

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

# REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

N. 16, jul./dez. de 2021  
Brasília, DF

ISSN 1984-0322 (impresso)  
e-ISSN 2448-4555 (on-line)

R. Defensoria Públ. União	Brasília, DF	n. 16	p. 1-298	jul./dez. 2021
---------------------------	--------------	-------	----------	----------------

# A HERMENÊUTICA DE KAFKA: NOTAS A RESPEITO DA RELAÇÃO ENTRE INTRANSIGÊNCIA INTERPRETATIVA E DIREITOS HUMANOS

*KAFKA'S HERMENEUTICS: NOTES ON THE RELATIONSHIP BETWEEN  
INTERPRETATIVE INTRANSIGENCE AND HUMAN RIGHTS*

*Guilherme Gonçalves Alcântara*

*Mestre em Direito. Centro Universitário UniFG, Professor universitário e advogado.  
guilhermealcantara@msn.com*

## RESUMO

Kafka é amiúde considerado um escritor modernista que desafiaria o pressuposto hermenêutico segundo o qual o mundo é passível de compreensão. Este ensaio, inscrito na intersecção interdisciplinar do Direito & Literatura, desafia essa leitura do universo ficcional kafkiano, argumentando, a partir dos aportes da hermenêutica filosófica e do romance **O Processo**, que existe uma hermenêutica kafkiana e que ela é uma **hermenêutica da intransigência**, cujo potencial para os estudos jurídicos ainda não foi completamente explorado, a despeito de seu imensurável valor na luta pelos direitos humanos. A conclusão do texto apresenta a questão da possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado à luz das lições que a obra de Kafka nos transmite a cada leitura.

**Palavras-chave:** Direito. Hermenêutica. Intransigência. Literatura. Presunção de Inocência.

## ABSTRACT

Kafka is often considered a modernist writer who challenges the hermeneutical assumption that the world is understandable. Inscribed at the intersection between Law and Literature, this essay challenges this reading of the fictional Kafkaesque universe, claiming, based on the contributions of philosophical hermeneutics and the novel **The Process**, the existence of a Kafkaesque hermeneutics: a **hermeneutics of intransigence**. Despite its immeasurable value in the fight for human rights, the potential of such hermeneutics for legal studies has not yet been fully exploited. The conclusion of the text raises the question of the possibility of executing the sentence before the final judgment, in light of the lessons conveyed by Kafka's work at each reading.

**Keywords:** Law. Hermeneutics. Intransigence. Literature. Presumption of Innocence.

Data de submissão: 21/03/2021

Data de aceitação: 21/05/2021

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. O KAFKIANO COMO SURREAL E O FRACASSO DA HERMENÊUTICA 2. O CASO DA FLEXIBILIZAÇÃO HERMENÊUTICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA 3. A LIÇÃO DE KAFKA. CONCLUSÃO.

## INTRODUÇÃO

O amplo rol de direitos e garantias fundamentais presentes no texto da Constituição Federal de 1988, aliado ao suposto protagonismo que a Carta adquiriu no ordenamento jurídico, assim como o direito constitucional, na teoria do Direito, resultaram no crescimento exponencial dos estudos e pesquisas em hermenêutica constitucional no Brasil pós-ditadura civil-militar-empresarial.<sup>1</sup> Tendo a comunidade jurídica recepcionado as teorias do realismo estadunidense e as teorias da argumentação alemãs, a hermenêutica constitucional passou a ser considerada **instrumento** para implementação de uma nova dogmática jurídica, não raro sob o crivo da **proporcionalidade/razoabilidade** dos atos dos poderes públicos.<sup>2</sup> Desde a promulgação da Constituição, os estudos e pesquisas em direito constitucional focaram no seu **potencial performático**. Compreendendo mal o paradigma juspositivista de se fazer e estudar Direito,<sup>3</sup> a comunidade jurídica, em sua maior parte, passou a enxergar o apego à literalidade textual como uma “maldição positivista” a ser extirpada através de um princípio interpretativo segundo o qual o texto constitucional pode e deve ser flexibilizado.<sup>4</sup> Contudo, conforme alertam Paixão e Meccarelli,<sup>5</sup> passados mais de 33 anos de Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB), a constitucionalização do Direito e, com ela, o futuro da democracia brasileira encontram-se comprometidos e fragilizados por recorrentes crises políticas, econômicas e sociais, as quais consolidaram um paradigma de **exceção** agravado pelo enfoque dos estudos hermenêuticos exclusivamente sobre a dinâmica constitucional. Diante desse cenário, se quisermos reagir ao atual estado de coisas, em vez de explorar a **performatividade** dos conceitos presentes no texto constitucional, deveríamos esclarecer os **limites** de tais conceitos e ideias. Limites que, ultrapassados, permitem que a própria Constituição e seu programa perca força normativa. Este ensaio encerra uma tentativa de fornecer aportes para tal empreitada a partir da matriz teórico-metodológica dos estudos e pesquisas em Direito e Literatura. É um texto que articula crítica literária e hermenêutica jurídica, âmbitos

<sup>1</sup> ÁVILA, H. **Neoconstitucionalismo**: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”, 2009; BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 2009; NEVES, M. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais, 2013; SILVA, V. A. da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**, 2007, p. 115-144; STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, 2018; TAVARES, A. R. **Paradigmas do judicialismo constitucional**, 2012.

<sup>2</sup> PEDRA, A. S. **O controle da proporcionalidade dos atos legislativos**, 2006.

<sup>3</sup> STRECK, L. Luiz. *Op. cit.*, p. 31-63.

<sup>4</sup> ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. **Dejemos atrás el positivismo jurídico**, 2007, p. 7-28.

