

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

V. 01, N. 01

janeiro – junho de 2014

ARTIGOS // ARTICLES

GÜNTHER TEUBNER, MARCUS FARO DE CASTRO,
RITA LAURA SEGATO, HAUKE BRUNKHORST, ANA LUIZA
PINHEIRO FLAUZINA, RICARDO JACOBSEN GLOECKNER
e DAVID LEAL DA SILVA, JOÃO COSTA NETO

ARTIGOS-RESENHA // REVIEW ESSAYS

ALEXANDRE ARAÚJO COSTA

COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA // CASE NOTES AND COMMENTARIES

LUÍS ROBERTO BARROSO, LEONARDO MARTINS,
LENIO LUIZ STRECK

RESENHAS // BOOK REVIEWS

GILBERTO GUERRA PEDROSA, CARINA CALABRIA,
GABRIEL REZENDE DE SOUZA PINTO



UnB



DIREITO

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

revista vinculada ao programa de pós-graduação
em Direito da Universidade de Brasília

janeiro – junho de 2014, volume 1, número 1

CORPO EDITORIAL

EDITOR-CHEFE

Marcelo Neves Universidade de Brasília, Brasil

EDITORES

Alexandre Veronese Universidade de Brasília, Brasil

George Rodrigo Bandeira Galindo Universidade de Brasília, Brasil

Juliano Zaiden Benvindo Universidade de Brasília, Brasil

EDITORES ASSOCIADOS

Ana Lúcia Sabadell Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Ângel Oquendo Universidade de Connecticut, Estados Unidos

Emilios Christodoulidis Universidade de Glasgow, Escócia

José Octávio Serra Van-Dúnem Universidade Agostinho Neto, Angola

Leonel Severo Rocha Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Masayuski Murayama Universidade Meiji, Japão

René Fernando Urueña Hernandez Universidad de Los Andes, Colômbia

Miguel Nogueira de Brito Universidade Clássica de Lisboa, Portugal

Nelson Juliano Cardoso Matos Universidade Federal do Piauí, Brasil

Paulo Weyl Universidade Federal do Pará, Brasil

Thomas Vesting Universidade Johann Wolfgang Goethe, Alemanha

Virgílio Afonso da Silva Universidade de São Paulo, Brasil

SECRETÁRIA EXECUTIVA

Carina Calabria

ASSESSORES EXECUTIVOS

Gabriel Rezende de Souza Pinto; José Nunes de Cerqueira Neto;

Matheus Barra de Souza

EQUIPE DE EDIÇÃO DE TEXTO

Ana Luiza Almeida e Silva, Bethânia I. A. Arifa,

Camilla de Magalhães, Carolina Lemos, Clarice Calixto,

Douglas Zaidan, Fabrício Noronha, Gilberto Guerra Pedrosa,

Guilherme Del Negro, Hector L. C. Vieira, Kelton de Oliveira Gomes,

Luciana Silva Garcia, Maria Celina Gordilho, Paulo Soares Sampaio,

Nara Vilas Boas Bueno e Tédney Moreira

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

André Maya Monteiro

Esteban Pinilla

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

V. **01**, N. **01**

janeiro – junho de 2014



UnB



DIREITO

NOTA EDITORIAL // EDITORIAL	06–10
ARTIGOS // ARTICLES	11–197
O DIREITO DIANTE DE SUA LEI: SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE AUTORREFLEXÃO COLETIVA DA MODERNIDADE JURÍDICA // THE LAW BEFORE ITS LAW: FRANZ KAFKA ON THE (IM)POSSIBILITY OF LAW'S SELF REFLECTION Günther Teubner	12–31
NOVAS PERSPECTIVAS JURÍDICAS SOBRE A REFORMA DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL // NEW LEGAL APPROACHES TO POLICY REFORM IN BRAZIL Marcus Faro de Castro	32–64
QUE CADA POVO TEÇA OS FIOS DA SUA HISTÓRIA: O PLURALISMO JURÍDICO EM DIÁLOGO DIDÁTICO COM LEGISLADORES // MAY EVERY PEOPLE WEAVE THE THREADS OF THEIR OWN HISTORY: JURIDICAL PLURALISM IN DIDACTICAL DIALOGUE WITH LEGISLATORS Rita Laura Segato	65–92
A DECAPITAÇÃO DO LEGISLADOR: A CRISE EUROPEIA – PARADOXOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CAPITALISMO DEMOCRÁTICO // THE BEHEADING OF THE LEGISLATOR: THE EUROPEAN CRISIS – PARADOXES OF CONSTITUTIONALIZING DEMOCRATIC CAPITALISM Hauke Brunkhorst	93–118
AS FRONTEIRAS RACIAIS DO GENOCÍDIO // THE RACIAL BOUNDARIES OF GENOCIDE Ana Luiza Pinheiro Flauzina	119–146
CRIMINAL COMPLIANCE, CONTROLE E LÓGICA ATUARIAL: A RELATIVIZAÇÃO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE // CRIMINAL COMPLIANCE, CONTROL AND ACTUARIAL LOGIC: THE RELATIVIZATION OF THE NEMO TENETUR SE DETEGERE Ricardo Jacobsen Gloeckner e David Leal da Silva	147–172
DIGNIDADE HUMANA, ASSISTÊNCIA SOCIAL E MÍNIMO EXISTENCIAL: A DECISÃO DO BUNDESVERFASSUNGSGERICHT QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO VALOR DO BENEFÍCIO PAGO AOS ESTRANGEIROS ASPIRANTES A ASILO // HUMAN DIGNITY, SOCIAL SECURITY AND MINIMUM LIVING WAGE: THE DECISION OF THE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT THAT DECLARED THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE BENEFIT AMOUNT PAID TO ASYLUM SEEKERS João Costa Neto	173–197

ARTIGOS-RESENHA // REVIEW ESSAYS	198–219
TEOLOGIA MORAL PARA OURIÇOS: A TEORIA DA JUSTIÇA DE RONALD DWORKIN // MORAL THEOLOGY FOR HEDGEHOGS: RONALD DWORKIN'S THEORY OF JUSTICE Alexandre Araújo Costa	199–219
COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA // CASE NOTES & COMMENTARIES	220–304
UNIÕES HOMOAFETIVAS: RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS UNIÕES ESTÁVEIS ENTRE PARCEIROS DO MESMO SEXO // SAME-SEX UNIONS: LEGAL RECOGNITION OF COMMON LAW UNIONS BETWEEN SAME-SEX PARTNERS Luís Roberto Barroso	221–244
RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL PELA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL // THE RECOGNITION OF STABLE CIVIL UNIONS BETWEEN SAME SEX PARTNERS AS A FUNDAMENTAL RIGHT BY CONSTITUTIONAL JUSTICE Leonardo Martins	245–279
O CASO DA ADPF 132: DEFENDER O TEXTO DA CONSTITUIÇÃO É UMA ATITUDE POSITIVISTA (OU “ORIGINALISTA”)? // THE CASE ADPF 132: IS DEFENDING THE CONSTITUTIONAL TEXT A POSITIVIST (OR ORIGINALIST) ATTITUDE? Lenio Luiz Streck	280–304
RESENHAS // BOOK REVIEWS	305–326
A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO: A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO JURÍDICO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA MUNDIAL // [THE DIGNITY OF THE HUMAN BEING IN CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL LAW: THE CONSTRUCTION OF A LEGAL CONCEPT UNDER THE LIGHT OF THE WORLD'S JURISPRUDENCE] Gilberto Guerra Pedrosa	306–311
FORMAS JURÍDICAS E MUDANÇA SOCIAL: INTERAÇÕES ENTRE O DIREITO, A FILOSOFIA, A POLÍTICA E A ECONOMIA // [LEGAL ABSTRACTIONS AND SOCIAL CHANGE: INTERACTIONS BETWEEN THE LAW, PHILOSOPHY, POLITICS AND THE ECONOMY] Carina Calabria	312–318
[OS LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DESCONSTRUINDO O BALANCEAMENTO E O ATIVISMO JUDICIAL] // ON THE LIMITS OF CONSTITUTIONAL ADJUDICATION: DECONSTRUCTING BALANCING AND JUDICIAL ACTIVISM Gabriel Rezende de Souza Pinto	319–324

