

Direito e Filosofia do Direito em José Hermano Saraiva (1919-2012)¹

Prof. Dr. José Esteves Pereira
(Universidade Nova de Lisboa – Lisboa – Portugal)
jep@unl.pt

Resumo: José Hermano Saraiva (1919-2012), jurista, político e grande comunicador televisivo de temas históricos desenvolveu significativo labor no campo de estudos da natureza e da fundamentação do direito em perspectiva humanista e crítica. O autor expendeu a sua reflexão no sentido de encontrar o inter-relacionamento do valor, dos conceitos, das normas e dos fatos jurídicos. Prestando especial atenção à dimensão jus filosófica viria a dedicar esclarecedoras páginas sobre a dimensão axiológica e a teoria do conhecimento jurídico. A moral e o direito é outro dos temas tratados. O autor procura responder à crise do direito do seu tempo ensaiando uma resposta superadora, entre as várias concepções presentes, dedicando especial atenção à teoria pura do direito de Kelsen. Nesse sentido, podemos assistir na sua obra a uma argumentação sobre comandos jurídicos no âmbito de uma dinâmica ordenamental própria do direito: “harmonia do conteúdo e da forma do comando em relação ao conjunto normativo no qual o comando se integra”.

Palavras-chave: Filosofia do Direito; Teoria e Prática do Direito; Conteúdo e forma do Direito; Moral e Direito; Direito e Cultura.

1. Direito e Filosofia do Direito

1.1. Teoria e prática do direito.

Em clima de crise paradigmática, José Hermano Saraiva, jurista, pedagogo, político e grande comunicador televisivo, tendo como referência uma obra de 1962², reiterava o distanciamento, que não a incompatibilidade pessoal, ainda persistente, na maioria dos juristas de profissão e ensino, quanto à especulação em torno da origem e fundamentos do direito que o positivismo, deliberadamente, desvalorizara numa atitude, marcadamente, antijusnaturalista contribuindo para aquilo que no nosso autor se corporizava num “prejuízo antidoutrinal” (SARAIVA, 2009. p. 242).

Nunca se afastando da atenção necessária a prestar ao labor juridificante que convoca o legislador, o executor ou o advogado forense desde cedo advertia o jurista português para o fato de

¹ A obra de José Hermano Saraiva, *O que é o Direito seguido de a crise do direito e outros estudos* Lisboa, Gradiva, 2009, a mais disponível, incorpora uma parte substancial da bibliografia jurídica do autor e é única citada no presente trabalho com a sigla QED indicando-se o número das páginas citadas no corpo do texto. Utilizou-se, também, com muita frequência, a sigla abreviada JHS em vez de José Hermano Saraiva. As principais obras de natureza jurídica são: *O problema do Contrato* (1949); *A revisão constitucional e a eleição do Chefe do Estado* (1959); *Non-self-governing territories and The United Nation Charter* (1960); *Lições de Introdução ao Direito* (1962-1963|63); *A Crise do Direito* (1964); *Apostilha Crítica ao projeto do Código Civil* (1966); *A Lei e o Direito* (1967).
http://pt.wikipedia.org/wiki/Jos%C3%A9_Hermano_Saraiva

² Michel Viley, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* cit. por J. Hermano Saraiva, ob.cit., p. 242.

que, na base do direito estava a

realidade humana em toda a inextricável complexidade das suas implicações e correlações e na sua dupla dimensão social e moral. Essa realidade constitua, ao mesmo tempo, a base e o fim do direito, porque este não visaria outro objetivo senão o de a juridificar, isto é, de a apreender dentro de um sistema normativo que possa disciplinar a totalidade das relações em harmonia com uma ideia de justiça” (*Ibidem*, p. 55).

José Hermano Saraiva, ao aprofundar as matérias que exporia, com muita clareza, sobre o fundamento, a natureza do direito³ e o ordenamento jurídico normativo, não esqueceria o