<sup>5</sup> PAIXÃO, C.; MECCARELLI, M. **Constituent power and constitution-making process in Brazil**: concepts, themes, problems, 2020, p. 29-30.

a princípio distantes e incomunicáveis, sobretudo para os analíticos, mas que possuem profundas afinidades.<sup>6</sup> Com efeito, os críticos literários, em matéria de hermenêutica, têm muito a ensinar aos juristas.<sup>7</sup> A lista de juristas-literatos tampouco é curta ou acidental. Wallace Stevens, Monteiro Lobato, Gabriel García Márquez, Federico García Lorca, Clarice Lispector, Leon Tolstói, Jorge Amado, Czesław Miłosz, Leonard Cohen, Franz Kafka, apenas para ficarmos no século XX. Deve haver uma relação entre literatura e justiça, na medida em que os juristas são, e sempre foram, preponderantes entre os poetas.<sup>8</sup> O Direito, afinal, não é composto somente de um *corpus juris*, não é somente **ordenamento e sistema**, mas também **ficção, estória e narrativa**. Estas últimas que dão **sentido** ao corpo jurídico, possibilitando e conformando a compreensão, interpretação e aplicação do direito.<sup>9</sup> Assim como a Literatura ocupa posição-limite entre arte e ciência,<sup>10</sup> a **palavra** se situa no limiar da profissão do escritor e do jurista. E com as palavras vêm o problema do sentido delas. Os estudos e pesquisas em Direito e Literatura, de longa tradição nos Estados Unidos e na Europa, embora aqui incipientes, têm adquirido notoriedade pela comunidade jurídica brasileira durante as últimas duas décadas.<sup>11</sup> Mas, apesar do fomento às dissertações de mestrado e teses nacionais sob o signo do Direito e Literatura, a literatura kafkiana ainda não fora explorada a contento, sobretudo considerando que estamos diante de um advogado militante, que conheceu a prática jurídica de seu tempo e de seu lugar, e que transpôs a linguagem forense para seu universo ficcional.<sup>12</sup> Dado este cenário, este estudo, situado entre o signo do Direito **como** Literatura e do Direito **na** Literatura, tem por objetivo apresentar, ainda que de forma incipiente, conclusões a respeito das relações entre ética e estética, entre linguagem, narrativa e poder, inscritas no que poderíamos chamar de **hermenêutica kafkiana**. Ele pretende responder a duas perguntas: i) Como falar de uma **hermenêutica kafkiana**? e ii) O que ela pode ensinar ao jurista brasileiro do século XXI, sobretudo em matéria de defesa dos direitos humanos?

<sup>6</sup> DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**, 2000, p. 217.

<sup>7</sup> KARAM, H. **O direito na contramão da literatura: a criação no paradigma contemporâneo**, 2017, p. 1022-1043.

<sup>8</sup> A esse respeito, vale destacar a afirmação de Jacob Grimm – um dos Irmãos Grimm – formado em Direito, linguísta, para quem “o direito e a poesia se levantaram juntos de um mesmo leito” (*apud*, TRINDADE, A. K.; BERNST, L. G. **O estudo do “direito e literatura” no Brasil: surgimento, evolução e expansão**, 2017, p. 226). Outro belo ensaio a respeito da proximidade entre Direito e Literatura se encontra em ROSENDORFER, H. **Sobre justiça e literatura**, 2001, p. 335-345.

<sup>9</sup> COVER, R. **Nomos e narração**, 2016, p. 187-268.; VESPAZIANI, A. **O poder da linguagem e as narrativas processuais**, 2015, p. 69-84.; GONZÁLEZ, J. C. **Constitutional law en clave de teoría literaria: Una guía de Campo para el estudio**, 2010; LARUE, L. H. **Constitutional law as fiction: narrative in the rhetoric of authority**, 2010.; WHITE, J. B. **The legal imagination**, 1985.

<sup>10</sup> GADAMER, H.-G. **Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**, 2003, p. 256.

<sup>11</sup> TRINDADE, A. K.; BERNST, L. G. *Op. cit.*, p. 225-257.; OLIVO, L. C. C. de. **O estudo do direito através da literatura**, 2013.; GODOY, A. S. de M. **Direito & Literatura: ensaio de síntese teórica**, 2008.; SCHWARTZ, G. **A Constituição, a Literatura e o Direito**, 2006.; DE CHUEIRI, V. K. **Shakespeare e o direito**, 2004.

<sup>12</sup> CARPEAUX, O. M., **A linguagem de Kafka**, 1944, p. 7.; ANDERS, G. **Kafka: pró e contra; os autos do processo**, 1969, p. 72.

A pesquisa então parte do campo específico da teoria e crítica literária em direção à crítica hermenêutica do discurso jurídico, ocupando-se com o mundo do leitor/intérprete que, seja ante a obra ficcional de Kafka, seja dentro de seu universo narrativo, seja ante o texto constitucional/legal, lhes confere sentido. A partir dessa premissa, o texto transita entre os segmentos do Direito **como** Literatura, ao aproximar o leitor de Kafka, o leitor kafkiano – aquele que protagoniza suas ficções – e o leitor dos textos jurídicos, em busca de uma interseção estrutural entre essas duas disciplinas que produza resultados no campo da hermenêutica e do Direito **na** Literatura, na medida em que se propõe investigar o tratamento dado ao discurso jurídico nas obras ficcionais de Kafka.

O ensaio conclui que a hermenêutica jurídica está em toda parte na obra de Kafka, disponível ao jurista, como um rico repositório de investigações. Não à toa, seu primeiro conto de envergadura se chama **O Veredito** (1912), e o seu romance mais famoso, **O Processo** (1925). A leitura de Kafka pelos juristas é capaz de fomentar aquilo que o professor José Calvo González<sup>13</sup> chamava de uma **cultura literária dos direitos humanos**. E tal cultura seria marcada pela **intransigência** hermenêutica. Passados mais de 30 anos do **tosco e flexível neoconstitucionalismo** que assola o **sentido comum teórico dos juristas**, é válido ressaltar as qualidades de quem possui a disposição para se manter fiel à sua identidade, aos seus princípios originários, à tradição semântica. Este ensaio é um elogio à essa disposição, e uma tentativa de apontar para os ganhos que ela apresenta para a defesa dos direitos humanos.

Toma-se por objeto de análise a questão da possibilidade de execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que parece girar em torno de duas posturas: aqueles que, postulando pela “eficácia” do direito penal, defendem que ela é possível e até mesmo necessária para combater a cultura da impunidade que assola(ria) a sociedade brasileira; e os adeptos do garantismo, os quais, por seu turno, demandam que a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença fere literalmente o inciso LVII, do artigo 5º, da CFRB, bem como o artigo 283, do Código de Processo Penal. Este ensaio apresenta tal questão sob um ponto de vista que vai além de tal enganosa dicotomia.

## 1. O KAFKIANO COMO SURREAL E O FRACASSO DA HERMENÊUTICA

Se Balzac previu a sociedade burguesa do século XIX, o universo ficcional de Kafka certamente espelhou e antecipou o pior do século passado. O escritor tcheco, falante de alemão, judeu, e ocupante de cargo de chefia do Instituto de Seguros de Acidentes do Trabalho do então Império Austro-Húngaro, tomou o direito como tema em diversas de suas ficções, inscrevendo nelas questões fundamentais e inexoráveis para os juristas e as juristas de todos os tempos e lugares.<sup>14</sup> A literatura kafkiana é uma das mais debatidas pela crítica literária. A seu respeito existem interpretações teológicas, metafísicas, psicanalíticas,

<sup>13</sup> GONZÁLEZ, J. C. **Subsidios para una historia de la cultura literaria del derecho en Brasil**: Francisco de Oliveira e Silva [1897-1989], 2019, p. 613-655.