**O DIREITO DIANTE DE SUA LEI:
SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE
AUTORREFLEXÃO COLETIVA DA
MODERNIDADE JURÍDICA**
// THE LAW BEFORE ITS LAW: FRANZ
KAFKA ON THE (IM)POSSIBILITY OF
LAW'S SELF REFLECTION

Gunther Teubner

>> RESUMO // ABSTRACT

O presente artigo oferece uma nova interpretação da celebrada parábola “Diante da lei”, de Franz Kafka. É inspirado pelos recentes desenvolvimentos na teoria do direito europeia, particularmente pelos trabalhos de Jacques Derrida, Niklas Luhmann e Giorgio Agamben, e sugere uma mudança dupla de papéis na confrontação dos protagonistas da parábola - o “homem do campo” e a “lei”. De acordo com essa interpretação, não é um indivíduo específico que se encontra “Diante da lei”, mas o discurso jurídico propriamente dito, que está em uma busca compulsiva pela sua lei; por sua vez, a “lei” da parábola não remete a uma autoridade generalizada e distante (poder, moralidade, religião etc), mas ao direito positivo e válido de nossos tempos. O artigo coloca a seguinte questão: o que acontece dentro da misteriosa relação entre “direito” E “lei”, que tem sempre atormentado a teoria do direito, quando essa relação é sujeita à lógica opressiva do universo kafkiano? // The article offers a novel interpretation of Franz Kafka's celebrated parable 'Before the law'. It is inspired by recent developments in European legal theory, particularly by the work of Jacques Derrida, Niklas Luhmann and Giorgio Agamben. It suggests a dual role change in the confrontation of the parable's protagonists - the 'man from the country' and the 'law'. According to this interpretation it is not a specific individual that stands before the law but it is the legal discourse itself that is in a desperate search of its law, and the parable's 'law' for its part is not a generalized and distant authority (power, morality, religion etc), but the valid and positive law of our times. The article asks the question: What happens within the mysterious relationship between 'Law AND law' which has always preoccupied legal theory when that relationship is subjected to the nightmarish logic in Kafka's universe?

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Kafka; teoria dos sistemas; direito e literatura. // Kafka; systems theory; law and literature

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor de Direito Privado e Sociologia Jurídica na Goethe-University Frankfurt/Main. // Professor of Private Law and Legal Sociology. Principal Investigator, Cluster of Excellence “The Formation of Normative Orders” at Frankfurt University.

>> SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE

Traduzido do original em alemão por Ricardo Resende Campos, mestre e doutorando em Teoria do Direito e Direito Global na Goethe Universität Frankfurt am Main, sob a orientação do Prof. Gunther Teubner. Revisão da tradução por Felipe Neves Caetano Ribeiro, mestrando em Direito na Universidade de Brasília (UnB). // Translated from the original text in German by Ricardo Resende Campos, master and PhD. candidate in Legal Theory and Global Law at the Goethe-University of Frankfurt am Main, under the supervision of the Professor Gunther Teubner. Proof-reading of the translation by Felipe Neves Caetano Ribeiro, master candidate in Law at the University of Brasília (UnB).

>> AGRADECIMENTOS // ACKNOWLEDGEMENTS

Sou grato aos participantes do seminário dirigido por Christoph Menke pelas sugestões críticas no semestre de verão 2011. // For critical suggestions I am grateful to the participants at a seminar given by Christoph Menke in Frankfurt in the summer semester 2011.

1. HOMEM DO CAMPO

Imaginemos que o homem do campo da parábola “Diante da Lei”, de Kafka, não seja o indivíduo humano entregue à violência da legalidade institucionalizada (do poder, da moral, da religião, etc.)¹, conforme denotado em numerosas interpretações kafkianas com suas fixações prematuras em papéis. Imaginemos, ao invés disso, que ele seja um “juiz do campo”, que – no campo – tenha que lidar com um caso jurídico, baseando-se no direito e na lei e que, agora, na agonia de ter que decidir, não consegue encontrar o que é direito de acordo com a lei. Posto de outra forma: imaginemos que a via jurídica concreta propriamente dita, ou, de forma mais geral, a *prática decisória da aplicação jurídica* nas balbúrdias da vida, é que está diante de sua própria lei e não sabe como proceder.

Nesse sentido, não se trata do réu que responderia no processo penal perante a lei, nem da parte que busca, diante da lei, seu direito; mas do próprio direito em sua busca compulsiva pela lei. Quando confrontamos os protagonistas dessa dupla troca de papéis – não mais o indivíduo concreto, mas o discurso jurídico que se encontra “diante da lei” e, por sua vez, a lei não é mais uma autoridade universal remota, mas, de forma muito mais banal, o próprio direito positivo válido –, então, deparamo-nos com a seguinte pergunta: o que ocorre dentro da relação enigmática entre “O direito E A lei” quando essa relação está sujeita à lógica opressiva do universo kafkiano?

A perspectiva individualista não deve ser questionada quanto à própria forma de justificação. De modo complementar, entretanto, a visão institucionalista permite que questões completamente distintas no mundo de Kafka venham à tona. Encorajado por essa interpretação excêntrica, complementarei minha abordagem especialmente com o furacão associativo de Jacques Derrida sobre Kafka, no qual ele cita a literatura “diante da lei”². E, com o próprio Kafka, que fixa seus observadores nas diferentes instituições – no poder, na área militar, no circo, na medicina – e que sempre os descreve não como intrusos, mas como integrantes do cotidiano profissional-institucional: o agrimensor, o médico do campo, o pesquisador, os novos advogados, os servidores bancários, os mandatários. Por último, mas não menos importante, as próprias experiências negativas de Kafka enquanto corretor de seguros submetido aos absurdos do direito típico das sociedades seguradoras certamente influenciaram sua produção literária. Desse modo, parece bastante plausível que, na parábola de Kafka, não apenas seres humanos de carne e osso são atormentados perante as barreiras da lei, mas também, simultaneamente, os institutos jurídicos da modernidade são submetidos ao tormento da autoprovação.

O discurso jurídico, que busca assegurar-se de sua lei, é atormentado por outros pesadelos para além da arbitrariedade da justiça com as pessoas sujeitas ao direito. A parábola de Kafka torna visíveis os abismos, diante dos quais uma autorreflexão coletiva da *epistemic community* do direito se posiciona. Quando o direito se coloca “diante” da lei, ele está, então, na busca desesperada por sua origem temporal, por sua fundação

social e pelo conteúdo de suas normas e decisões. E coloca-se a questão insolúvel da precedência: o direito tem mesmo precedência diante da lei? Ou, ainda, a lei não teria, definitivamente, precedência diante do direito? Deveria, então, a cadeia de episódios da via jurídica ter precedência temporal sobre a lei, ou sobre a norma, que fornece elementos para a decisão? Ela não deveria ser também, do ponto de vista técnico (*sachlich*), a origem da lei? Do ponto de vista social: não deveria a decisão caso-a-caso ter precedência hierárquica, em que ela derogaria a lei geral? E, na relação triangular existente entre o Homem do campo, o Guardião e a Lei, a questão torna-se ainda mais complexa: quem tem precedência: a lei, o pronunciador da lei, ou a via jurídica? Em qual dos três se encontra a origem da norma?