³ Teria o jurista nesse âmbito oportunidade de considerar as duas antinomias fundamentais que se estabelecem entre razão e experiência e pessoa e sociedade. Se todo o conceito jurídico traduz um dever ser emanará tal imperativo “da consciência moral e da razão insita ou somente como consequência de uma habituação do grupo a certo modo de conduta”? (SARAIVA, 2009, p. 119) De tal questionamento sobre a natureza do direito resultariam múltiplas respostas que desde logo posicionam a atitude jusnaturalista em que o direito é “essencialmente ideia, criação do espírito” em que toda a norma corresponde a um valor Pelo contrário para a concepção sociológica em geral o direito será o resultado de uma experiência social (.). No primeiro caso nas ce da consciência e impõe-se aos fatos, enquanto no segundo nasce como fato e impõe-se à consciência” (*Ibidem*, p. 120) configurando o subjetivismo jurídico e o objetivismo jurídico, respectivamente. Daí decorre para o autor a oportunidade e a necessidade de caracterizar o jusnaturalismo na sua matriz metafísica e racionalista e a reação que contra este último se manifestou a partir do Código Civil francês, napoleônico, de 1804: “A mesma data que marca o triunfo da ideia de direito natural pode ser adoptada como referência do seu epílogo. A publicação do Código Civil francês de 1804 as características dominantes do pensamento jurídico-o racionalismo, o individualismo, o revisionismo político – tendem, a partir de então, a ser substituídas pelas orientações precisamente opostas. Em vez de especulação filosófica, que se julga capaz de criar o direito pela pesquisa racional, os juristas voltam os olhos para os fatores exteriores da vida social e pressentem no sistema jurídico uma cristalização da alma das nações. À antiga defesa da liberdade individual considerada como essência do homem e limite intransponível à ação do Estado, veremos suceder a imagem do estado como fonte de todo o direito encontrando-se na estadualidade o supremo critério do jurídico” (*Ibidem*, p.126). (...)“o historicismo, o empirismo, o positivismo serão, pois, as características do século XIX” (127). Historicismo na linha romântica do alemão Savigny, positivismo exegético ou dogmático, solidarismo de Duguit, positivismo lógico e normativista que atinge a sua expressão máxima em Hans Kelsen, positivismo sociológico ou marxismo demarcam um arco temporal significativo antes que a reação antipositivista surja e se assista ao renascimento do direito natural no horizonte de uma fecunda complementaridade que parece corresponder às convicções de JHS: “O direito deve ser justo. O que cada sociedade considera justo varia com o tempo e a cultura; só o que não varia é a noção de que entre direito positivo e o valor justiça há uma relação necessária e permanente. Assim o direito natural tem um conteúdo variável: o conteúdo que se preenche em harmonia com a posição cultural e das sociedades. Qualquer que seja o conteúdo, a existência do direito natural é universal como quadro conceptual mas dinâmico, visto atuar sobre o direito positivo. Este será *justo* na medida em que corresponder ao conteúdo que, em cada momento, da evolução cultural das sociedades preencher o direito natural (*Ibidem*, p. 141). A harmonização acabada de expor aparece também no decurso do tema que JHS dedica ao problema da pessoa e da sociedade ao abordar a antinomia entre o individualismo de cariz personalista em que Suarez é invocado, ao transpersonalismo de que Hegel representa um momento decisivo na encarnação do Estado como espírito objetivo. O fim do direito não seria “o de proteger vontades individuais nem o de garantir a liberdade humana mas o de realizar o interesse do Estado” (*Ibidem*, p. 147). A discussão do problema era e é fundamental para fundamentar o ordenamento jurídico na medida em que se coloca o dilema de saber se o direito nasce no espírito e se impõe à sociedade ou nasce na sociedade e se impõe ao espírito. A antinomia é radical. (*Ibidem*, p. 148). JHS procura responder ao problema através de lúcida interpretação lógica na mera suposição de causa e efeito. De fato o que a observação nos revela é que o direito existe como concepção íntima do espírito e existe também, como fenômeno social. Isto não pode ser negado e tanto o jus naturalismo como o sociologismo o aceitam (...) Entre as duas realidades que se relacionam não há razão lógica que obrigue a admitir que a relação existente tenha de ser a relação causal isto é, que, de entre tais duas realidades uma deva necessariamente ser anterior e causante, a outra necessariamente posterior e causada” Se é o espírito que se projeta no real se é o real que se imprime no espírito (...) é uma interrogação forjada pelo causalismo,

relacionamento matricial deste com a sociedade em que é gerado, as implicações da moral e do direito de que decorre a identificação do jurídico e a sua dimensão teleológica corporizada nos fins do direito⁴.

Lembrava JHS, também na qualidade de advogado, que constituíam problemas fundamentais para o jurista, a natureza do direito, os fins que ele prossegue, os critérios em que assenta, a validade essencial da lei, a hierarquia e função das fontes, o valor dos conceitos e a arquitetura geral do ordenamento jurídico. E chamava, igualmente, a atenção para o fato de que, numa perspectiva, por assim dizer, exclusivamente técnica, se podia “servir a justiça sem nunca ter ouvido falar em tais questões, como também se pode ser marinheiro e andar no barco sem olhar a bússola, e sem saber até que se pode tomar a altura das estrelas” (*Ibidem*, p. 246). Teria sido assim que “viveram e morreram os remeiros que, no bojo dos navios, os levaram pelos caminhos que outros escolheram, e que, acorrentados aos barcos, se salvaram ou se perderam conforme a sorte que outros lhes traçaram. Mas não é certamente essa a ideia que nós temos sobre as responsabilidades da profissão” (*Ibidem*, p. 247), remetendo o autor para uma intervenção sua sobre *advocacia e filosofia*. Com efeito, o que em José Hermano Saraiva se manifesta como desígnio essencial é mostrar que a teoria e a prática do direito exigem definição exata sobre o lugar que este ocupa no universo dos saberes e da cultura⁵ preocupação redobrada pela urgência de resposta à crise

oriundo de um mecanicismo fisicista que procede de uma necessidade de hierarquizar dois conceitos que só podemos conceber como correlativos e simultâneos” (*Ibidem*, p. 150). Daqui se concluirá que homem e sociedade não são valores opostos mas antes aspectos de uma mesma realidade com as respectivas consequências para a fundamentação e ordenamentos jurídicos.