<sup>14</sup> CORNGOLD, S. **Kafka and the Ministry of Writing**, 2009, p. 1-18.

sociológicas, históricas, políticas, formalistas, e, ainda assim, nenhuma é apta para esgotar o potencial das obras kafkianas. Ora tomado por realista, ora surrealista, ora profeta, ora representante do absurdo, Kafka, que já foi comparado com Kleist, mas que tinha Dostoiévski e Flaubert como ascendentes literários, jamais se deixou classificar definitivamente por nenhum crítico. Quem lê Kafka se sente **mareado em terra firme**, como K. nos cartórios do tribunal que o persegue, ou quando conversa com o capelão da catedral; como Gregor Samsa, em sua cama; ou como Karl Rossman, procurando sua mala. Daí a sua relevância para a hermenêutica e o discurso jurídico.

Profundo conhecedor da retórica e, certamente, da hermenêutica jurídica, Kafka transporta o discurso protocolar do direito – bem como os problemas que dele derivam – para suas ficções. Vale lembrar que o contexto histórico em que o autor viveu e produziu suas principais obras, de 1912 a 1922, é o do entreguerras, o da Revolução Russa, o da ascensão e queda da República de Weimar. Morto pela tuberculose em 1924, aos 41 anos, deixou um legado literário cuja repercussão não cessa de ser discutida por escritores e críticos.

“O surrealismo pode com razão reclamar Kafka como um de seus representantes”.<sup>15</sup> A declaração de um filósofo de peso como Adorno<sup>16</sup> autorizou e ainda autoriza muitos estudiosos de Kafka a classificá-lo como um escritor modernista que, fugindo dos ditames do realismo literário, teria criado um universo ficcional quimérico, infundado, perdido e omissivo. No mesmo sentido de Adorno, Borges afirmou que “as obras de Kafka são como pesadelos”.<sup>17</sup> Essa posição perante as ficções kafkianas desacredita qualquer tentativa de interpretar o legado literário que o escritor de Praga sequer desejou nos deixar. Para Walter Benjamin, o universo ficcional kafkiano seria a representação perfeita de um mundo em que a tradição é moribunda.<sup>18</sup> Se é assim, o universo ficcional kafkiano tem mesmo algo a dizer a respeito do discurso e da hermenêutica jurídica? A hermenêutica parece ser pertinente à ficção de Kafka de várias maneiras. Lembremos de contos como **Das Alegorias e Uma Mensagem Imperial**, em que a questão do **sentido** é problematizada e paradoxalizada. Kafka também reconhece a natureza linguística da compreensão, o *insight* de que a linguagem é o meio no qual o intérprete e o mundo procuram se comunicar. Mas o uso de Kafka da narração insciente,<sup>19</sup> e o fato de seus romances nunca terem sido terminados, problematiza(ria)m severamente, segundo alguns,<sup>20</sup> os atos mais simples de interpretação. Se é assim, os textos de Kafka radicalizariam e, portanto, subverteriam a

<sup>15</sup> ADORNO, T. **Prismas**: crítica cultural e sociedade, 1998, p. 241.

<sup>16</sup> Ainda segundo o filósofo de Frankfurt, “Por meio de choques ele [Kafka] destrói no leitor a tranquilidade contemplativa diante da coisa lida. Seus romances, se é que de fato eles ainda cabem nesse conceito, são a resposta antecipada a uma constituição do mundo na qual a atitude contemplativa tornou-se um sarcasmo sangrento, porque a permanente ameaça da catástrofe não permite mais a observação imparcial, e nem mesmo a imitação estética dessa situação (ADORNO, T. **Posição do Narrador no Romance Contemporâneo**, 2003, p 61).

<sup>17</sup> BORGES, J. L. **Obras Completas**, 2001, p. 352.

<sup>18</sup> BENJAMIN, W. **Carta a Gershom Scholem**, 1993, p. 100-106.

<sup>19</sup> “[...] diante do impasse moderno da perda de noção de totalidade, aquele que narra, em Kafka, não sabe nada, ou quase nada, sobre o que de fato acontece” (CARONE, M. **Lição de Kafka**, 2009, p. 40).

<sup>20</sup> GRAY, R. T. *et. al.* **A Franz Kafka Encyclopedia**, 2005.; LUKÁCS, G. **Franz Kafka oder Thomas Mann**. Realismo crítico hoje, 1969.

premissa hermenêutica tradicional, segundo a qual é possível atribuir sentidos, e sentidos corretos, adequados, verdadeiros aos textos e demais objetos no mundo. Os protagonistas e os leitores kafkianos seriam **exegetas frustrados**, desempenhando o papel de intérpretes engajados em um processo contínuo de decifrar sinais enigmáticos que recusam os significados, resoluções e redensões que tão enganosamente prometem. Seriam incapazes de compreender, de interpretar e, logo, de **agir** no mundo.

Em **Amerika** (2003),<sup>21</sup> típico **romance de formação** kafkiano, Karl Rossman deve reconhecer a futilidade de sonhar com redenção moral e sucesso material nos contextos da economia capitalista americana, desumanização da tecnologia e alienação urbana. Aqui, ainda há um “final feliz” quando, no último fragmento do livro, o protagonista se junta a uma trupe teatral, embora o romance, como dito, tenha permanecido incompleto.

Josef K., em **O processo**, não pode conciliar suas ideias sobre o estado liberal de direito burguês com as estratégias de perseguição do enigmático Tribunal que o acossa. Finalmente, em **O castelo**, a afirmação de K. de ser um agrimensor é continuamente contestada pelas alegações contrárias da administração do castelo. Ele não consegue entrar no Castelo e tampouco participar da vida comum dos habitantes da aldeia. “Ele só atrapalha”, como dizem dele. É aí que reside propriamente o **kafkiano**, segundo Gunther Anders,<sup>22</sup> nesse **não pertencer**, ou seja, no **não-ser**, e isso tornaria Kafka:

[...] um autor filosófica e moralmente inutilizável. [...] mesmo quando nos conta uma lenda, como a extraordinária ‘Diante da Lei’, deixa-nos com numerosas interpretações oferecidas a um só tempo, mas sem nenhuma informação sobre qual delas é válida.<sup>23</sup>

Desse modo, aparentemente, na contramão da tradição hermenêutica, Kafka enfraquece(ria) persistentemente a legitimidade das tradições culturais, revelando-as como sistemas arbitrários e incalculáveis de poder autoritário, injustiça social e terror administrativo. Consequentemente, os protagonistas de Kafka e seus leitores, nunca alcançariam aquele sentimento de conexão pré-determinada com o mundo que a hermenêutica postula ser a pré-condição necessária a todo entendimento.

