

José Carlos Henriques

os sentidos da
Justiça
*fenomenologia
e direito*



os sentidos da
justiça
fenomenologia
e direito

José Carlos Henriques

os sentidos da
justiça
*fenomenologia
e direito*





Belo Horizonte | **São Paulo**
Av. Brasil, 1843, | Av. Paulista, 2444,
Savassi, Belo Horizonte, MG | 8º andar, cj 82
Tel.: 31 3261 2801 | Bela Vista – São Paulo, SP
CEP 30140-007 | CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2020, D'Plácido Editora.
Copyright © 2020, José Carlos Henriques

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Editor Chefe Plácido Araes

Editor Tales Leon de Marco

Produtora Editorial Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico Leticia Robini
(*Juício de Salomón [1610] por José de Ribera*)

Diagramação Nathalia Torres

Catálogo na Publicação (CIP)

H519 Henriques, José Carlos
Os sentidos da justiça : fenomenologia e direito / José Carlos Henriques. - 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2020.
294 p.

ISBN 978-65-5059-081-9

1. Direito. 2. Filosofia do Direito. I. Título.

CDDir: 340.1

Biblioteca responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



O direito aspira a uma ordem da vida humana em comum, guiada pela estrela polar da justiça. O que chamamos “direito” representa uma tentativa, sempre renovada, de convalidar a ideia da justiça na realidade social.

A ideia de justiça se manifesta, em nossa consciência, como uma exigência, que tem o sentido de uma afirmação contrária à sua negação, isto é, à injustiça que pode se apresentar em um determinado ato.

Gerhart Husserl

Agradecimentos

Ao professor Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado que, como orientador de tese, da qual se origina a presente publicação, soube generosamente me prestar ajuda, quando foi necessário e, ainda, por me conferir um horizonte de liberdade de pensamento, sem o qual nada se produz com gosto e significado.

Ao Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho que, a par da amizade que nos aproxima, como coorientador de tese, trouxe valorosas contribuições ao destino da pesquisa, com a perspicácia e competência de sempre.

A meus familiares, pai, mãe, irmão, irmã, sobrinhas e, em especial Carla e Marcela, pelo carinho e, sobretudo, por compreenderem a necessidade de minha ausência presente já que, sem isso, este trabalho não conheceria seu fim.

Aos professores Dr. Joaquim Carlos Salgado e Dr. José Luiz Borges Horta que me trouxeram tantas e profundas lições, quando de minha participação nas atividades dos *Seminários Hegelianos*, às terças.

Ao Paulo César Pinto de Oliveira que, com grata satisfação, frequenta as mesmas paragens filosófico-fenomenológicas e, digo, sem sua ajuda não conseguiria vencer os procedimentos formais para a conclusão deste trabalho.

Ao Dr. Sebastião Trogo, mentor de meu inicial interesse pela fenomenologia desde o dia que, por vez primeira, me apresentou o pensamento de Mikel Dufrenne e, ainda, pela amizade, nascida na lida comum que, por algum tempo, nos reuniu na proximidade da atividade docente, mas que ultrapassou estes estreitos limites.

Ao meu amigo Antônio Sá da Silva, exemplo de determinação e dedicação às atividades acadêmicas, a quem devo o acesso às obras de Gerhart Husserl, cuidadosamente por ele obtidas junto à Biblioteca da Universidade de Coimbra.

Ao Ramon Mapa da Silva, com quem tenho a honra de partilhar o gosto por muitos temas filosóficos, pela amizade e, sobretudo, por me reaproximar de um campo do saber do qual me havia distanciado, a teologia e, ainda, por ter tido a paciência de rever comigo a maior parte das traduções dos textos de Gerhart Husserl publicados em inglês.

Do mesmo modo, agradeço a Ayeska Branca de Oliveira Farias, por me acompanhar na leitura de textos publicados em inglês, sempre com a gentileza que lhe é própria.

Ao amigo Bernardo Gomes Barbosa Nogueira que, além das produtivas falas sobre filosofia, me apresentou ideias trazidas de suas andanças por Coimbra.

A todos com quem trabalhei e trabalho na Promotoria de Justiça da Comarca de Itabirito, em especial a Rodrigo Ferreira e Umberto de Almeida Bizzo, Mariane e Vanessa, amigos que a vida e o trabalho, por fortuna, me trouxeram.