4 Também aqui é convocado o positivismo e a rejeição liminar deste a toda e qualquer teleologia, pois na medida em que o direito é um *fato* social não havia que colocar o problema da sua finalidade. O fato é que ao contrário dos *atos* da natureza o direito, tem a sua raiz não na natureza mas no homem:” Ora o direito que se veja nele segundo a tradição jusnaturalista uma imposição da razão aos fatos da sociedade, quer se considere, como os sociólogos sustentam, uma elaboração dos fatos sociais pelas mentalidades coletivas, é sempre uma realidade que procede do homem, e, como tal, contém ínsita, como tudo quanto é humano, uma dimensão teleológica, uma ideia de finalidade a atingir” (*Ibidem*, p. 155). Desde logo a justiça aparece como indelignível do direito (na mesma relação que observamos na suas relações com a moral) por não serem ideias que se possam separar, ou melhor dizendo, o direito realiza a justiça. Um relance histórico ajuda a cimentar a argumentação desde os antecedentes platônicos e aristotélicos que confluíam na concepção medieval de S. Tomás em que a autonomia da existência em si mesma se vai convertendo em heteronomia: “A justiça parece, assim, em primeiro lugar identificar-se com o equilíbrio entre as pessoas impondo que o interesse de cada uma não se realiza à custa do interesse da outra. A missão específica do direito é a de conferir segurança uniformidade e certeza às relações mas essa segurança tem de revestir uma forma própria para ser sentida como justa: tem de graduar em termos de igualdade as antinomias em presença, estabelecendo contrapartidas de vantagens proporcionais às obrigações assumidas” (*Ibidem*, p. 162). JHS presta ainda especial atenção às leis injustas, sob a égide de que a obra nem sempre realiza o seu modelo, mas, com casuística aduzida se poderá aceitar que circunstâncias se verificam quer quando há sacrifício do interesse geral ao interesse pessoal, quer quando os interesses pessoais e irreduzíveis da pessoa cedem ao interesse geral. O problema ganha mesmo foros de maior pertinência no caso da prevalência da segurança relativamente à justiça, mesmo que, no fundo, também aqui subjaza o princípio da realização do equilíbrio de interesses (ver p.169).

5 Para o jurista o direito inscreve-se nas ciências da cultura, p.263.

do direito percebida no seu tempo e que, com outros contornos, ainda persiste.

1.2. Pressupostos da filosofia do direito na economia da ciência jurídica (*stricto sensu*) e das ciências jurídicas (*lato sensu*).

Para além da conotação do conjunto de normas, naturais ou positivas, consideradas nelas próprias ou na sua subjetivação, que caracterizam o campo do direito, este vem entendido, também, na aceção de ramo da ciência. Certamente que, desde logo, se pode perguntar se o direito pode ser considerado uma ciência (*Ibidem*, p. 37) na medida em que aquele for entendido na perspetiva restritiva de um conjunto vigente das normas jurídicas positivas (*Ibidem*, p. 38). Mas, em todo o caso, não se pode inferir desse normativismo que as normas não possam ser objeto de conhecimento científico, ou seja, como, oportunamente, vem a afirmar: “o direito positivo, não tendo em si mesmo uma ciência, pode ser objeto de estudo científico. As ciências que têm por objeto o direito serão, assim, ciências jurídicas” (*Ibidem*, p. 39).

No seu sentido estrito, a ciência do direito desenvolve-se nos planos da dogmática jurídica, enquanto sistematização (síntese) e da hermenêutica jurídica, enquanto interpretação (análise).

A concetualização sistemática do direito pressupõe um “ordenamento teórico, a partir do estudo do ordenamento legislativo” (*Ibidem*, p. 40). Por seu turno, a hermenêutica comporta a análise da compreensão lógica dos conceitos jurídicos para que, por esse meio, se lhes possam determinar a extensão e fixar o campo de aplicabilidade. Para JHS a dogmática e a hermenêutica assumem a cientificidade jurídica numa aceção estrita e dentro de uma metodologia exclusivamente jurídica. Todavia, a atividade legiferante comporta dois aspetos diferenciados: o aspecto político e o aspecto técnico-jurídico, com especial relevância, na atividade parlamentar. Na cientificação jurídica há, portanto, a possibilidade e a necessidade de considerar ciências ou conhecimentos que, embora tenham a realidade do direito como objeto, utilizam um método que não é jurídico. É o que em sucessivos passos será elencado e explicitado por JHS: História do Direito, Direito Comparado, Sociologia e Etnologia jurídica, Ciências Auxiliares do Direito surgindo no termo destas considerações a Filosofia do Direito, Vem esta última configurada na sua dimensão de a) axiologia jurídica (fundamento, natureza e finalidade do direito); e de b) teoria crítica do conhecimento jurídico. Estes diferentes passos e graus de cientificação não estritamente jurídica contribuem, necessariamente, para a sistematização sobre a matéria em causa.