“O homem do campo”, do ponto de vista institucional, multiplica o significado dessa fórmula originária e acaba não se retringindo apenas ao leigo camponês, que fracassa nas armadilhas tergiversais do conhecedor do direito. A diferença aí implícita entre cidade/campo abre, nesse ponto, uma gama de dimensões distintas, que aqui não serão todas tematizadas. Porém, as seguintes diferenças serão elucidadas: 1. Lei vs. vida, de forma mais geral: cultura vs. natureza. 2. Norma legal vs. procedimento de aplicação legal, de forma mais geral: estrutura vs. processo. 3. Texto legal vs. interpretação jurídica, de forma mais geral: norma vs. decisão. 4. Lei vs. caso concreto, de forma mais geral: universalidade vs. singularidade. “O homem do campo” – que agora não se afigura somente como uma pessoa singular (litigante), mas transforma-se no complexo processo de aplicação jurídica como um todo, processo esse que se coloca diante do portão da lei, desempenhando seu papel diretamente no limiar em que a vida se distingue da lei.

2. AUTOCALÚNIA

Com a afirmação de que quem deve ter caluniado Josef K. no “Processo” foi nada mais nada menos que o próprio Josef K., Giorgio Agamben torna plausível a ideia de que não se trata de uma acusação de uma instância exterior, estranha, contra um ser humano “perante a lei”, mas que o próprio homem do campo é quem acusa a si mesmo³. Seguindo a mudança de papel aqui sugerida, então, a autoacusação de um ser humano transforma-se em uma autoacusação do direito. O direito processa a si mesmo⁴.

O direito não pode escapar de sua autoacusação, porque (como o homem do campo “insaciavelmente” indaga o guardião da lei sobre a lei geral), se segue seu inexorável impulso interno para universalização, então, a pergunta “justo ou injusto?” coloca-se inevitavelmente não apenas para um caso jurídico concreto a ser apreciado, mas para todas as ações humanas e para todos os acontecimentos mundanos sobre a situação jurídica. De fato, historicamente, o direito moderno – quando se passou do pensamento em ações para o pensamento em situações jurídicas – completou essa transição rumo à universalização de suas categorizações

e juridificou o mundo por inteiro. Inevitavelmente, então, a via jurídica defronta-se consigo mesma e se faz a atormentadora indagação: É justa a aplicação da diferença “justo/injusto”? Nesse ponto, o direito encontra-se diante dos paradoxos da autorreferência. Como um mentiroso de Creta, cujas afirmações verdadeiras se transformam em mentiras e vice-versa, não se trata de uma simples contradição, mas de uma interminável oscilação no paradoxo: Quando justo, então injusto. Quando injusto, então justo... Esse é o paradoxo fundamental do direito, que não obtém uma resposta positiva clara, nem uma resposta negativa evidente quanto à questão de sua fundação, mas um desdenhoso oscilar entre o valor positivo e o valor negativo de uma justificativa viável. O pecado original do direito ocorre no momento em que a diferença justo/injusto é colocada no mundo e, com isso, não apenas o justo, mas também o injusto é produzido de forma permanente. O direito torna-se culpado no mundo, porque, no momento em que ele o violenta utilizando essa diferença – e não apenas quando ele aplica sua pena a um réu –, especialmente no momento em que o direito afirma a *quaestio juris*, ele rasga a inocência do mundo com seu código binário “ou justo ou injusto” – *tertium non datur*. Nesse sentido, ele coloca os seres humanos, os acontecimentos e também a si próprio sob a suspeita kafkaniana geral, que, de fato, não se deixa superar com o direito humanizado decorrente do Iluminismo e sua presunção de inocência. A compulsão inexorável de explorar o mundo permanentemente com esse critério produz, continuamente, novos “injustos”. E, precisamente, a tão aclamada lei geral, que deveria eliminar a arbitrariedade do caso concreto, cria, ela própria, o injusto, pois, com suas violentas abstrações, ela nunca consegue ser justa com a singularidade e suas infinitas manifestações.

A lei kafkiana força a prática jurídica a gerar a vida por uma segunda vez, ao criar uma “realidade jurídica” fictícia – quase monstruosa, mas bem real em sua ficção. Durante todo o livro “O Processo”, no qual Josef K. transforma fantasiosamente as banalidades de sua vida de servidor bancário em uma situação de perseguição, lança-se um testemunho horripilante sobre o mundo ilusório ao qual a moderna juridificação da vida nos conduz⁵. O palácio da lei de Kafka é uma das muitas “jaulas de ferro de dependência do futuro” que Max Weber profetizou para a modernidade – o castelo seria outro exemplo dessa jaula, bem como o circo, a América e a colônia penal. A coerção exercida no palácio da lei reduz o ser humano de carne e osso à pessoa jurídica que age sob coerção e cujas características se restringem a ter direitos e deveres, cuja atividade se limita a cometer justos ou injustos, cuja única qualidade reside em ser culpada ou inocente. A geração desse segundo mundo é uma ação diabólica do direito. Trata-se de um ato de violência contra a vida, por meio do qual o direito acusa a si próprio, quando ele utiliza seus critérios em si mesmo. Essa é precisamente a maldição da ação do injusto, que, ao se propagar, gera novos injustos.

Entretanto, deve-se se dar um passo adiante. Não apenas autoacusação, mas autocalúnia do direito. Essa seria a terceira interpretação da discussão na catedral entre Josef K. e o capelão da corte, envolvendo a questão de

se o guardião enganou o homem, ou se é propriamente o enganado⁶. Em sua busca pela lei, a prática jurídica da modernidade é vítima do autoengano – em seu autojulgamento, ela própria se engana, e não com negligência ou com *dolus eventualis*, mas com *dolus directus*. Porque, em nítida consciência de que se utiliza de categorias falsas para sua autoacusação, o direito calunia a si próprio. Não somente quando condena seres humanos, mas quando processa a si mesmo, o direito não encontra outro caminho a não ser expor a lei às suas próprias categorias caluniosas. Aqui, a crítica de Kafka aponta, pela segunda vez, para o direito moderno, orgulhoso de sua autonomia e formalidade. A crítica não se direciona, neste ponto, à prática de aplicação do direito, mas à sua autorreflexão, porque, à diferença do direito de sociedades tradicionais, cuja lei é imersa de forma indissolúvel em uma cosmologia abrangente em seus contextos morais, religiosos e políticos, o direito da sociedade funcionalmente diferenciada não pode julgar sua lei de forma abrangente e decidir se ela é verdadeira ou falsa, boa ou ruim, útil ou prejudicial, bonita ou feia, saudável ou doentia, justa ou injusta.

A falta de critério da lei positiva, que somente é posta como norma jurídica por meio da decisão: esta é a doença da modernidade jurídica. À disposição do direito moderno encontra-se somente seu estreito, inadequado para o mundo e descontextualizado (acima de tudo, sem sentido) código binário justo/injusto – essa *langue de bois* da legalidade moderna. O direito somente pode refletir sobre si mesmo com a ajuda de suas construções mundanas falsificadas. Seu próprio julgamento está preso ao fanatismo de seus critérios, procedimentos e foros. O pecado original do direito não ocorre apenas pelo fato de que ele comete injustiças, por meio da violência de seu código binário, contra as pessoas a ele submetidas, mas pelo fato de que, até em seus melhores momentos, nos momentos de reflexões críticas, o direito comete essa injustiça da autocalúnia e sempre procederá dessa forma. Esse modo de autoenganar-se do direito moderno – o guardião do portão mente para o homem, o homem mente para o guardião, e a lei mente para ambos – não deve “ser considerado verdadeiro, é preciso considerá-lo apenas necessário”⁷ –, como o capelão da corte na catedral acertadamente diz, assim como faz Josef K., ao comentar a total jurisdificação do mundo: “A mentira é transformada em uma ordem universal”⁸.