Ao Bruno Camilloto Arantes pela amizade e pelo incentivo em minhas atividades acadêmicas.

Aos demais professores do programa de pós-graduação em direito da UFMG, em especial, ao professor Renato César Cardoso, por me apresentar as surpreendentes provocações advindas de um horizonte de interação entre o direito e as ditas neurociências.

A todos os meus professores, de ontem e de hoje, o meu mais comovido pleito de gratidão já que, sem eles, meu caminho até aqui seria, de alguma maneira, incompleto.

Aos meus alunos e ex-alunos do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito, por me incentivarem a sempre mais aprender ao ensinar.

Aos professores desta mesma Faculdade, com os quais tenho a honra de partilhar um ambiente de trabalho franco e produtivo.

Por fim, a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para que eu não esmorecesse, digo muito obrigado!

Sumário

Prefácio.....	11
Introdução.....	13
1. A fenomenologia e a filosofia do direito de Gerhart Husserl.....	17
1.1. Fenomenologias: o movimento fenomenológico.....	19
1.2. Influências da fenomenologia de Edmund Husserl.....	22
1.2.1. Conceitos de fenomenologia e a questão do método no pensamento de Edmund Husserl.....	22
1.2.2. O sentido do voltar às coisas mesmas e a crítica do conhecimento.....	34
1.2.3. Intersubjetividade constituidora: mundo da vida e comunidade.....	42
1.2.4. Comunidade, história e a justiça como tarefa infinita.....	56
1.2.5. Mundo da vida e a priori intersubjetivo.....	68
1.2.6. Atos sociais e a comunidade enquanto subjetividade pessoal.....	78
1.3. Influências do pensamento de Martin Heidegger.....	90
1.3.1. O percurso filosófico de Martin Heidegger e o pensamento de Gerhart Husserl.....	90
1.3.2. Uma hermenêutica da faticidade: a existência e o sentido do Dasein.....	96
1.3.3. Razão prática, temporalidade e fenomenologia da condição humana.....	106
1.3.4. Analítica do Dasein: o ser-no-mundo e o ser-com-os-outros.....	125

1.3.5. Ainda a analítica do Dasein: Mitdasein e o ser-com-os-outros.....	137
1.4. A escola fenomenológica do direito e a jusfenomenologia de Gerhart husserl.....	147
1.4.1. O lugar da filosofia do direito de Gerhart Husserl.....	147
1.4.2. A procura pelos fundamentos do direito e o emprego do método fenomenológico.....	155
2. Direito e justiça na jusfenomenologia de Gerart Husserl.....	167
2.1. Os sentidos do direito.....	167
2.1.1. Direito, mundo e tempo: sistema de normas e núcleos de sentido.....	167
2.1.2. Destemporalização e núcleos de sentido do direito.....	174
2.1.3. Intencionalidade, intersubjetividade e direito.....	178
2.2. A concepção de justiça enquanto igualdade essencial.....	183
2.2.1. Estrutura lógica do ato justo.....	186
2.2.2. A igualdade enquanto critério da justiça.....	195
2.2.2.1. Igualdade de primeiro grau: igualdade genérica ou não-específica.....	197
2.2.2.2. Igualdade de segundo grau ou homogeneidade.....	198
2.2.2.3. Igualdade de terceiro grau: igualdade essencial ou eidética.....	199
2.2.2.4. Igualdade de quarto grau ou similaridade.....	200
2.2.2.5. A igualdade enquanto essência o ato justo.....	203
2.2.2.6. O critério de justiça: a igualdade eidética ou de terceiro grau.....	207
2.2.3. Igualdade e mundo social: direito, justiça e revolução.....	215
2.2.4. Comunidade do direito, tradição e decisão justa.....	223
2.3. A justiça como fim último do direito.....	229
2.3.1. A formação de uma comunidade do direito.....	229
2.3.2. O juiz enquanto phronimos e a superação da injustiça.....	234
2.3.3. O justo e a constituição histórica do direito enquanto sistema legal.....	243
2.3.4. Estado, igualdade e justiça.....	264
2.4. Valor da fenomenologia para a compreensão do justo.....	270
Referências.....	277

Prefácio

Distingue-me o Prof. Doutor José Carlos Henriques com o convite para escrever o prefácio ao seu belíssimo livro sobre Gerhart Husserl.