Sem nos demorarmos nos aspectos históricos do direito, na dimensão comparativística ou nas condicionantes sociológicas veja-se como se perfila a necessidade de uma Filosofia do Direito

Começa JHS por sublinhar que tal domínio de conhecimento assume “contornos não claramente desenhados” (*Ibidem*, p. 51) que vão desde o seu papel no âmbito da teorização sistemática do direito positivo até “incluir os estudos sociológicos, os trabalhos *de lege ferendo* ou as matérias de filosofia política” (*Ibidem*, p. 51). JHS propugna, acima de tudo, que se confira rigor à expressão *filosofia do direito* para a eximir ao cepticismo de muitos juristas sobre a sua eventual nebulosidade argumentativa. Para tanto, o autor, distinguirá na filosofia do direito um sentido amplo e um sentido restrito de entre esta enunciação global:

1. a discussão dos princípios filosóficos ou das concepções políticas que devem ser adotados como linhas gerais dos regimes jurídicos;
2. a discussão do valor quer dos regimes jurídicos em vigor quer dos projetos de novas leis, sob o ponto de vista da sua oportunidade e da sua adequação à realidade subjacente ao direito e às finalidades prosseguidas;
3. a investigação das raízes doutrinárias e das ideias filosóficas ínsitas nos sistemas de direito positivo nas respectivas elaborações dogmáticas;
4. as investigações que tem em vista fundamentar ontologicamente o direito, determinar a natureza da realidade jurídica e estabelecer as finalidades do direito;
5. as análises da ciência do direito, com vista a estabelecer o valor dos postulados jurídicos fundamentais e o valor dos métodos do conhecimento jurídico” (*Ibidem*, p. 52).

Tendo em conta a abrangência temática adscrita ao *modus philosophandi* sobre o direito verificar-se-á que, se consideramos as três primeiras aceções elas dirão respeito, sobretudo, à filosofia política, à história das ideias jurídicas e à própria política legislativa.

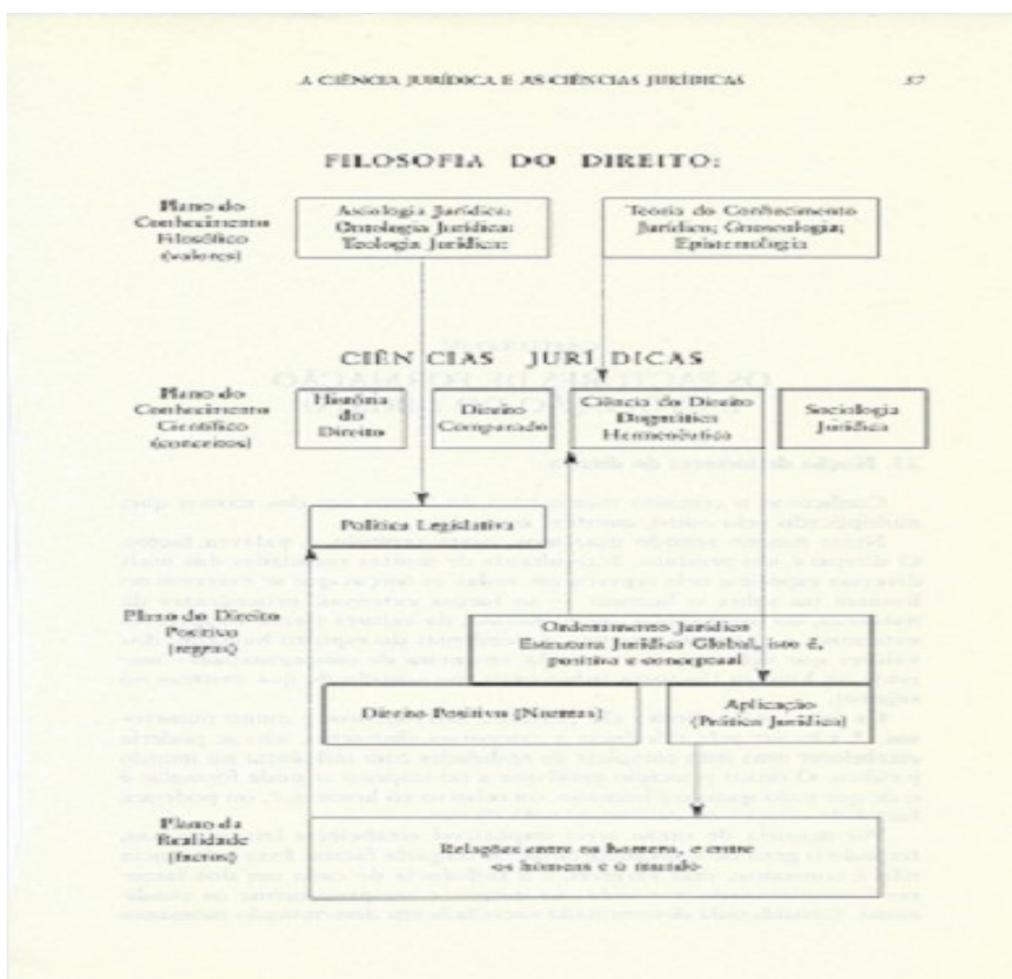
Compreensivelmente, JHS virá a privilegiar as duas últimas aceções, respectivamente a da fundamentação do direito (Axiologia jurídica) e a da crítica do conhecimento jurídico (Teoria do Conhecimento Jurídico) imprescindíveis para a necessária sistematização do conhecimento do Direito. No primeiro caso, o da dimensão axiológica, busca-se o fundamento, a natureza e a finalidade do direito. Entre a questionação possível se o direito positivo é um fato e obriga os homens é legítimo perguntar *porquê?* Mas importará indagar, igualmente, sobre o *para quê* o que solicitará uma incontornável teleologia.