Kafka, assim, afirma(ria) sua posição poética como escritor modernista, desafiando e refutando a pressuposição da hermenêutica clássica de que o mundo é essencialmente compreensível. No universo narrativo de Kafka, a hermenêutica se depara(ria) continuamente com limites insuperáveis de compreensão, pois, como Josef K. enuncia, é a mentira, não a verdade hermenêutica, que parece ter se tornado o princípio dominante do mundo.<sup>24</sup> Mas essa leitura de Kafka pode ser rebatida com a tese segundo a qual, apesar de tudo, a obra de Kafka possui uma identidade, talvez a mais marcante do século que passou, que é assegurada não mediante qualquer critério clássico ou formal, mas antes pelo modo como

<sup>21</sup> KAFKA, F. **O Desaparecido ou Amerika**, 2003.

<sup>22</sup> ANDERS, G. *Op. cit.*, p. 28.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>24</sup> Vide a conversa de K. e o capelão, no penúltimo capítulo d’O Processo, que será retomada na discussão do artigo.

nós, os leitores, assumimos a construção de seu sentido como uma tarefa **nossa**.<sup>25</sup> Kafka, como todo artista, “não cria o seu trabalho do vazio, mas, antes, interpreta o seu ambiente social através do filtro da sua experiência, observação e visão de mundo”.<sup>26</sup> O caráter marcadamente **aberto**<sup>27</sup> de sua obra não impede que sejam coesas, interdependentes,<sup>28</sup> e possam trazer lições ao jurista de um país periférico como o Brasil é hoje. Como afirma Gadamer em **The relevance of the beauty**,<sup>29</sup> na experiência da arte, devemos aprender como nos deter na obra de uma maneira específica. Quanto mais nos demoramos no trabalho, quanto mais nos permitimos compreendê-lo, mais ele nos mostra suas múltiplas riquezas. A lição da hermenêutica filosófica, assim como a essência de nossa experiência temporal da arte, está em aprender como permanecer dessa maneira. E talvez seja a única maneira concedida a nós, seres finitos, de nos relacionarmos com o que chamamos de eternidade. **Compreender significa conhecer algo como aquilo que já compreendemos**. A compreensão sempre implica que passamos a conhecer algo mais autenticamente do que fomos capazes de saber quando nos vimos em nosso primeiro encontro com ele. Ela anuncia **o permanente do transigente**. É função própria do símbolo e do conteúdo simbólico da linguagem da arte em geral realizar isso. Para Gadamer,<sup>30</sup> toda obra de arte só começa a nos falar quando aprendemos a decifrá-la e lê-la. O sentido da obra nunca está pressuposto, nem dado. É construído pelo leitor, quem está sempre, irremediavelmente, imerso em uma tradição. A verdadeira obra de arte nos diz: **deves mudar a si mesmo**, afirma Gadamer, o que não destoa da posição do próprio Kafka a respeito da Literatura:

De modo geral, acho que devemos ler apenas os livros que nos cortam e nos ferem. Se o livro que estivermos lendo não nos despertar como um golpe na cabeça, para que perder tempo lendo-o, afinal de contas? [...] Precisamos, na verdade, de livros que nos toquem como um doloroso infortúnio, como a morte de alguém que amamos mais do que a nós mesmos, que nos façam sentir como se tivéssemos sido expulsos do convívio para as florestas, distantes de qualquer presença humana, como um suicídio. Um livro tem de ser o machado que rompe o oceano congelado que habita dentro de nós.<sup>31</sup>

Como aponta Eco,<sup>32</sup> todo texto, mesmo os escritos por Kafka, não deixa de ser um “objeto que a interpretação constrói na tentativa circular de validar-se com base naquilo que constitui. Círculo hermenêutico por excelência, não há dúvida”. O que nos resta, segundo ele, não é buscar a (única) interpretação correta, mas deslegitimar as interpretações ruins.<sup>33</sup> Ainda segundo Eco:

<sup>25</sup> GADAMER, H.-G. **The relevance of the beautiful and other essays**, 1986, p. 28.

<sup>26</sup> CERQUEIRA, N. **Hermenêutica & Literatura**, 2003, p. 19.

<sup>27</sup> ECO, U. **Obra aberta: forma e indeterminação nas poéticas contemporâneas**, 2016.

<sup>28</sup> CERQUEIRA, N. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>29</sup> GADAMER, H.-G. *Op. cit.*, 1986, p. 45.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 47-48.

<sup>31</sup> KAFKA, F. *apud* FISCHER, S. R. **História da Leitura**, 2006, p. 285.

<sup>32</sup> ECO, U. **Os limites da interpretação**, 2004, p. 15.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 16.



[...] todo texto é suscetível de ser interpretado seja semanticamente seja criticamente, mas apenas poucos textos preveem conscientemente ambos os tipos de Leitor-Modelo. Muitas obras literárias [...] apresentam uma estratégia narrativa astuta, que gera um Leitor-Modelo ingênuo pronto a cair nas ciladas do narrador [...], mas também costumam prever um Leitor-Modelo crítico apto a apreciar, com uma segunda leitura, a estratégia narrativa que configurou o leitor ingênuo de primeiro nível. O mesmo acontece com a narrativa autodestrutiva. Num primeiro nível de interpretação, dá ela, ao mesmo tempo, tanto a ilusão de um mundo coerente quando a sensação de certa impossibilidade inexplicável. Num segundo nível interpretativo (o nível crítico), o texto pode ser compreendido na sua natureza autodestrutiva.<sup>34</sup>