3. EXCESSO DE AMBIVALENCIAS

No entanto, a *Kalumniä*, com a qual Agamben retrata com frequência Josef K., não abrange o problema como um todo, pois ele descreve o direito conferindo mais ênfase a seu valor negativo. Agamben vê apenas o impuro, a forma pela qual o direito age frente aos seres humanos. A história do direito de Agamben é um relato de infortúnios que se inicia com o *homo sacer* e termina nos campos de concentração, de punição e de refugiados – na colônia penal de Kafka. A parábola “diante da lei”, de Kafka, denota uma estrutura mais complexa: *Não somente pura negatividade,*

mas excesso de ambivalência. Porque o direito produz sempre ambos: ele coloca pessoas em posições ilegais e outras em posições legais. Ele induz, com suas sentenças, dor, sofrimento e agonia, mas, ao mesmo tempo, gera segurança de expectativas e confiança, sobre as quais as pessoas podem construir planos de vida. Kafka padeceu, no decorrer de sua própria vida, sob o absurdo do direito dos seguros. Todavia, ele sugeriu propostas ousadas sobre como esse direito disparatado poderia almejar mais justiça⁹. Devido ao fato de o direito somente gerar ficções, ele acaba produzindo mentiras permanentes; contudo, justamente as mentiras jurídicas podem ser altamente úteis, como mostra a conhecida parábola jurídico-islâmica dos doze camelos. O direito de Kafka ocasiona as agonias da permanente consciência de culpa e desperta a esperança da absolvição libertadora. No sucesso do direito moderno está seu fracasso e, em seu fracasso, encontra-se seu sucesso.

Essa simultaneidade é que torna a agonia, de fato, insuportável, porque, baseado unicamente em uma negatividade pura, como propõe Agamben, o caminho libertador estaria aberto: a (auto)destruição do direito. O homem do campo não se sentaria ininterruptamente desorientado perante o guadião do portão. Ele iria – não, ele deveria – protestar contra o evidente injusto, ou lutar contra ele, ou simplesmente fugir. *Voice* ou *Exit*. No protesto ou na fuga, o direito definitivamente se libertaria da lei. Essa foi a mensagem central do movimento livre do direito (*Freirechtsbewegung*): desconsidere a lei, se você puder decidir. Esse pietismo jurídico não tem nada a ver com o mundo jurídico de Kafka. Em “Diante da Lei”, o processo jurídico recebe a resposta paradoxal no tocante à ameaçadora questão relativa a se o direito procede de forma justa ou injusta, quando a lei é aplicada por ele. A resposta é: na aplicação da lei, o direito gera, simultaneamente, tanto o justo quanto o injusto.

A certeza apodídica do pré-conceito de Agamben frente ao direito – *Kalumnia* – transforma-se, em Kafka, em uma incerteza existencial: *Kalumnia* – ou, talvez, a verdade? Observando-se o observador “na galeria”, a ambivalência excessiva do universo de Kafka vem à luz de forma mais clara.

Se “uma amazona frágil e tísica fosse impelida meses sem interrupção ao redor do picadeiro” pelos cruéis rituais circenses, talvez então um jovem rapaz da galeria descesse às pressas e bradasse o “basta!”. “Mas, uma vez que não é assim”, ele “chora, sem o saber”¹⁰. O pavor não é simplesmente a realidade por detrás da bela aparência, nem o pavor e a aparência têm o mesmo status de realidade. A aparência é expressa no modo indicativo, para denotar aquilo que é real; e, o pavor, no modo subjuntivo, para denotar aquilo que é somente possível. Essa curiosa ambivalência assimétrica rechaça o *negativismus* de Agamben, que apenas consegue enxergar, na lei da modernidade, o pavor. É infinitamente mais complicado lidar com a ambivalência excessiva do que com o pavor absoluto.

O paradoxo impõe que a autoacusação do direito também nunca pare de oscilar entre os valores justo/injusto. Uma decisão nunca decorre automaticamente da acusação e, da mesma forma, uma decisão não decorre da lei por um direito acima de todos, no sentido de Agamben. A decisão

sobre a lei permanece diferida. E permanece indecidível, mesmo quando, na pura existência do próprio direito, a culpa procede – ou ao menos seu merecimento. E isso exprime, em última análise, “a situação kafkiana *par excellence*”: não a certeza de que a autoacusação é uma calúnia consciente, como sugeriu Agamben e, com isso, a própria culpa do direito fica intrínseca; mas, de fato, a incerteza atormentadora sobre se a autoacusação é uma calúnia de um inocente ou uma reflexão promissora da verdade e da justiça.

E esse paradoxo explica, de fato, a curiosa passividade ativa do homem frente ao guardião do portão. O paradoxo paralisa a prática jurídica e retira dela a coragem para decidir pela oposição à lei ou pela fuga, ou pela resistência, pela *voice* ou *exit*. Mas esse é apenas um lado da moeda. O outro lado apresenta-se no fato de o paradoxo do direito tentar a desparadoxização da lei por meio de constantes novas diferenças, como o homem “jurídico” do campo oferece de forma quase submissa ao guardião do portão da lei. Enquanto o negativismo de Agamben clama pela abolição da lei, o paradoxo kafkiano provoca tentativas constantes de geração de diferenças insaciáveis, que devem traçar os vestígios da lei “na obediência pensativa”. Entretanto, qual qualidade teriam essas diferenças?

4. A DECISÃO

O puro desamparo do homem do campo diante da inacessibilidade da lei – do nosso ponto de vista, a paralisia da reflexão jurídica, que é desencadeada pelo paradoxo fundacional e pelo paradoxo da decisão da lei – não constitui o fim da história. Como relâmpagos, três eventos repentinos estremecem o homem do campo no momento de sua morte. Primeiramente, o irromper do brilho inextinguível. Depois, o fato de que a entrada estava, em particular, destinada apenas a ele. E, por último, a entrada é fechada. Após essa experiência decisiva¹¹, comparável à conversão do apóstolo Paulo em sua rota para Damasco, não se pode mais permanecer na suspensão gerada pelos paradoxos.

“...essa entrada estava destinada só a você...” (grifo meu). Com isso, é proferido um duro julgamento: quem está diante da lei é condenado à liberdade de decisão. Confere-se uma nova conotação às duas respostas dúbias anteriores do guardião do portão – proibição da entrada, mas com postergação para outro momento; deixar a entrada livre, mas com aviso sobre os guardiões ainda mais poderosos. Nem a universalidade da lei, baseada na qual ele poderia aferir elementos para a decisão, nem o suporte dos outros, que buscam o acesso à lei, oferecem diretivas sobre como ele deve decidir. Essa coerção absoluta à decisão significa, na perspectiva individual, que se deve rearranjar radicalmente o direito objetivo de um normatizador externo (*Normgeber*) – cujos imperativos normativos o sujeito deve obedecer – para o direito subjetivo do indivíduo, ou seja, para o poder legiferante (*Rechtssetzung*) do sujeito, que é, entretanto, submetido à lei. Na perspectiva institucional, o “só para você” significa que o processo judicial individual é, em sua decisão, voltado para si próprio.

Nenhuma outra instância – nem mesmo a tão aclamada lei geral – pode ser responsável pela criação normativa crucial para a decisão: somente o processo jurídico singular e concreto em andamento. Como forma, a lei tem apenas uma validade vazia e sem significado. A lei como estrutura concreta, como clara norma comportamental vinculante, não tem existência própria frente ao acontecimento jurídico. Ela existe somente a partir do momento em que um evento jurídico a aciona e só ganha real existência quando esse evento desencadeia expectativa de futuros eventos jurídicos. Ela deve ser sempre invocada novamente com referência ao novo, por meio de acontecimentos jurídicos. Quando o direito como cadeia de eventos morre, então, é também “fechada” a porta para a lei. Códigos legais não são a lei propriamente dita, mas, na melhor das hipóteses, guardiões de portões. Dito de outra forma, eles são apenas sedimentos de sentido, que só são despertados para um novo sentido pela invocação do evento jurídico. A invocação deve ser revitalizada de forma constante.