No pressuposto do questionamento filosófico geral da natureza, alcance e valor do conhecimento se virá a inscrever para JHS, quer a gnosiologia, quer a epistemologia do direito, ou seja a relação entre o sujeito e objeto do conhecimento sobre tal matéria e a análise dos princípios e métodos do pensamento que preservem, entre o mais, a superação do formalismo e tradicionalismo

persistente a par do apriorismo jurídicos. Atento a estes condicionalismos, muito cedo o jus-filósofo e historiador apontava para uma anunciada crise do direito, a partir do vetor epistemológico, afirmando que se assistia “menos a uma revolta do direito contra os princípios que a uma diminuição da capacidade formalizadora de noções vindas de longe e tornadas obsoletas pela rotação da atitude lógica subjetiva condicionante de toda a criação do espírito e, portanto, de todo o direito recente” (*Ibidem*, p. 54).

Na economia de sistematização do conhecimento jurídico, tal como JHS a concebe, a Filosofia do Direito oferece, portanto, de modo eminente e interrelacional, uma axiologia e uma teoria do conhecimento reportada a um plano ontognosiológico e axiológico.

Apresento, para melhor inteligência do que vos procurei transmitir o quadro que o jurista elaborou para a sua obra com a finalidade de organiza e articula os diferentes planos sistemáticos:



(*Ibidem*, p. 57)

Na extensa análise dos fatores de formação e evolução do direito, de natureza heterogênea, que acompanham o trabalho conceptualizador em que acabamos de nos deter, JHS haveria seguidamente de considerar o normativismo e o institucionalismo, os fatores de natureza ecológica, demográfica, econômica, de tradição e de opinião pública que aqui deixo apenas sinalizado:

O direito é um produto. É resultante de muitas realidades das mais diversas espécies, nele repercutem todas as forças que se exercem no homem ou sobre o homem-as forças externas, procedentes da natureza, do meio social, da economia, da cultura (serão os fatores externos), e as forças internas, procedentes do espírito humano, dos valores que nele se inscrevem, da “maneira de conceptualizar” inerente ao homem (Fatores *subjetivos*, no sentido de que existem no sujeito) (*Ibidem*, p. 58).

1. 3. Direito, Moral e Religião.

Um outro tema que importa considerar na reflexão jurídica de JHS é a distinção entre *moral* (e também a religião) e *direito* dobrado de problema chave para a identificação do jurídico.

Como afirmará o nosso pensador, a problematização do direito *versus* moral, situa-se na encruzilhada de questões basilares da filosofia e natureza do direito, dos critérios das normas jurídicas, das questões da liberdade e do fim do Estado

Como bem se sabe, a Antiguidade Oriental e a Grécia não se preocuparam com a cisão entre a moral e as determinações normativas. É já em Roma que depararíamos com a consideração do direito como ciência autônoma e a percepção de que *non omne quid licet honestum est*, princípio que não terá, todavia, consequências determinantes no exercício jurisprudencial ou codificador. Porém, com o Cristianismo e a separação das duas cidades surgirá, entretanto, espaço para uma distinção basilar entre a moral e o direito, circunstância que irá marcar o pensamento ocidental até às raízes da modernidade.

No leitura de JHS, no século XVIII, com Thomasius e Kant, na suposição de que se tratava, então, de proceder à defesa da liberdade individual contra a invasão das prerrogativas de um Estado cada vez mais absoluto deparamos, de fato, com a posição do filósofo de Königsberg a considerar a conduta interna do domínio da intenção frente à conduta externa pressupondo esta a ação física e a coercibilidade legal. Essa separação da moral e do direito haveria de vingar até à reação anti individualista antes de surgir o *mínimo ético* de Wundt e Jelinek passando a ser admitido, a partir de então, crescentemente, que não existe, propriamente, uma diferença de natureza entre moral e direito. Eis o modo como JHS coloca o estado da questão:

Na atualidade o pensamento jurídico está dividido quanto ao problema, coexistindo as doutrinas que afirmam a unidade e as que defendem uma diferença de natureza. Em ambos os casos, não se acrescentou muito sob o ponto de vista das justificações teóricas, das posições adotadas. Assim, Ripert, num livro que alcançou grande voga afirma: “Não há entre regra moral e regra jurídica nenhuma diferença de domínio, de natureza ou de fim. Nem a poderia haver, porque o direito realiza a justiça, e a ideia de justo é uma ideia moral”. A diferença seria assim de ordem meramente técnica: “a regra moral torna-se regra jurídica graças a uma injunção mais enérgica e a uma sanção exterior necessária para o fim a atingir”. O maior expoente da filosofia do direito em Portugal, Prof. Cabral de Moncada e com ele vários outros escritores, sustenta a mesma unidade essencial. “ Eu não creio que exista uma separação absoluta entre a Moral e o Direito, num ponto de vista substancial e profundo. A Moral e o Direito distinguem-se, mas não se separam. O mundo do normativo ético-jurídico é afinal um só na sua essência, embora seja constituído por várias províncias diferentes. Tudo aquilo que podemos dizer acerca da delimitação dessas províncias (ética religiosa, ética social, juridicidade pura) é sempre necessariamente o resultado de as olharmos através de pontos de vista muito incompletos e superficiais (*Ibidem*, p. 87).

Numa atitude predominantemente heurística, fugindo a um viés dogmático, JHS considera vários casos concretos em que a moral e o jurídico se relacionam permitindo distinguir, a meu ver, fecundamente, entre o que é autonomia moral e a heteronomia jurídica. Na medida em que é autónomo o homem obedece apenas à sua lei, a sua lei é a própria lei moral. Todavia, na medida em que o ser - em - si que o homem é se converte em ser em função do próximo (o homem é um ser no mundo) a autonomia diminui. No momento em que entra em relação com o seu ser semelhante o homem deixa de poder ser a fonte de lei e o dever, de moral passa a ser jurídico. Razão suficiente para JHS considerar, igualmente, o que é conteúdo ético e conteúdo técnico na ordem jurídica. Nestes considerandos, clara e amplamente desenvolvidos, é importante, ainda, observar o espaço que JHS dedica à passagem da vida pessoal à vida interpessoal e transpessoal e noutra plano de considerações a circunstância do direito como liberdade objetiva e a moral como liberdade subjetiva. O jurista atenderá, ainda, à religião como fator que interfere no teor do direito elaborado em cada sociedade quanto mais não seja pela indissociabilidade da moral e da religião:

As relações entre moral e religião são íntimas e isto até ao ponto de ser difícil traçar um perímetro delimitante. Toda a moral implica um imperativo categórico e radica em dimensão religiosa, pode perder o acento teológico, isto é, deixar de se referir à ideia de Deus (tal é o caso das chamadas morais laicas), mas o cunho religioso mantém-se, embora sob a forma de referência a valores transcendentais, exteriores ao homem, mais altos que o homem, e sempre irreduzíveis a uma

completa racionalização (anotando a frase de Durkheim de que a moral deixaria de ser moral, se não tivesse algo de religioso). Por isso parece tão inconcebível a religião sem moral, como a moral sem religião (*Ibidem*, p. 104).⁶

2. A crise do direito e a concepção superadora de José Hermano Saraiva

2.1. Pressupostos

No cerne da reflexão que JHS dedicou ao que denomina como crise do direito estará presente a questão, a que já me referi, sobre o ordenamento jurídico. O autor sublinha a persistência da dogmática positivista que cultua o texto legal de modo, por assim dizer, fideístico, com exclusiva preocupação pelos enunciados formais. Tendo sempre presente uma reflexão sobre o valor, considera distintos planos convergentes, na matéria e na forma, para a aplicação do direito assumido enquanto comandos, através de conceitos, princípios e regras.

Para uma adequada interpretação dos problemas que estão subjacentes à discussão que empreende sobre a crise do direito selecionei três aspectos que me parecem suficientemente identificadores das posições de JHS:

Os comandos jurídicos e dinâmica inter-ordenamental;

A análise crítica do formalismo de Hans Kelsen;

O Direito como realidade cultural e campo coerencial institucionalizado.

2.2. Os comandos jurídicos e a dinâmica interordenamental

O Direito disciplina as relações sociais e tem em conta os valores que norteiam a comunidade. A disciplina jurídica “realiza a integração recíproca dos planos da realidade e do valor” (*Ibidem*, p. 271) através de um sistema de comandos de diferente natureza, sistema que tanto se pode descrever a partir do valor para a realidade como em sentido inverso” (*Ibidem*, p. 273). Se é certo que a imposição da disciplina se efetiva através de decisões judiciais e resoluções administrativas estas não produzem, antes reproduzem, o teor geral normativo que aplicam. Existem, portanto, enunciados formais que lhe preexistem. Mas não se esgota o direito neste segundo nível. As regras de direito positivo são apenas instrumentos que as connexionam com o

⁶ JHS comentaria, igualmente, em nota, o intento de Guyau de definir uma sistema de moral com “total alheamento de qualquer referência a valores absolutos. O princípio da vida moral seria o instinto da vida banindo logicamente qualquer sanção.