É o caso dos textos kafkianos. Ainda que eles sejam autodestrutivos, isto é, ainda que em um primeiro nível eles se apresentem um universo incompreensível e incoerente, **absurdo**, em um segundo nível, que Eco chama de **nível crítico**, os textos kafkianos permitem ao Leitor-Modelo compreender a própria natureza (auto)destrutiva de tais textos. E, para que isso ocorra, é necessário que haja alguma **verdade** hermenêutica neles. Neste sentido, antes de propor que o mundo é incompreensível, o estranhamento produzido pelo universo ficcional kafkiano:

decorre do contraste entre as expectativas do leitor e o texto, o que dá início a uma interpretação que leva o leitor para longe dos seus pressupostos correntes, da sua tradição impensada. Uma obra como a de Kafka, por exemplo, típico exemplo do século de Benjamin e Gadamer, obriga o leitor a modificar violentamente seus parâmetros sobre o que esperar de uma narrativa, de tal modo que a leitura só prossigue se novos e inesperados pactos forem feitos e refeitos durante o ato de ler. Uma narrativa como “O processo” é o paradigma de um tipo de obra que possui em si mesma a sua crítica, porque induz o leitor a desconstruir uma série de pré-compreensões, já que é atraído pela sua pretensão de verdade.<sup>35</sup>

No entanto, quais são os limites dessa desconstrução das pré-compreensões? Até que ponto é “saudável” se distanciar dos “pressupostos correntes”, da “tradição impensada”? Essa é uma questão corrente na hermenêutica jurídica, e Kafka amiúde tem sido considerado um arauto da **desconstrução** das tradições semânticas. Contudo, devemos nos lembrar que Kafka é, sobretudo, um escritor **realista**.<sup>36</sup> Assim como Flaubert, Dickens e Dostoiévski, ele fazia de sua literatura um laboratório sociocultural. Se a prosa kafkiana não se apresenta ao estilo das de um Balzac, um Tolstói, ou um Flaubert, isso se dá mais pelo fato de que seu século é outro, muito distinto do de seus antepassados, o que não o impediu de mostrar, no próprio corpo de suas obras, “as coisas como elas são e as coisas como elas

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>35</sup> OLIVEIRA, B. B. C. de. **Crítica e interpretação**: aproximando Benjamin e Gadamer, 2008, p. 129-146.

<sup>36</sup> CARONE, Modesto. **O realismo de Franz Kafka**, 2008, p. 197-203.

são percebidas pelo olhar alienado”.<sup>37</sup> Ainda que sua narrativa apresente a realidade sob o olhar alienado, a obra de Kafka constitui um repositório sociocultural da tradição. E como toda obra de arte de qualidade, ela fala a respeito do **permanente no transigente**.

## 2. O CASO DA FLEXIBILIZAÇÃO HERMENÊUTICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Um dos maiores expoentes do **Law and Literature Movement**, Richard Weisberg, defende em uma de suas últimas obras, **In Praise of Intransigence: the perils of flexibility**<sup>38</sup> que, por vezes demais na história da humanidade, crises levaram as consciências das pessoas para longe de julgamentos maduros sobre como agir. Face a novos perigos, reais ou imaginários, indivíduos e instituições traíram, amiúde rápido demais, suas tradições mais sadias e autênticas. Flexibilizaram normas inquestionavelmente consideradas boas e justas. E a Literatura nos chama atenção para isso. Distorcendo o melhor de nossas pré-concepções, podemos agir de forma que posteriormente se apresentarão tolas, ou até mesmo trágicas. Somente tarde demais para aqueles feridos por essa renegociação de nossos parâmetros valorativos, retornamos ao *status quo* e valorizamos aqueles que assumiram uma postura intransigente. Flexibilidade é a disposição constante, face a situações inevitavelmente novas, de comprometer as posturas mais arraigadas e prioritárias. Intransigência, por sua vez, significa a predisposição a resistir ao impulso de mudar de postura, opinião ou pensamento. Nenhuma delas é, em si, boa ou má. Mas a intransigência merece, por vezes, elogios, assim como ser flexível nem sempre leva a resultados bons ou justos.<sup>39</sup> Algo muito similar foi apontado por Dworkin<sup>40</sup> em sua obra mais madura:

Vamos elencar os modos pelos quais alguém pode deixar de agir com base nos princípios que professa. [...] A esquizofrenia moral prejudica a responsabilidade de um jeito diferente: a pessoa se sente comprometida com dois princípios contraditórios e sucumbe àquele que lhe vem à mente no calor do momento, embora isso vá contra seus interesses e suas tendências mais estáveis.

Enquanto nossa tradição filosófica de matiz iluminista nos exorta em direção à flexibilidade, sobretudo apelando para a razão, a Literatura apresenta inúmeros exemplos de suas desvantagens, chamando a atenção para a importância dos valores perenes e tradicionais da civilização. Através das ficções, afirma Weisberg,<sup>41</sup> podemos nos dar conta de nossos padrões de comportamento e restaurar hábitos de pensamento e ação bons e justos. As teorias jurídicas contemporâneas, no entanto, ignoram completamente os avisos da Literatura. Após a 2ª Guerra Mundial, as teorias *puras* do Direito, típicas do

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 203.

<sup>38</sup> WEISBERG, R. H. **In praise of intransigence: the perils of flexibility**, 2014.

<sup>39</sup> WEISBERG, R. H. *Op. cit.*, p. IX.

<sup>40</sup> DWORKIN, R. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**, 2014, p. 157-158.

<sup>41</sup> WEISBERG, R. H. *Op. cit.*, p. 111.

positivismo-normativista, cederam espaço à (re)descoberta da hermenêutica<sup>42</sup> e da retórica,<sup>43</sup> que passaram a protagonizar o debate acadêmico-jurídico. Não mais compreendido sob as formas rigorosamente geométricas e rígidas do *cubismo* kelseniano, o Direito tornou-se **flexível**,<sup>44</sup> **dúctil**,<sup>45</sup> **frágil**<sup>46</sup> ou **solúvel**.<sup>47</sup> Entretanto, e embora o reconhecimento do caráter interpretativo-argumentativo do Direito constitua um aprimoramento da teoria jurídica, na medida em que destacam parâmetros figurativos que a purificação do normativismo havia ocultado e impedido, existem perigos na flexibilização irrefreada do direito. Radicalizada, ela torna “problemática a linha **configuradora** de sua natureza jurídica instituinte [...] o grande perigo do Direito ondulado é a sua **desintegração** em Direito instável”.<sup>48</sup> O quadro nacional é ainda mais grave. A importação das teorias jurídicas europeias e norteamericanas pelos juristas brasileiros redundou nas posturas autodenominadas **neoconstitucionalistas** que ganharam força no Brasil pós-1988.<sup>49</sup> Ao reduzir o complexo fenômeno que é o positivismo jurídico à sua vertente exegético-formalista, ao postular que o ordenamento jurídico é composto de regras e **princípios**, estes tidos como dispositivo de abertura hermenêutica, e, logo, ao advogar pela **liberdade interpretativa** do legislador/administrador/juiz, essas posturas somente fazem repristinar o positivismo pós-exegético, fático, ou realista que era modismo na passagem do século XIX ao XX.<sup>50</sup> Nada mais kelseniano, ironicamente, pois, para o normativismo. A interpretação jurídica é uma questão de **política**, não de **ciência**, e na “moldura” da dinâmica jurídica cabe(ria) qualquer conteúdo que convir ao intérprete.<sup>51</sup> Esse **realismo tropical** não compreende e, por isso, não supera realmente o positivismo. Mas, além de equivocado, ele também é perigoso, pois flexibiliza ao máximo e, assim, **desintegra e desestabiliza** o Direito em prol de fatores contingenciais – morais, sociais, políticos, ideológicos, econômicos etc. Um bom exemplo desse fenômeno é o do debate a respeito da possibilidade de execução da sentença condenatória antes de seu trânsito em julgado. Contra a mais evidente e clara dicção do texto constitucional (inciso LVII, artigo 5º, CFRB), parcela significativa da comunidade jurídica, incluindo diversos membros do Supremo Tribunal Federal, sob o pretexto de que estão em uma “cruzada contra a corrupção e a impunidade”, têm defendido