Mas essa autonomia normativa (*Normsetzungsautonomie*) encontra-se “diante” da lei, ela permanece vinculada à lei. Pois, sem a lei e seus infinitos “mundos por detrás de mundos”, os quais geram o campo da normatividade, não há liberdade para implementar normas (*Normsetzung*), não há desenvolvimento do direito, nenhuma justiça é possível. A liberdade, com a qual a lei condena o direito, não é simplesmente um caos desestruturado, senão a liberdade para implementar normas (*Normsetzung*), que é pré-moldada pelas estruturas da lei. Derrida afirma com exatidão: Apenas as condições de possibilidade da cognição do direito, que são inerentes à lei, “...garantem a força para um texto, *faire la loi*, iniciando por ele mesmo. Entretanto, isso somente ocorre sob a condição de que o texto propriamente dito possa se manifestar perante a lei de um outro, um texto mais poderoso, conservado por guardiões ainda mais poderosos”¹². O fato de isso ser circular e tautológico não precisa ser necessariamente compreendido como crítica. Pelo contrário. No livro “O Processo”, de Kafka, a tautologia torna-se autológica, porque o texto do capítulo “Catedral” aplica a circularidade do normativo a si mesmo: a parábola “Diante da lei” encontra-se diante da lei de todo o livro “O processo”, assim como esse romance se encontra diante da lei da referida parábola. Não somente no sentido de que ambos se interpretam, mas também no sentido de que ambos se têm reciprocamente como pré-requisitos. A normatividade característica da culpa de ambos os textos não surge de uma instância do estabelecimento de normas (*Normsetzung*) independente, exterior, mas de uma inter-relação autorreferencial, flutuante, autossuportada de ambos os textos.

De fato, há uma contradição nesse dever de estabelecimento de normas (*Normsetzung*), pois os guardiões poderosos dos portões proíbem ao homem do campo o acesso à lei. E, ao mesmo tempo, o acesso é destinado apenas a ele. Nesse ponto, ele é exposto a um perplexo *double bind*: ele é obrigado a obedecer à lei e, simultaneamente, é obrigado a infringi-la. Aja de forma que a máxima de sua vontade seja, a todo momento, obedecer e, ao mesmo tempo, sempre infringir a lei. Esse *double bind* fornece a ele liberdade absoluta e o coloca, ao mesmo tempo, em dívida permanente: coerção para decidir e culpa pela decisão.

Qualquer que seja a decisão tomada, ele se coloca sempre em culpa. O indivíduo é culpado por ter infringido a lei ou é culpado por não se ter rebelado contra a lei. Seria legalmente correto corromper o primeiro guardião do portão ou o homem deveria ter tido coragem para se lançar na luta pelo direito?

A teoria jurídica atualmente predominante cala-se sobre essas exigências paradoxais. O paradoxo fundacional da lei, o paradoxo decisional da aplicação da lei, o *double bind* do direito subjetivo são banidos da teoria do direito. Alguns simplesmente negam sua existência; outros as proíbem, baseando-se em argumentos da lógica das figuras de pensamento paradoxais; e, por sua vez, outros as ridicularizam e as etiquetam como simples joguetes de pensamento. Diante da sugestividade opressiva dos textos de Kafka, as três refutações surgem, todas elas, como simples gestos inúteis. Somente poucos teóricos atuais do direito enfrentam os paradoxos de forma séria: Niklas Luhmann, Giorgio Agamben e Jacques Derrida.

5. CONTEXTOS DE ENGANOS

Luhmann constrói sua teoria do direito sob a ousada tese de que o lugar do sujeito transcendental é, atualmente, tomado pelo paradoxo¹³. Da mesma forma que Kafka, Luhmann enxerga o direito no sentido de que ele acarretou uma expressiva autonomia no processo de modernização, sendo, desde o início, capturado pelos paradoxos da autorreferência, de modo que a autonomia de suas autorreflexões é ameaçada com a paralisia. Para Luhmann também, a saída da paralisia é: “...essa entrada estava destinada só a você”. A perplexa revelação do guardião do portão retira-nos da imobilidade, da suspensão, do crepúsculo. “*Draw a distinction*” – esse é o mandamento de Luhmann para a prática jurídica, a forma pela qual ela deve contornar os paradoxos. O discurso jurídico propriamente dito, e unicamente ele, deve encontrar uma nova distinção, e essa é a estratégia da desparadoxização, que o protege diante dos abismos paradoxais. Mesmo que a nova distinção, por sua vez, baseie-se necessariamente em um paradoxo, ela tem, entretanto, uma força autossustentável, que se baseia em sua plausibilidade e em sua capacidade de resolução de conflitos – mesmo que por tempo limitado.

Certamente, essa solução elegante não é justa com o acontecimento na cena da morte. Ela não reage aos dois repentinos acontecimentos seguintes. Sim, ela tem que desconsiderá-los. A desparadoxização luhmaniana não pode fechar a porta da lei paralisante; ela deve contar com o retorno incessante do paradoxo da lei. O “elogio à rotina” luhmanniano certamente não faz irromper o brilho da porta da lei. Ele apenas perpetua a rotina consuetudinária das distinções jurídicas formalistas, a permanente recursividade das operações jurídicas. A nova diferença apenas camufla o paradoxo em um lugar mais seguro, do qual, certamente, em breve, irá irromper.

Agamben, ao contrário, lê, afinal, dois dos eventos conjuntamente: “... essa entrada estava destinada só a você. Agora eu vou embora e fecho-a”. O

fechar da porta – esta é a mensagem crucial para Agamben, que confere a ela uma leitura surpreendente. O fato de que a porta da lei é fechada não é uma derrota nem um fracasso do homem do campo, mas é, pelo contrário, o resultado de sua estratégia paciente de esperar e de seu encontro intensivo e até íntimo com o guardião da lei, em vez da própria entrada impossível da lei. A estratégia é direcionada a compelir o guardião a obstruir o acesso à lei. O homem encontra justamente sua libertação quando o acesso à lei se fecha, quando a lei é revogada, quando sua validade vazia é interrompida, quando a lei, propriamente dita, é abolida¹⁴.

Entretanto, Agamben não consegue lidar com o brilho. Na leitura de Agamben, o brilho, que o homem reconhece na escuridão, não exerce quase nenhum papel. Mas esse “Brilho, que irrompe inextinguível da porta da lei” é o momento mais intenso da parábola. Ele irradia os outros dois eventos na cena da morte. Em sua luz, tudo é diferente. Derrida fala até do “momento mais religioso”¹⁵. E o que diz a parábola sobre a origem e sobre a intensidade do brilho? O brilho vem “da porta da lei”, ou seja, somente dessa porta, e ele é “inextinguível”. Isso é o oposto da abolição da lei, pleiteada por Agamben. Não se pode vivenciar, de forma alguma, a experiência do brilho sem a lei, sem sua pretensão de validade vazia, sem sua mentira, sem seus paradoxos, sem sua obscenidade. Sem lei, não há brilho. A anomia esperada por Agamben não pode gerar o brilho. Isso ocorre porque a dúvida, evocada por Kafka, não atinge a desilusão constitutiva da lei (*Lebenslüge*), que Agamben quer liquidar, porque ela bloqueia a justiça. Isso é muito simplório. Então, a lei poderia ser deixada de lado, ser abolida, revogada. Essa possibilidade encontra-se sempre em aberto. Em vez disso, o homem vivencia a experiência perplexa de que a desilusão constitutiva da lei (*Lebenslüge*) é necessária para possibilitar, mesmo que de forma momentânea, passageira, um prospecto sobre a justiça. Em outras palavras, a justiça é dependente da obscenidade da lei. Justiça não é concebível sem lei.