valor, mediados por conceitos e princípios gerais. “O direito modela-se sobretudo o quanto é humano e a vivência metafísica é uma forma do humano que o direito não ignora precisamente pela sua plena referência existencial” (*Ibidem*, p. 274). Mas estaremos perante reflexos da *lex divina*, imperativos categóricos da razão ou “sublimadas cristalizações da experiência”? (*Ibidem*, p. 274). Em todo o caso, do interordenamento considerado, resultará uma sistematização de noções corporizada em comandos valores, comandos conceitos, comandos regras e comandos de aplicação legal numa dinâmica que vai dos imperativos mais gerais do valor à aplicação da lei ou desta se reverá na matriz axiológica de onde parte. Nestas considerações relacionais estamos, de algum modo, num plano especulativo tornando-se, então, necessário encontrar sólida fundamentação, material e formal, que, adequadamente signifique o direito, de entre as possíveis respostas para o problema que aqui nos surge. JHS começará por aludir à conceção tomista hierarquizante da lei divina, natural e humana reatualizada pelos movimentos neojusnaturalistas, parece-me que com visível simpatia do autor. Todavia, JHS não poderia esquecer, dentro desta problemática, a teoria pura do direito de Hans Kelsen onde é entendido “como um sistema de formas cujo valor não depende de conteúdos e cuja juridicidade não pode, portanto, ser afetada pelas contradições que apresente com a moral, com a ideia de justiça ou com qualquer outras realidades do plano da natureza” (*Ibidem*, p. 280). É imprescindível determo-nos neste ponto que constitui a visitação de JHS ao pensamento de Kelsen, sobretudo por que o autor apresenta tentativa de superação própria face à teorização do professor vienense.

2.3. Sein e Sollen

Da leitura da *Teoria Geral do Direito*, de Kelsen, JHS começará por reter a distinção de *Sein* e *Sollen* entre o ser e o dever ser que radicalmente se distinguem. Mundo da natureza e mundo das normas são substâncias separadas e em consequência de tal separação “o fundamento da validade de uma norma tem de estar em uma norma anterior, em seu anterior dever ser e nunca no ser pois que do ser não pode brotar o dever ser” (*Ibidem*, p. 280). O modo como Hans Kelsen tratou o problema, recorrendo ao exemplo do verdugo que corta a cabeça ao sentenciado que valida o seu cruento ato pela sentença do juiz que tem por detrás de si o código penal por sua vez fundamentado este na Constituição retrocedendo, se numa espécie de escada de Jacob a um ponto originário, conceito lógico e abstrato válido por si mesmo, será cuidadosamente discutido por JHS.

Como bem sabemos, milhares de páginas foram dedicadas aos problemas que o formalismo de Hans Kelsen levanta. Na tentativa de refutação que JHS empreende deparamos, desde logo, com

a sua dúvida se não existirá contradição entre a suposição da validade, em si mesma, da primeira norma e a respetiva utilidade explicativa, por um lado e, por outro lado, entre existência como ideia e existência como realidade. Neste caso aludirá o jurista português à semelhança de situação com que Kant se enfrentou (e denunciou) relativamente ao argumento lógico de Santo Anselmo da existência divina que do “fato de ter a ideia de Deus como um ser perfeito, concluía a sua existência objetiva, pois que a inexistência é uma forma de imperfeição” (*Ibidem*, p. 283).

Em todo o caso, o que JHS concede a Kelsen é que existe, sem dúvida, a necessidade de explicar a validade a unidade dos sistemas jurídicos. Recorrendo a uma metáfora que correlaciona a fonte de onde o rio surge, ilustrará a argumentação do pensador austríaco dizendo que do mesmo modo que não é possível imaginar um rio sem nascente também não poderemos conceber um ordenamento jurídico sem uma primeira fonte normativa. E porque há várias fontes, há também vários rios, sendo a diversidade da suposta origem normativa que explica não só a pluralidade dos ordenamentos, mas também a unidade interna de cada um deles.

Com certeza assim é mas, se é certo que a cada nó se procura uma fonte e a cada fonte o seu rio, sempre se poderá pensar, também, “a ideia de um rio sem uma primeira fonte ou sem a ideia de uma Grundnorm visto que nenhuma fonte pode em si conter um rio, nenhuma fonte explica o rio” (*Ibidem*, p. 284). E mais difícil será, ainda, conceber um rio sem a água de muitas fontes que formam um caudal comum. “A localização da origem pode fazer parte da história natural do rio mas o que lhe serve para definir a função e a natureza não é esse ponto originário é antes a relação permanente que se estabelece entre esse e muitos outros pontos” (*Ibidem*, p. 284).

O ordenamento jurídico tem uma natureza própria, um validade formal que contribui pra a unidade lógica do sistema que não se explicam pela simples referência a um ponto anterior “suposto antepassado cujo cromossomo se viesse transmitindo através de gerações e dos degraus das normas imprimindo nelas o semblante da juridicidade” (*Ibidem*, p. 284).