<sup>42</sup> MÜLLER, F. **Teoria estruturante do direito**, 2008.; DWORKIN, R. **Law as interpretation**, 1982, p. 179-200.

<sup>43</sup> PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **The new rhetoric: a treatise on argumentation**, 1969, p. 411-412.; ALEXI, R. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**, 2005.

<sup>44</sup> CARBONIER, J. **Derecho flexible**. Para una sociología no rigurosa del derecho, 1974.

<sup>45</sup> ZAGREBELSKY, G. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia, 1995.

<sup>46</sup> ARNAUD, A.-J.; FARINAS, M. J. **Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico**, 1996, p. 218-226, p. 270-328.

<sup>47</sup> BELLEY, J.-G. **Le droit soluble: contributions québécoises à l'étude de l'internormativité**, 1996.

<sup>48</sup> GONZÁLEZ, J. C. **Direito curvo**, 2013, p. 29-30.

<sup>49</sup> BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, 2016, p. 13-100.

<sup>50</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, 2020, p. 338-341.

<sup>51</sup> Vide o capítulo VIII, de KELSEN, H. **Teoria pura do direito**, 2009.

a possibilidade da execução automática da pena após a condenação em segunda instância, ainda que não esgotados todos os recursos cabíveis contra a decisão.

As constituições brasileiras anteriores à CRFB de 1988 não previam expressamente a presunção de inocência, muito menos a elencavam como direito fundamental. A aplicação da regra poderia até decorrer da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pelo Brasil, em 1948, mas a ausência de uma teoria do controle de convencionalidade permitia que os artigos 594 e 637, do Código de Processo Penal, os quais determinavam que os recursos extraordinários não tinham efeito suspensivo, e condicionavam o direito de apelar ao recolhimento à prisão do réu condenado em primeira instância, sobrepujassem-se aos tratados internacionais.

Mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, o entendimento predominante, referendado pelo Supremo Tribunal Federal, em evidente resistência à força normativa da Constituição, era o de que os recursos extraordinários não possuem efeito suspensivo e, logo, não poderiam obstar a execução das penas. O artigo 637, do Código de Processo Penal se sobrepunha ao preceito constitucional (HC nº 68.726, rel. Ministro Néri da Silveira, julgamento em 28 de junho de 1991).

Essa compreensão mudou quando o plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do HC 84.078/MG, realizado em 5 de fevereiro de 2009, decidiu, por sete votos a quatro, que o princípio da presunção de inocência se mostrava incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação. Na oportunidade, o relator em seu voto consignou, conforme a própria ementa do julgado, que:

A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal.<sup>52</sup>

Em 2016, no HC nº 126.292 o mesmo Tribunal voltou a alterar a jurisprudência a fim de permitir a execução penal antecipada, ripristinando a interpretação do ordenamento jurídico vigente antes de 1988, e que remonta ao contexto jurídico-político do Estado Novo, que nos legou o Código de Processo Penal. Para os ministros Teori Zavascki e Edson Fachin,

[...] os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória (Ministro Teori Zavascki).<sup>53</sup>

[...] na linha do que muito bem sustentou o eminente Ministro Teori Zavascki, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível

<sup>52</sup> BRASIL. **Habeas Corpus nº 84.078/MG**, [2010].

<sup>53</sup> BRASIL. **Habeas Corpus nº 126.929/SP**, [2016], p. 6.

iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu (Edson Fachin).<sup>54</sup>

O ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, consignou que “a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio sujeito à ponderação” (voto Barroso, HC 126.292, p. 11), e a possibilidade de execução das penas antes do trânsito em julgado estaria amparada por motivos **pragmático-políticos**: (i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal; (ii) a redução da seletividade do sistema penal; e (iii) a quebra do paradigma de impunidade (HC 126.292, p. 24-25).

Contra essa **flexibilização interpretativa** da presunção de inocência, algumas vezes vencidas, tidas como intransigentes, ou até mesmo, “positivistas”, não conseguiram “ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, cujo enunciado determina que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado”,<sup>55</sup> nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do HC nº 126.929-SP. O entendimento do Tribunal foi alterado novamente na ocasião do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, em fins de 2019, ocasião em que se decidiu – por maioria de votos, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, os quais a julgavam parcialmente procedente para dar **interpretação conforme a Constituição**<sup>56</sup> – que:

Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.

Ante estas inúmeras reviravoltas da hermenêutica constitucional, o cidadão brasileiro, que é também um intérprete legítimo da Constituição,<sup>57</sup> sente-se **mareado em terra firme**, como os personagens e leitores de Kafka. E para piorar o quadro, a discussão acerca do alcance e dos limites do preceito constitucional que consagra a presunção de inocência está longe de terminar. O então presidente do STF, Ministro Luiz Fux, um dos vencidos nas ADC's, em entrevista à Revista *Veja* declarou que “não está em paz com a questão”, e diversos projetos de lei e de emenda constitucional buscando possibilitar a execução de penas antes do trânsito em julgado dos éditos condenatórios tramitam no Congresso.

<sup>54</sup> BRASIL. **Habeas Corpus nº 126.929/SP**, [2016], p. 2.

<sup>55</sup> Voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do habeas corpus nº 126.929-SP.

<sup>56</sup> Para mais detalhes sobre esse instrumento de hermenêutica constitucional, vide HÄBERLE, P. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição, 1997, p. 19 e ss.

<sup>57</sup> HÄBERLE, P. *Op. cit.*.