Somente a partir do contexto indissolúvel dos três acontecimentos é que se pode interpretar a cena da morte – brilho inextinguível, destinação singular, fechar da porta. Na luz do brilho, o fechar da porta não significa a abolição da lei nem sua revogação em uma sociedade futura. Tampouco se pode reduzir a simultaneidade do brilho e do fechar da porta à oposição entre um presente maligno e a promessa de um futuro distante mais benevolente, como sugerido por Agamben. Isso seria maniqueísmo, em que a sociedade por vir é esperada somente pelo “muçulmano”, ou seja, pela mais profunda humilhação¹⁶. E que torna a salvação de uma nova comunidade dependente da abolição da lei. Entretanto, o brilho e a escuridão coincidem no presente acontecimento. Na escuridão, pouco antes do fechar da porta, a luz surge como o momentâneo reluzir de oportunidade, *que torna possível, no fracasso do direito perante a lei, a justiça*.

Em uma perspectiva individualista, poderia ser interpretado que o homem, no final de sua agonia, vivencia a cognição subjetiva da justiça individual. Uma perspectiva institucional daria um passo adiante e poderia referir-se e limitar essa possibilidade à via jurídica em particular.

Somente para o conflito singular, e não para outros conflitos, é destinado esse acesso à lei e, apenas para ele, é possível avistar a justiça. Uma justiça estrita e limitada ao caso particular é possível, porém, sem qualquer chance de generalização. A justiça do processo particularizado não tem nenhum efeito contínuo; ela, ao invés disso, fecha a porta da coisa julgada (*Rechtskraft*), que deve ser novamente aberta a cada novo processo e fechada imediatamente depois.

Essas são duas possíveis interpretações. Pode-se, entretanto, perguntar se o texto não permite a leitura que leva ao extremo a crítica de Kafka acerca da modernidade jurídica. O discurso jurídico autônomo seria propriamente o sujeito coletivo diante da lei, que somente pode experimentar o brilho, na própria transcendência, em face da lei destinada apenas para ele. Nessa própria transcendência não estaria nem o futuro de abolição do direito, nem uma volta à legalidade intrincada das sociedades tradicionais. As experiências vivenciadas por Kafka, no castelo do agrimensor, com as estruturas repressivas da comunidade rural, contra as quais ele frequentemente se rebelou, demonstram que Kafka é liberado de qualquer nostalgia com relação ao direito pré-moderno. “destinada apenas a você” denotaria, então, a *própria-justiça do direito autônomo moderno*, que somente se desenvolve propriamente na superação da lei e, com isso, não pode recorrer a nenhuma outra instituição, nem à política, nem à ciência, à moral, à religião. Na modernidade, é peremptoriamente fora de cogitação uma justiça abarcadora de toda sociedade; há somente uma auto-justiça determinada para o direito, a qual difere claramente de outras autojustiças da política, da moral ou da ciência. A Autotranscendência do direito moderno significaria, então, que existiria um caminho próprio para o direito como instituição singular, que somente ele mesmo, e nenhuma outra instituição, pode percorrer. Apenas na cegueira, na qual o descontextualizado direito moderno é aprisionado, pode-se perceber o brilho de sua autotranscendência. Não se quer dizer um acesso de uma consciência individualizada à transcendência, mas um acesso coletivo à transcendência, que não diz respeito, entretanto, à sociedade como um todo, mas à autotranscendência do discurso jurídico propriamente dito¹⁷.

6. BIFURCAÇÃO

Dessa maneira, se pensarmos nos três acontecimentos conjuntamente, revelam-se, então, duas outras leituras contraditórias, por meio das quais o comportamento do homem do campo é avaliado.

Em uma das interpretações, é o simples fato de permanecer sentado – essa nem tão louvável passividade ativista do homem do campo – que lhe confere a justiça. O interminável esperar do homem, bem como suas insaciáveis perguntas, não foram em vão. Ele ganha em capacidade de decisão no último momento de seus esforços. Isso porque ele desiste de entrar no interminável vazio da lei e, ao contrário, tenta transpassar em um esforço duradouro por diferentes mundos. Ele não se encontra

“na” lei, mas ele continua fora, “diante” da lei, exterior à lei, no limiar, na permanente confrontação com o guardião, para interceder lá, entre a vida e a lei. É notório que a capacidade de julgar não decorra, simplesmente, da subsunção do especial sobre o geral, mas da criação de pontes entre dois mundos incompatíveis¹⁸.

Kafka radicaliza o contraposto a ser transpassado: não simplesmente na direção razão/emoção, mas no cálculo jurídico/irracionalidade, na ordem da lei/caos da vida e, finalmente, imanência/transcendência.

Essa interpretação aproxima-se do refinado truque com que Jacques Derrida apresenta sua deconstrução do direito¹⁹. Após uma radical transcendência da lei positiva, após a passagem pelo deserto, no delírio da justiça infinita, então, Derrida clama, surpreendentemente, pelo estabelecimento de um “compromisso”, um compromisso da justiça com os cálculos mais triviais das consequências jurídicas, das subsunções banais sob uma regra jurídica. De acordo com Derrida, a experiência angustiante da justiça não pode servir como álibi para a serenidade, com a qual se espera um futuro possível. “Abandonada a si mesma, a idéia incalculável e doadora da justiça está sempre mais perto do mal, ou do pior, pois ela pode ser sempre reapropriada pelo mais perverso dos cálculos... Mas a justiça incalculável manda calcular.”²⁰

Penetrar ainda mais profundamente os paradoxos da lei e lá permanecer em um quietismo pós-estruturalista, isso sim seria um erro culpável. Em vez disso, um compromisso humilhante e duradouro com o obscuro guardião do portão deveria ser estabelecido e dele exigido. O brilho surge, primeiramente, no ato de fechar novamente a porta, no fracasso definitivo da entrada. Isso não seria simplesmente realização no fracasso, mas realização somente após os esforços do confronto, do compromisso com o cálculo da humilhação, da corrupção, do trabalho de sísifo do discurso jurídico. Não o elogio do poder místico, mas o elogio do compromisso entre a experiência mística da justiça e do cálculo banal das consequências jurídicas – essa seria a única interpretação que confere sentido ao esperar do homem.

A outra interpretação liga-se à leitura conjunta de outro texto de Kafka. Ela não aceita que o confronto penoso com o guardião do portão possa gerar justiça. Pelo contrário, o homem deve reconhecer, no brilho, que ele teria alcançado a justiça, caso não se tivesse deixado levar pelos questionamentos sem sentido do primeiro guardião do portão e caso tivesse sido corajoso o suficiente para se lançar à luta contra os outros guardiões e entrar na lei, à medida que suas forças ainda possibilitavam que o fizesse. A obediência do homem, que permaneceu sentado frente à porta, é violação do dever. Em vez de apenas corromper o primeiro guardião, o homem deveria ter tido a coragem de romper com a proibição de entrada e tomar para si a luta pelo direito. Também nessa leitura, o brilho é, para ele, uma experiência que o recobre aqui e hoje. Porque ele “reconhece” agora a justiça, porém, somente como outra justiça, cuja oportunidade ele perdeu.

A forma de alcançar essa justiça é expressa apenas de forma negativa “diante da lei”, somente como uma experiência decepcionante, por

perder a grande chance. A questão acerca de que maneira surge, na obra de Kafka, o restabelecimento positivo da justiça como plausível pode ser extraída, mais prontamente, do texto “uma mensagem imperial”. Também aqui se encontra uma constelação triangular entre uma autoridade distante, um súdito dessa autoridade e um mediador, embora a direção do movimento seja invertida neste caso. Aqui, um mediador – não o guardião do portão, mas o mensageiro do rei – tenta, com esforços imensuráveis, que a mensagem da autoridade alcance o súdito. Também aqui há um profundo desapontamento de que a mensagem real é intransponível para ambos os mundos, e a comunicação por meio do mensageiro é uma esperança em vão. A questão de qual das duas leituras é mais adequada – se a justiça é encontrada no calmo, humilhante e agonizante confronto com o obscuro guardião da lei ou, de fato, de forma contrária, na imaginação coletiva do discurso jurídico ocorrido diante da lei, o qual almeja adentrá-la – deve ficar em aberto. Para ambas as leituras, porém, é certo que: mesmo que o brilho irradie tudo a seu alcance, um triunfo da justiça não ocorre. A ambivalência excessiva kafkiana não é detida em face do insurgente brilho inextinguível da lei. Kafka nega-se a dar uma resposta à questão: “se de fato está ficando mais escuro ao redor ou se apenas os olhos o enganam”. Trata-se, mesmo, do brilho da justiça? Da transcendência?