Com argumentação aprofundada, para a qual me cumpre remeter os mais interessados, reteria da argumentação de JHS a cuidada sinalização que nos transmite sobre o que considera como relação intraordenamental que implica “a harmonia do conteúdo e da forma do comando em relação ao conjunto normativo no qual o comando se integra” (*Ibidem*, p. 286) que tipifica como *coerência*. Constituía tal inter-relacionamento uma resposta com intenção superadora à argumentação kelseniana na medida em que se supõe que “a forma jurídica é completamente independente do conteúdo material da norma e só a forma é, em si mesma, jurídica, teria de se admitir a conclusão de que uma pretensa explicação que só se poderia utilizar para justificar a validade material e nunca a

forma do direito, não explicaria afinal coisa alguma” (*Ibidem*, p. 286). JHS viria a insistir que não julgava nem que a forma e a matéria do direito, o valor formal e o valor material, fossem realidades independentes, nem que se pudesse dizer que a relação de coerência fosse “apenas fecunda como explicação de validade material nada tendo que ver com o valor formal” (*Ibidem*, p. 287). Aduzirá a esse propósito, exemplos concretos, que mostram que “a perda de valor material de uma regra jurídica implica, na grande maioria dos casos, a perda do valor formal” (*Ibidem*, p. 287).

Reconduzindo o problema ao nível dos comandos (sejam eles valores, conceitos, regras ou aplicações normativas) vem JHS a postular o que designa como *coerência sistemática interordenamental* que convoca tanto a filosofia jurídica, no campo dos valores, como a ciência do direito no que concerne aos princípios e aos conceitos.

Nesta breve abordagem do pensamento jurídico e jus-filosófico de JHS compreende-se o espírito de abertura à necessidade de apreensão da totalidade das implicações de que o direito é portador e o lugar que ocupa no universo do saber, da cultura e da existência humana. A nítida posição antiformalista é coerente com a busca de sentido personalista que empreende apontando para o percurso que vai do plano axiológico ao da aplicação normativa e legal no cerne da eticidade específica do direito (*Ibidem*, p. 474).

2.4. O campo coerencial institucionalizado

José Hermano Saraiva teve oportunidade de dedicar ao Brasil um pequeno texto sobre a filosofia do direito naquele país irmão em que revela um expressivo conhecimento sobre os autores que nomeia. Entre eles Tobias Barreto e Miguel Reale tributando ao último sincera admiração, não isenta de reparos críticos. Mas o que importa reter é, sobretudo, a empatia e afinidade da perspectiva culturalista por parte de José Hermano Saraiva. Referindo-se à teoria tridimensional do direito e ao criticismo ontognosiológico realino reiteraria que o “direito é uma realidade social normativamente ordenada segundo valorações historicamente reveladas. É fato e sociedade, é valor e consciência, é estrutura normativa e forma” (*Ibidem*, p. 484). O jurista português, ao referir o que de inovador residia no pensamento de Miguel Reale, sublinhava que o mais relevante não seria tanto a tridimensionalidade (os três estratos fenomenológicos) mas a intuição de que o direito não é redutível aos fatores aos quais o espírito sente necessidade de aludir para o situar constituindo, antes, realidade em si, uma relação existencial permanente e necessária (que Reale, a seu ver não adotaria) e que julgava a mais adequada, a um campo coerencial institucionalizado-outra forma de traduzir a conceção e a convicção do pensador português que assentava a sua fundamentação

jurídica numa sistemática inter-ordenamental que comporta o valor, o conceito, a regra e a aplicação das normas legais, no horizonte de uma clara filiação humanista e cristã do Direito (ainda aqui interpretando o Mestre paulista) no sentido da valorização do espírito e do homem:

Acreditamos na dignidade espiritual do homem - fim, e não instrumento, de toda a obra humana. Acreditamos na história, mas não esquecemos as dimensões mais altas que brilham nos horizontes de todos os caminhos. Acreditamos no espírito como a forma mais nobre da existência. Acreditamos no amor, que é a base da justiça, que é a seiva, a força, a vida do direito (*Ibidem*, p. 486).

Referência:

SARAIVA, José Hermano. *O que é o Direito seguido de a crise do direito e outros estudos* Lisboa: Gradiva, 2009.

Law and philosophy of Law in José Hermano Saraiva (1919-2012)

Abstract: José Hermano Saraiva (1919-2012), jurist, politician and TV communicator of historical themes has developed significant works concerning the studies on the nature and foundations of the Law in a critical humanist perspective. The author focused his thought on trying to explain the interrelationship among value, concepts, norms and legal facts. Paying special attention to the philosophical dimension of the problems of Law, we can see him formulating enlightened pages on some fundamental issues such as the axiological dimension and the theory of legal knowledge. The connexion between morality and Law is another of the topics worked out. The author intended to respond to the crisis of his time sketching an surpassing answer on some significant notions, paying particular attention to the Kelsen's pure theory of Law. In this sense we can see in his works an argument on legal commands in the context of a proper regulatory dynamics of the Law: "harmony of the content and form of command in relation to the whole in which the command is integrated".

Keywords: Philosophy of Law; Theory and practice of Law; Content and form of Law; Morality and Law; Law and Culture.

Data de registro: 28/03/2015

Data de aceite: 30/04/2015