### 3. A LIÇÃO DE KAFKA

Conforme aponta Modesto Carone, em posfácio a **O Processo**,<sup>58</sup> na época em que redigia o romance, acompanhou com interesse vários processos famosos, que “lhe proporcionaram uma oportunidade para ver um pouco atrás da fachada de respeitabilidade burguesa da sua cidade e do seu tempo”. Dentre eles, o de um deputado acusado de espionagem e condenado pela opinião pública antes mesmo do pronunciamento judicial a respeito do caso. Esse processo, sugere Carone, pode ter sido uma influência criativa determinante naquele que seria considerado o romance mais importante do século XX. Retomando o que foi dito alhures, Kafka “desloucha a aparência aparentemente normal do nosso mundo louco, para tornar visível sua loucura”.<sup>59</sup> O método é o mesmo da ciência moderna: remeter o objeto de estudo “a uma situação artificial – experimental – para tocar no cerne da realidade”. Para Kafka, a Literatura é laboratório sociocultural. Nesse sentido, a obra literária de Kafka nos ajuda a compreender a complexa, e, por vezes, impopular tarefa que é interpretar os textos jurídicos. Através dos textos kafkianos, tomamos exemplos de intransigência hermenêutica, de resistência contra a flexibilização infinita do Direito, que nos são caras, sobretudo em tempos de crise. A leitura que fazem os protagonistas kafkianos do mundo ao seu redor, a experiência do leitor da obra de Kafka, e a daquele que se coloca **diante da lei** para interpretá-la é a mesma, e, por isso, a leitura e o estudo de Kafka, que era jurista, e que encarna os paradoxos da hermenêutica moderna, é tão importante.<sup>60</sup> Duas passagens de **O Processo** ajudam a ilustrar a tese deste ensaio. A primeira se dá no capítulo XI, **O tio. Leni. K.**, acompanhado de seu tio, vai se consultar com um advogado, que está acamado por uma doença do coração. Lá, conhece a enfermeira Leni, que o distrai enquanto tio e advogado o aguardam em outra sala. Poucos antes, Leni menciona que foi informada do caráter de K.:

– Não é esse o erro que você comete – declarou Leni. – Segundo me informei, você é excessivamente inflexível. – Quem lhe disse isso? – perguntou K., que nesse momento sentiu junto ao seu peito o corpo da jovem; ficou um instante contemplando seu abundante cabelo escuro firmemente preso. – Seria dizer-lhe muito – respondeu Leni. – Rogo-lhe que você não me pergunte nomes. Limite-se a corrigir seus erros; não seja tão inflexível porque ninguém pode defender-se contra esta justiça; é preciso confessar tudo. Não deixe portanto de fazer uma confissão na próxima oportunidade que se apresente; apenas depois ser-lhe-á dada a possibilidade de escapar-se, apenas depois. Contudo, tampouco isso é possível sem a ajuda alheia; mas não precisa preocupar-se a esse respeito porque eu mesma lhe prestarei essa ajuda. – Vejo que você sabe muitas coisas desta justiça e das fraudes que é necessário utilizar obrigatoriamente aqui – disse K., erguendo-a e sentando-a em seu colo, pois que a jovem se apertava excessivamente contra ele. – Assim está bem – retrucou Leni, endireitando-se sobre os joelhos de K. enquanto alisava o guarda-pó e a

<sup>58</sup> KAFKA, F. **O Processo**, 2003, p. 248-247.

<sup>59</sup> ANDERS, G. *Op. cit.*, p. 15-16.

<sup>60</sup> TRINDADE, A. K. **Kafka e os paradoxos do direito**: da ficção à realidade, 2012, p. 20.

blusa. Depois, abraçando-se ao pescoço de K. com ambas as mãos e atirando sua cabeça para trás, olhou-o longamente. – E se não confessar, você não me poderá ajudar? – perguntou K., procurando tomar conhecimento da verdadeira situação. [...] – Não – respondeu; Leni, movendo lentamente a cabeça –; não podia ajudá-lo. Mas você de modo algum deseja a minha ajuda. Ela não lhe interessa; você é obstinado e não se deixa persuadir por ninguém.<sup>61</sup>

Apesar da **obstinação** e **inflexibilidade** atribuídas a K., o protagonista logo passa a se deixar seduzir cada vez mais pelos funcionários e auxiliares do tribunal que o processa. A princípio, quando é detido em seu quarto no primeiro capítulo, o protagonista acredita que tudo não passa de uma brincadeira de seus colegas do banco, que ele vivia em um estado de direito e que, assim, nada poderia dar errado.

Mas, no decorrer da narrativa, K. passa a flexibilizar suas convicções a respeito do que é um devido processo legal – algo em que ele acredita no primeiro capítulo – a ponto de, ao final do romance, aceitar de bom grado sua execução. O grande pecado de K., poderíamos afirmar, foi não ter se mantido fiel às primeiras impressões que teve de sua situação. Sua intransigência e rebeldia ante seu processo, tão bem demonstrada frente ao juiz de instrução quando do primeiro interrogatório, aos poucos vai dando lugar à disposição para negociar e flexibilizar suas crenças e valores mais valiosos.

Isso fica bastante evidente no capítulo IX, **Na Catedral**. Neste trecho está situada a parábola **Diante da Lei**, uma das preferidas de Kafka, que é considerada o **centro nervoso** do romance, contada pelo capelão da igreja ao protagonista, para alertá-lo que ele se engana quanto ao tipo de justiça com que está lidando. A conhecida parábola relata a história de um homem do campo que pede para entrar na Lei, mas é advertido pelo guarda de que naquele momento não poderia entrar, que a tentativa de ignorar seu conselho não seria bem-sucedida, pois além dele, outros (infinitos) guardas, mais fortes, de outras (infinitas) portas, estavam o esperando. Convencido, o homem espera pela oportunidade que nunca chega. Tenta subornar o guarda e até mesmo as pulgas de seu casaco. Até que, em seu leito de morte, ouve que aquela entrada era destinada apenas e tão somente a ele.

A própria parábola é um alerta contra a flexibilidade interpretativa. O guarda acaba por convencer o homem do campo de que qualquer tentativa de entrar na Lei é vã, e isso o impede de atingir seu objetivo. O homem do campo se deixa distrair pelos obstáculos que lhe aparecem no caminho. Contudo, o ponto alto da narrativa se dá com o debate entre K. e o capelão acerca do **sentido** da parábola.