O trabalho resulta de sua pesquisa de Doutorado junto à Universidade Federal de Minas Gerais, importantíssimo centro brasileiro de cultura jurídica – e também de décadas de experiência enquanto professor dedicado ao estudo e à exposição de temas filosóficos, políticos, éticos e jurídicos.

O leitor pode agora testemunhar, como o fazem seus alunos e colegas (entre os quais me encontro, o que me honra muito), a capacidade do Autor de rapidamente chegar ao essencial de qualquer problema, *ao que interessa*, levando-nos a reflexões radicais acerca da experiência jurídica.

Esta é a razão de seu interesse pelo movimento fenomenológico, fundado por Edmund Husserl e integrado por outros baluartes do pensamento filosófico contemporâneo, como Martin Heidegger, Max Scheler, Jean-Paul Sartre, Edith Stein, Jan Patočka, Alfred Schütz, Hans-Georg Gadamer e Alfred Schütz – para citar alguns poucos nomes, responsáveis por trabalhos centrais em diversas áreas do conhecimento que sofreram a influência renovadora da reinvenção da filosofia representada pela fenomenologia.

As influências no campo do direito também são importantes. No horizonte lusófono, por exemplo, não se podem compreender as obras de Miguel Reale ou António Castanheira Neves – para ficarmos apenas com os dois maiores expoentes do pensamento jurídico em Portugal e no Brasil – senão a partir de seus pressupostos fenomenológicos, que as tornam obras comprometidas com o esclarecimento do direito em sua historicidade, sem transformar-se, porém, em simples fruto da vontade caprichosa de legisladores ou juízes.

A perspectiva fenomenológica, ao contrário, permite pensar o direito em sua radicação na cultura, como expressão constitutiva de nossa forma de viver. Marca da atitude espiritual característica do Ocidente, que se constrói também por meio do direito enquanto resposta ao problema universal da

convivência, e que se percebe, na longa duração, como busca de equilíbrio entre o indivíduo e a comunidade.

Este é o quadro com que contribui Gerhart Husserl, o filósofo do direito que a presente obra convoca para enfrentar as perguntas sempre fundamentais do pensamento jurídico, ético e político.

Qual a relação entre Direito e História? Entre Direito e Justiça? É possível ainda falar em uma ligação essencial entre Direito e Justiça que seja *histórica*? Como o direito integra a *intersubjetividade* humana? Ou, dito de outro modo, em que medida a intersubjetividade *humana* tem, no direito, um de seus fundamentos ou condições de possibilidade?

O estudo da obra de Gerhart Husserl – o mais representativo autor do pensamento jurídico de matriz fenomenológica – nos conduz à raiz da experiência jurídica, à investigação sobre o direito não apenas como um dado, mas enquanto processo cultural, enquanto movimento de autotranscendência (de ultrapassagem das formas estabelecidas em direção à nova comunidade que se forja, em resposta à pergunta sobre o direito e a justiça) por qual a comunidade constitui-se.

Não se esclarece apenas o direito como *fruto* da cultura e da intersubjetividade humana, mas também como *constitutivo* da cultura. Aprendemos como o direito se constrói e permanentemente reconstitui pelo mesmo processo por qual nós – humanos, que só podemos viver como *humanos* em comunidade – tornamo-nos quem somos.

Ribeirão Preto, novembro de 2018.

Prof. Nuno M. M. S. Coelho
Universidade de São Paulo

Introdução

Trata-se de demonstrar que, na fenomenologia do direito de Gerhart Husserl, a ideia de justiça é pensada como a racionalidade intrínseca do fenômeno jurídico e, por isto mesmo, se apresenta como o critério fundamental, que nos permite avaliar um qualquer direito possível. A ideia de justiça, pensada como igualdade essencial entre pessoas, enquanto consortes de uma dada comunidade, aparecerá como o fim mesmo do direito, figurando como a medida diante da qual o sistema legal deve se articular. Esta, portanto, a tese em torno da qual se articulará o presente trabalho. Para tanto, como consequência, cuidaremos de apontar em que sentido o pensamento de Gerhart Husserl se constrói como uma fenomenologia do direito.