E se for um brilho que vem de fora – de Deus, da ciência, da política, da moral, do direito natural? Ou de dentro, como uma autotranscendência do arcano do direito propriamente dito? Ou, de fato, simplesmente um reflexo? Uma simplória aparência reluzente, que encobre o vazio escuro? Um autodesapontamento hipócrita do direito moderno em sua adquirida autonomia formal e cega? Ninguém escapa dessa ambivalência, porque não nos é dado qualquer critério para diferenciar entre o sonho coletivo da justiça e o autoengano coletivo.

7. DIREITO E LITERATURA

Kafka surge, afinal, como um observador sensível do direito moderno, cujas visões não são indiferentes para a sociologia do direito e para a filosofia do direito. A precisão com que Kafka retrata os excessos de ambivalência do direito parece ser maior do que algumas análises do dilema da modernidade jurídica oferecidas por muitos cientistas sociais. Max Weber relata esse dilema de modo que a racionalidade interna formal do direito é comprometida pelas influências irracionais externas de interesses econômicos e políticos. Kafka responde que justamente a racionalidade formal mais intrínseca ao direito é extremamente irracional. As tentativas de Hans Kelsen de preservar a pureza da normatividade do direito frente às impuras influências empíricas caem por terra na observação de Kafka de que a obscenidade do direito brota, justamente, de sua pureza. O diálogo na catedral entre Josef K. e o capelão do cárcere desmistifica todas as tentativas de uma teoria da argumentação racional do direito, conforme compreendida por Habermas ou por Alexy. Segundo as exigências de

racionalidade discursiva quanto à erudição, arte de interpretação, igualdade na articulação de chances, veracidade e autenticidade, esse diálogo preenche certamente os requisitos do discurso racional. E, ainda assim, não termina em um consenso libertário, mas em incerteza, paralisia, medo e opressão. E Luhmann deve ceder a Kafka no fato de que suas estratégias de desparadoxização, as quais, diante da ameaça do paradoxo forjam rapidamente uma nova diferença, nunca enxergarão o “brilho que irrompe inextinguível do portão da lei”, porque elas não se expõem ao paradoxo, mas paralisam “diante da lei” e de seus paradoxos e retomam a rotina o mais célere possível.

Para que, então, a forma literária? Por que Franz Kafka, o experiente praticante jurídico do setor de seguros, não redige categoricamente uma obra de sociologia do direito? A parábola de Kafka não se esgotaria no ato de oferecer estímulos para a teoria do direito e, até mesmo, à prática jurídica, informando o modo de lidar com os paradoxos do direito? Ou existe uma mais valia do direito e literatura para além de suas contribuições fornecidas à teoria do direito?

A chave interpretativa encontra-se em certas particularidades da prática jurídica “do campo”. Nos longos diálogos entre o homem e o guardião do portão, e entre Josef K. e o capelão do cárcere, a comunicação é estabelecida de forma muito mais complexa do que as disciplinas científicas racionais poderiam reconstruir. De fato, a ciência jurídica, a teoria do direito e a filosofia do direito capturam, com alta precisão, as dimensões racionais das vias jurídicas, da ordem do procedimento, da lógica da argumentação, do sistema da dogmática e da estrutura do *stare decisis*; entretanto, elas ignoram os elementos por elas próprios descritos como “não racionais” da prática jurídica e os retiram constantemente da discussão. Sim, elas têm que retirá-los. O forte ímpeto por justiça, os caminhos tortuosos do senso de justiça, os elementos de arbitrariedade no profissionalismo técnico do juiz, a agonia decisionista do tribunal do júri, os elementos obscenos da via jurídica, os paradoxos fundacionais e de decisão do direito – de forma geral, os reais excessos da ambivalência jurídica – não podem ser reconstruídos ou, quando o são, apenas são reconstruídos com pouca profundidade pelas disciplinas científicas. O que as análises lógicas e da teoria dos sistemas têm a dizer sobre o paradoxo do direito frente à experiência dolorosa de paralisia e de sua desintegração arrebatadora no brilho, na maneira vivenciada pelo homem do campo no momento de sua morte? Nos imbricamentos do processo jurídico, no arcano da burocracia administrativa e nas complicadas construções terminológicas da jurisprudência cautelar, a prática jurídica cria uma segunda versão da realidade, assim como a arte ou a religião criam seus próprios mundos, os quais somente podem ser captados de forma limitada pela racionalidade das ciências. E até mesmo a dogmática jurídica que, por sua vez, não pode ser tida de forma legítima como uma peculiar abstração científica da prática jurídica, não é capaz de controlar a arcana jurídica por meio de seus instrumentos conceituais. As ciências sociais e a dogmática jurídica somente podem identificar e julgar como irracionais os âmbitos arcanos da prática jurídica. Assim ocorre também nas

investigações sociológicas do direito sobre os pré-julgamentos da justiça e nas análises de decisões feitas pela teoria da argumentação. Essa segunda realidade compreende não apenas o processo jurídico com seus diferentes papéis, suas normas, seus conceitos e seus princípios, mas também a produção de um mundo jurídico como um todo, que parece completamente diferente do mundo cotidiano ou do mundo das ciências.

As reconstruções literárias ganham uma introspecção independente nos mundos secretos da prática jurídica. Certamente, elas também não têm um acesso direto ao interior da lei, mas a observação literária produz uma mais valia, que vai além da até agora mais avançada sociologia dos paradoxos jurídicos, conforme oferecida por Luhmann. Essa mais valia pode ser descrita de forma indireta como potencialidade de experimentação dos paradoxos do direito, compreensão afetiva da prática de julgamento, conteúdo do “estado de espírito” da injustiça. A arte do direito comunica-se sobre o linguisticamente não comunicável no acontecimento jurídico, veja o exemplo do Moisés, de Michelangelo. No tocante à literatura do direito, isso dá uma impressão contraintuitiva, porque ela se comunica verbalmente sobre o direito, ela transmite, como a dogmática jurídica, um conhecimento sobre o mundo jurídico. Entretanto, a mensagem literária propriamente dita não são os conteúdos, mas o não comunicável verbalmente, embora seja, contudo, comunicado com as palavras. Veja o conto “Michael Kohlhass”, de Kleist, o “Processo”, de Kafka, assim como o “El Aleph”, de Jorge Luis Borges. “A arte funciona como comunicação, apesar de, e devidamente pelo fato de, ela não poder ser reproduzida adequadamente por meio de palavras (muito menos por conceitos)”²². Por conseguinte, o papel da literatura jurídica não deve, de maneira alguma, ser reduzido ao “senso de justiça”, pois ele somente acarreta emoções singelas no evento psíquico. Em vez disso, a duplicação da produção de sentido na consciência e na comunicação torna possível que, na literatura jurídica, ocorra uma comunicação genuína sobre o que não pode ser linguisticamente comunicável. A parábola de Kafka deflagra sua mais valia justamente nesse ponto: o não comunicável do direito torna-se, por meio da forma literária e somente por intermédio desta, comunicável. Não é na dogmática jurídica nem na teoria do direito, mas é na narrativa “diante da lei” que o arcano secreto do direito torna-se algo experimentável.

