. Acesso em: 23 jul. 23.

VILLEY, Michel. *Précis de philosophie du droit I*. Paris: Dalloz, 1975.

WITTE JR., John. *The Reformation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DOI: 10.22456/2317-8558.135187