Fala-se, aqui, não de uma racionalidade de tipo cognitivista-essencialista, mas de uma racionalidade prático-constitutiva. Isto porque, no pensamento de Gerhart Husserl, a existência de uma necessária *interação intersubjetiva* no mundo social, que sempre se pretende ordenada e, ainda, situada em um dado horizonte histórico, convoca a comunidade do direito a se decidir por uma ideia de justiça, como critério diretivo de suas ações.

Assim procede, portanto, sem afastar a convicção segundo a qual, tanto a comunidade do direito, quanto a ideia de justiça, que a funda e mantém, se constituem na história, como manifestação da temporalidade, que cerca as coisas humanas, como elemento essencial e irreduzível de sua condição. Não se trata de descobrir ideias, do direito e da justiça, preexistentes à interação prático-constitutiva da comunidade do direito, mas sim de apontar as experiências que presidem a origem histórico-comunitária destas ideias.

Gerhart Adolf Husserl (1893-1973) é filho de Edmund Husserl (1859-1938) que, como se sabe, foi o fundador da corrente de pensamento denominada *fenomenologia*. Sua vida foi marcada por turbulências. Ainda jovens, Gerhart e seu irmão mais novo, Wolfgang, tomaram parte na Primeira Guerra, como combatentes. Gerhart foi ferido em combate e Wolfgang morto, na batalha de Verdun. Gerhart ainda continuaria como combatente, mesmo

após ter perdido o irmão e, novamente, viria a ser ferido, agora com maior gravidade, custando-lhe a perda da visão do olho esquerdo.

Gerhart Husserl cedo se interessou pelo direito e, em 1924, obteve sua habilitação na Universidade Bonn. Quando ainda contava 33 anos, tornou-se professor em Kiel, em 1926, lecionando ali na Faculdade de Direito e Ciência Política. Contudo, em razão de normas da legislação nazista e de sua origem não-ariana, em 1933, foi suspenso de suas atividades, sendo sucedido então, em Kiel, por Karl Larenz.

Anulada a suspensão de sua habilitação, em razão de modificações legislativas, voltou a lecionar, mas foi transferido contra sua vontade, vindo a permanecer em Frankfurt am Main, até outubro de 1934. Neste último período, buscou se aposentar, tentando escapar da atenção do regime nazista, mas não conseguiu. Em 1935, sua habilitação de professor foi cassada. Então, emigrou para os Estados Unidos e, em 1941, tornou-se cidadão americano. De 1940 a 1948 foi professor na Universidade de Washington. Em 1952, retornou à Alemanha, vindo a lecionar nas universidades de Köln e Freiburg.¹

O pensamento de Gerhart Husserl é marcado por seu sempre lembrado interesse dogmático pelo direito. De fato, insiste em afirmar que constrói sua filosofia do direito *como um jurista*. Militou em vários campos do direito, mormente no direito civil e processo civil, no direito internacional público e privado, além do direito penal. O conjunto de sua obra é povoado por um pensamento filosófico que se exercita, em grande medida, com referência a estas áreas específicas da dogmática. É assim que pensava construir uma investigação sobre questões jurídicas, com apoio em bases filosóficas.

A base filosófica de seu pensamento, por certo, é fenomenológica como, aliás, é nosso propósito por em claro. Mas, não que Gerhart Husserl, como se verá, tenha aderido a uma filosofia de escola, de maneira ortodoxa. Ao contrário, em diálogo também com outras correntes da tradição do pensamento ocidental, mas, com maior estreiteza, em diálogo com o movimento fenomenológico, construirá sua própria via de compreensão do mundo do direito, a partir de uma predominante influência metodológica husserliana, e de uma cosmovisão de marcas nitidamente heideggerianas.

De outro lado, e de saída, cabe o alerta de que Gerhart Husserl não se alinhou a nenhuma escola de pensamento, sem mais. A aproximação dele junto à tradição é, de fato, muito livre, no sentido de que media uma tentativa de pensar por si mesmo o objeto de suas investigações, o mundo do direito. Eis porque, segundo pensamos, não se pode, sem riscos, afirmar que seja ele husserliano,

¹ Maiores dados bibliográficos podem ser encontrados em uma importante coletânea de artigos reunidos em homenagem a Gerhart Husserl, por ocasião de seus 75 anos. WÜR-TENBERGER, Thomas. (Hrsg). *Phänomenologie Rechtsphilosophie Jurisprudenz – Festschrift für Gerhart Husserl zum 75. Geburtstag*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1969. Importantes autores participaram deste *Festschrift*.

heideggeriano... mas que tenha pensado o direito a partir dos construtos fenomenológicos e, ainda, em diálogo com a tradição específica da ciência do direito.