>> NOTAS

¹ Diante da Lei.

Diante da lei está um porteiro. Um homem do campo chega a esse porteiro e pede para entrar na lei. Mas, o porteiro diz que agora não pode permitir-lhe a entrada. O homem do campo reflete e depois pergunta se, então, não pode entrar mais tarde. – É possível – diz o porteiro. – Mas, agora não. Uma vez que a porta da lei continua como sempre aberta e o porteiro se põe de lado, o homem se inclina para olhar o interior através da porta. Quando nota isso, o porteiro ri e diz: – Se o atraindo tanto, tente entrar apesar da minha proibição. Mas, veja bem: eu sou poderoso. E sou apenas o último dos porteiros. De sala para sala, porém, existem porteiros cada um mais poderoso que o outro. Nem mesmo eu posso suportar a simples visão do terceiro. O homem do campo não esperava tais dificuldades: a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora, pensa ele; agora, no entanto, ao examinar mais de perto o porteiro, com o seu casaco de pele, o grande nariz pontudo, a longa barba tártara, rala e preta, ele decide que é melhor aguardar até receber a permissão de entrada. O porteiro lhe dá um banquinho e o deixa sentar-se ao lado da porta. Ali fica sentado anos e anos. Ele faz muitas tentativas para ser admitido e cansa o porteiro com os seus pedidos. Às vezes, o porteiro submete o homem a pequenos interrogatórios, pergunta-lhe a respeito de sua terra natal e de muitas outras coisas, mas são perguntas indiferentes, como as que os grandes senhores fazem e, para concluir, repete-lhe sempre que ainda não pode deixá-lo entrar. O homem, que havia se equipado com muitas coisas para a viagem, emprega tudo, por mais valioso que seja, para subornar o porteiro. Com efeito, este aceita tudo, mas sempre dizendo: – Eu só aceito para você não julgar que deixou de fazer alguma coisa. Durante todos estes anos, o homem observava o porteiro quase sem interrupção. Esquece os outros porteiros e este primeiro parece-lhe o único obstáculo para a entrada na lei. Nos primeiros anos, amaldiçoa em voz alta e desconsiderada o acaso infeliz; mais tarde, quando envelhece, apenas resmunga consigo mesmo. Torna-se infantil e uma vez que, por estudar o porteiro anos a fio, ficou conhecendo até as pulgas de sua gola de pele, pede a estas que o ajudem a fazê-lo mudar de opinião. Finalmente, sua vista enfraquece e ele não sabe se de fato está ficando mais escuro em torno ou se apenas os olhos o enganam. Não obstante, reconhece, agora no escuro, um brilho que irrompe inextinguível da porta da lei. Mas, já não tem mais muito tempo de vida. Antes de morrer, todas as experiências daquele tempo convergem na sua cabeça para uma pergunta que até então não havia feito ao porteiro. Faz-lhe um aceno para que se aproxime, pois não pode mais endireitar o corpo enrijecido. O porteiro precisa curvar-se profundamente até ele, já que a diferença de altura mudou muito em detrimento do homem: – O que é que você ainda quer saber? – pergunta o porteiro. – Você é insaciável. – Todos aspiram à lei – diz o homem. – Como se explica que em tantos anos ninguém além de mim pediu para entrar? O porteiro percebe que o homem já está no fim e para ainda alcançar sua audição em declínio ele berra: – Aqui ninguém mais podia ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você. Agora eu vou embora e fecho-a. Kafka, 1998: 215.

² Derrida, 2010:45.

³ Agamben, 2008: 13.

⁴ Wiethölter, 1989: 794.

⁵ Sobre a insanidade do direito em diagnósticos cuidadosos ver Kiesow, 2004.

⁶ Kafka, 1998: 215.

⁷ Kafka, 1998: 223.

⁸ Kafka, 1998: 223.

⁹ Banakar, 2010: 463 ff., 467; Corngold (ed.), 2009: IX.

¹⁰ Kafka, 1971: 40. (Grifo meu).

¹¹ Nota do tradutor: O texto original utiliza o termo *Damaskus-Erlebnis*, literalmente “Experiência Damasco”. A expressão se refere à conversão do apóstolo Paulo em sua rota para Damasco. O sentido é o de uma experiência transformadora, que representa um ponto de viragem, um divisor.

¹² Derrida, 2010: 78.

¹³ “Paradoxos são, assim poderia ser formulado, a única forma em que o conhecimento incondicionalmente é dado. Eles tomam o lugar do sujeito transcendental, para o qual Kant e seus sucessores esperavam ter tido acesso direto ao incondicional conhecimento válido a priori e compreensivo a partir de si próprio”. Luhmann, 2000:132ss. (Tradução Livre)

¹⁴ Agamben, 1998: 55.

¹⁵ Derrida, 2010: 70.

¹⁶ Agamben, 1998: 185.

¹⁷ Sobre isso, de forma exaustiva, Teubner, 2009: 1.

¹⁸ É de conhecimento geral que Kant não localiza a capacidade de decisão (*Urteilkraft*) nem no campo da compreensão, nem no campo da razão prática, mas a coloca como um “meio de conexão de dois campos da filosofia como um todo.” Kant, 1790:84. (Tradução livre).

¹⁹ Derrida, 1990: 919, 969, 1044. Essa interpretação provocou uma forte irritação nas bases desconstrutivistas, Vismann, 1992:250-264.

²⁰ Derrida, 2010: 57.

²¹ Kafka, 1971:8.

²² Luhmann, 2000a: 19.

>> REFERÊNCIAS

LIVROS E ARTIGOS

Agamben, Giorgio

(2008). “K”. In: Justin Clemens, Nicholas Heron and Alex Murray (org.). *The Work of Giorgio Agamben*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 13-27.

(1998). *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*. Stanford, California: Stanford California Press.

Banakar, Reza (2010). “In Search of Heimat: A Note on Franz Kafka's Concept of Law”, *Law & Literature* 22, 463-490.

Corngold, Stanley (org.) (2009). *Franz Kafka: The Office Writings*. Princeton: Princeton University Press.

Derrida, Jacques

(2010). *Préjugés: Vor dem Gesetz*. Wien: Passagen.

(1990). “Force of Law: The Mystical Foundation of Authority”. *Cardozo Law Review* 11, p. 919-1045.

Kafka, Franz

(1998). *The Trial*. New York: Schocken Books.

(1971). *The Complete Stories*. New York: Schocken Books.

Kant, Immanuel (1790). *Kritik der Urteilkraft*, 12. Frankfurt: Suhrkamp.

Kiesow, Rainer Maria (2004). *Das Alphabet des Rechts*. Frankfurt: Fischer.

Luhmann, Niklas

(2000a). *Art as a Social System*. Stanford: Stanford University Press.

(2000b). *Die Religion der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.

Teubner, Gunther (2009). “Self-Subversive Justice: Contingency or Transcendence Formula of Law”. *Modern Law Review* 72, p. 1-23.

Vismann, Cornelia

(2005). “Derrida, Philosopher of Law”. *German Law Journal*. Available in: <<http://www.germanlawjournal.com>>.

(1992). “Das Gesetz ‘DER Dekonstruktion’”. *Rechtshistorisches Journal* 11, 250-264.

Wiethölter, Rudolf (1989). “Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?”. In: Axel Honneth, Thomas McCarthy, Claus Offe and Albrecht Wellmer (org.). *Zwischenbetrachtungen: Im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag*. Frankfurt: Suhrkamp, 794-812.

Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.
Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.1, N.1 (jan./jul 2014) –
Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.
Semestral. 2014.
ISSN 2357-8009 (VERSÃO ON-LINE)
ISSN 2318-9908 (VERSÃO IMPRESSA)
Bilingue (Português/Inglês)
1. Direito – periódicos. I. Universidade de Brasília,
Faculdade de Direito.
CDU 340