É assim que o direito é pensado com um ser-no-mundo-temporal, que encontra um critério seguro de atuação na ideia de justiça, que se apresenta como uma igualdade essencial, eidética, que a todos reúne, na *humanitas*. Pensar as relações que se estabelecem entre o sentido do direito e a ideia de justiça, assim concebida, é tarefa que, pensamos, clarifica o modo como Gerhart Husserl compreende a atuação do direito enquanto efetivação do justo no meio social, como ele mesmo insistentemente se expressa.

Pode-se dizer que, ao evidenciar os polos implicados nesta relação, direito e justiça, colocando-os em rota de congruência e de pertença a um mesmo universo finalístico, Gerhart constrói uma *fenomenologia do direito*, precisamente ao partir dos expedientes metódicos e de alguns resultados da investigação fenomenológica. É, por isto, que se poderá, ao final, dizer que seu pensamento pode ser entendido como uma *filosofia do direito construída em bases fenomenológicas sendo, portanto, uma jusfenomenologia*, neologismo que bem apontaria, de imediato, para uma caracterização geral de seu filosofar e que, por isto, adotamos.

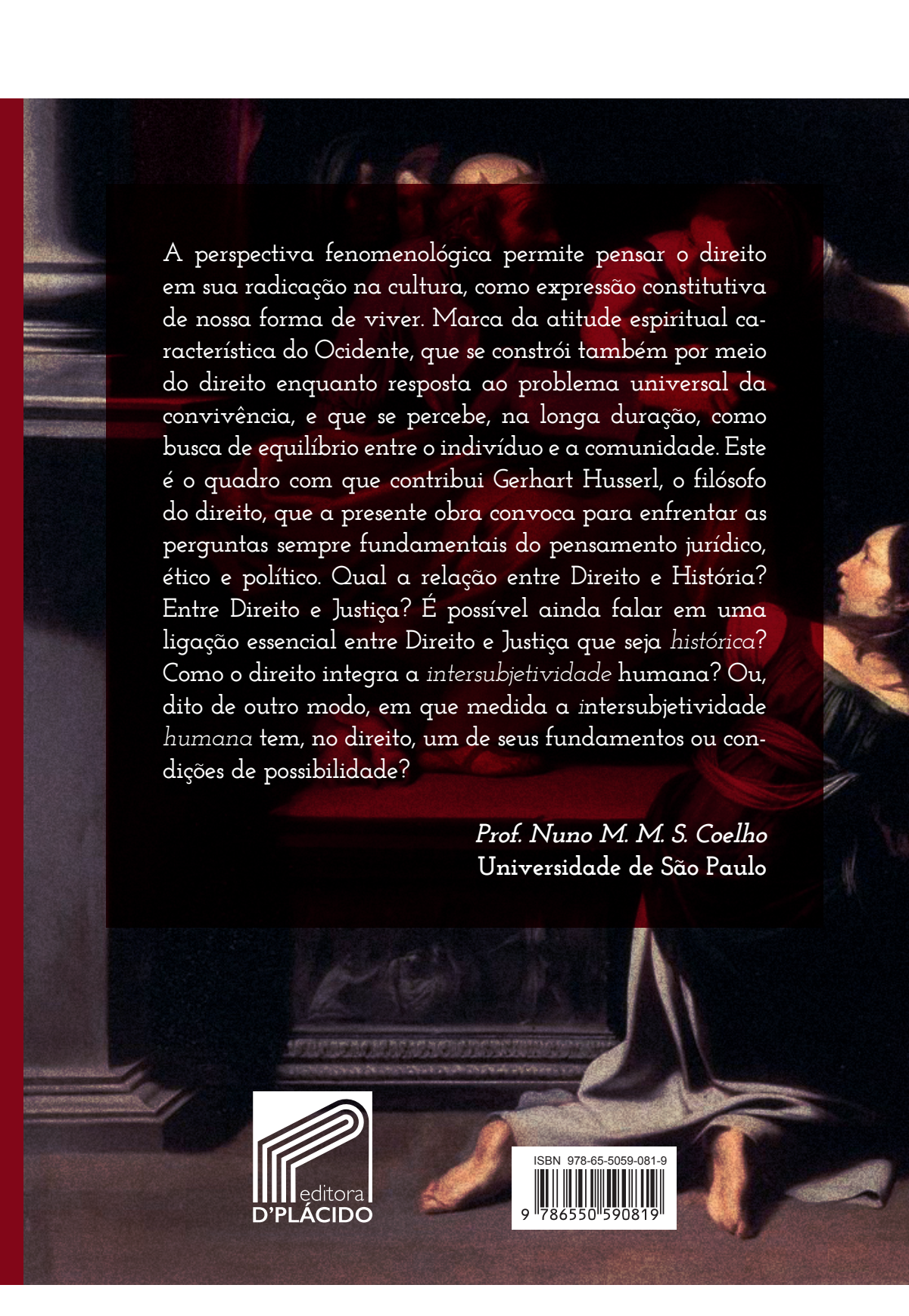
Ainda, quanto à terminologia, havendo coincidência de sobrenomes entre Gerhart e seu pai, Edmund, no texto, sempre que necessário, nos serviremos do adjetivo *gerhartiano*, e derivados, para nos referirmos às direções de pensamento de Gerhart Husserl e diremos *husserliano*, e derivados, para nos referirmos a Edmund Husserl. Advirta-se, de partida, outrossim, que não será possível evitar determinadas expressões, um certo vocabulário próprio ao jargão fenomenológico.

Quanto à estruturação do trabalho, adotamos a seguinte divisão, em duas partes: primeira, a fenomenologia e a filosofia do direito de Gerhart Husserl; segunda, direito e justiça na fenomenologia de Gerhart Husserl.

Na primeira parte, buscamos situar o pensamento de Gerhart Husserl no contexto maior de um admitido “movimento fenomenológico no direito”, muito embora com brevidade. Destaque especial é conferido à identificação de possíveis influências da fenomenologia de Edmund Husserl e do pensamento de Martin Heidegger para a construção da fenomenologia do direito tal como vem estabelecida por Gerhart Husserl. Aqui, anote-se, se fará todo um esforço por compreender elementos da tradição husserliana e heideggeriana que teriam, como se pretende apontar, conduzido o pensamento gerhartiano pelas sendas temáticas da temporalidade, do ser-no-mundo, da comunidade, do método...

Na segunda parte, nos ocuparemos, propriamente, dos sentidos do direito e da justiça, e das relações que entre eles se travam, tal como vêm pensados os conceitos na matriz fenomenológica de compreensão das *coisas do direito* intentada por Gerhart Husserl.

Ao final, como se espera, a ideia de justiça, posta como fim último do direito, se apresentará como uma *diretriz* ou *critério seguro*, a cumprir a exigência de que as *coisas do direito*, que devem se concretizar sob sua regência, venham a *efetivar o justo no mundo social*. E, com isto, cumprir-se-á a tarefa de clarificar a hipótese segundo a qual a ideia de justiça, na jusfenomenologia de Gerhart Husserl, vem pensada como uma racionalidade, que marca a compreensão do direito como um modo-de-ser do homem na comunidade, o *homo juridicus*.



A perspectiva fenomenológica permite pensar o direito em sua radicação na cultura, como expressão constitutiva de nossa forma de viver. Marca da atitude espiritual característica do Ocidente, que se constrói também por meio do direito enquanto resposta ao problema universal da convivência, e que se percebe, na longa duração, como busca de equilíbrio entre o indivíduo e a comunidade. Este é o quadro com que contribui Gerhart Husserl, o filósofo do direito, que a presente obra convoca para enfrentar as perguntas sempre fundamentais do pensamento jurídico, ético e político. Qual a relação entre Direito e História? Entre Direito e Justiça? É possível ainda falar em uma ligação essencial entre Direito e Justiça que seja *histórica*? Como o direito integra a *intersubjetividade* humana? Ou, dito de outro modo, em que medida a intersubjetividade humana tem, no direito, um de seus fundamentos ou condições de possibilidade?

Prof. Nuno M. M. S. Coelho
Universidade de São Paulo



ISBN 978-65-5059-081-9