Para K., que acabara de ouvir a história, “o guarda enganou o homem”. O capelão, no entanto, pede que K. não tire conclusões precipitadas, e se “atenha ao texto”. Entretanto, a partir de então, o capelão apresenta inúmeras interpretações da parábola, cada uma com uma conclusão distinta, e que se distanciam mais e mais da interpretação de K., e do próprio texto

---

<sup>61</sup> KAFKA, Franz. *Op. cit.*, p. 105.

da parábola.<sup>62</sup> Conforme nota Jurgen Born,<sup>63</sup> o homem do campo, que durante tantos anos de espera observou constantemente o primeiro porteiro, agora se esquece do que está dentro das portas da Lei. Ele passa a considerar o guarda como o único obstáculo para sua entrada na Lei. Este é um fator psicológico significativo. Como um hipnotizado, ele se atira ao primeiro porteiro, perdendo cada vez mais perspectiva, assim como Josef K. no Processo. Antes de o homem do campo chegar à entrada, ele obviamente acreditava que a Lei era “acessível a todos em todos os momentos”. O aparecimento do porteiro e a troca verbal que se seguiu entre eles desencadeou um processo psicológico no qual essa ideia (ou crença) desaparece por etapas. Em outras palavras, **faltou intransigência ao homem do campo**, que não se ateu ao seu *insight* interpretativo segundo o qual **a porta da lei deveria ser acessível para todos**, que é o seu primeiro *insight* interpretativo. O homem do campo logo desiste dessa noção, que é partilhada pelo leitor do romance. Do mesmo modo, Joseph K. perde-se totalmente no desenvolvimento da exegese do pá-roco e, finalmente, fica “muito cansado para examinar todas as conclusões decorrentes da história”. A derrota hermenêutica do protagonista culmina, no próximo capítulo, na sua execução consentida.

Assim, podemos concluir que a lição de Kafka aos juristas, no que tange à hermenêutica, é a mesma de Gadamer: “não há nada a aprimorar em uma ordem terminante que exija obediência, ou em um enunciado unívoco cujo sentido já esteja estabelecido”.<sup>64</sup> *Mutatis mutandis*, não há nada a aprimorar em uma cláusula pétrea garantidora de direito fundamental inscrita no texto constitucional que condiciona a execução de penas ao trânsito em julgado do édito condenatório. Duas objeções a essa conclusão poderiam ser feitas. A primeira seria a de que, segundo a hermenêutica filosófica, a interpretação é parte indissociável da compreensão e aplicação dos textos. Somos condenados a interpretar mesmo a inscrição mais “clara”. Assim, a conclusão invocaria o brocardo *in claris cessat interpretatio*,<sup>65</sup> incompatível com o estado da arte das pesquisas em hermenêutica e com a própria natureza das ficções kafkianas. Mas essa objeção perde de vista o objetivo da tese aqui exposta. Não se trata de afirmar que existem situações em que não precisamos interpretar os textos jurídicos. Antes, o que tanto o universo ficcional kafkiano quanto a hermenêutica filosófica apontam é para o caráter (in) finito da interpretação, tarefa que é de responsabilidade do leitor, não do autor, nem do texto. E essa responsabilidade requer **coragem** e boa vontade, sobretudo para resistir à tentação de a(du)lterar o sentido do texto conforme a conveniência da ocasião. O fato de que somos condenados, *a la* Sísifo, a interpretar, e a noção de que os textos são inexoravelmente polissêmicos, não contrariam necessariamente a conclusão deste ensaio, segundo a qual, por vezes, a intransigência interpretativa tem seus méritos. Ao invés de resistir ao relativismo e ao desespero, atendo-se às suas convicções e não dando ouvidos ao guarda, o homem do campo poderia ter encontrado o que procurava e era mesmo destinado somente a ele. O fato de existirem

<sup>62</sup> KAFKA, Franz. *Op. cit.*, p. 200.

<sup>63</sup> BORN, J. **Kafka's Parable “Before the Law”**: Reflections towards a Positive Interpretation. 1970, p. 153-162, p. 155-156.

<sup>64</sup> GADAMER, H.-G. **Estética y hermenêutica**, 2006, p. 76.

<sup>65</sup> Literalmente significa **em coisas claras cessa a exegese**.



infinitas interpretações, infinitas portas, infinitos guardas, não nos desautoriza a buscar a melhor interpretação do mundo, ou então a refutar as incorretas.

A segunda objeção diz respeito ao tratamento dado à presunção de inocência dado pelo Supremo Tribunal Federal. Poder-se-ia argumentar que ao repristinar, em 2016, no HC 126.929, entendimento antigo da Corte a respeito da possibilidade de execução de penas antes do trânsito em julgado da condenação, o Tribunal agiu conforme a lição de Kafka. Teria “voltado atrás” na sua mudança de entendimento e tomado o partido da intransigência interpretativa aqui defendida, mantendo uma tradição semântica nutrida historicamente pela jurisprudência nacional.

Essa objeção, por sua vez, perde de vista a *revolução copernicana* operada pela Constituição de 1988 na teoria do Estado e do Direito, promovendo uma ruptura com o paradigma liberal-autoritário-individualista de compreensão, interpretação e aplicação das normas jurídicas. Seu amplo rol de direitos e garantias fundamentais expressa o compromisso firmado pela sociedade brasileira com as promessas não cumpridas da modernidade, vinculando todo o ordenamento jurídico e a estrutura estatal ao texto constitucional.<sup>66</sup> Após tal ruptura, todos os enunciados normativos que compõem o *corpus juris* nacional devem passar por uma espécie de **filtragem constitucional**, sobretudo aqueles criados antes de 1988. E, assim, interpretações que privilegiam dispositivos do Código de Processo Penal em detrimento de comandos expressos e claros da constituição são ilegais e ilegítimas na medida em que resistem ao paradigma do Estado Democrático de Direito, e resistem **flexibilizando** o texto constitucional casuisticamente. Nesse sentido, a dicotomia entre progressistas/desconstrucionistas e conservadores/hermeneutas é apenas aparente.

É como afirma Richard Weisberg,<sup>67</sup> ao abordar criticamente a hermenêutica constitucional norte-americana: na verdade, o caso **Brown**, onde se decidiu que a segregação racial nas escolas é inconstitucional, não foi um caso de **inovação interpretativa** da constituição, mas antes a restauração do sentido original que o texto da Carta mantinha, e que fora distorcido há cinquenta anos atrás no julgamento do caso **Plessy**, responsável pela expressão *separate, but equal*, que legitimou a segregação racial no país.

No mesmo sentido de Weisberg, poderíamos concluir que, sendo a Constituição Federal de 1988 a primeira Constituição democraticamente promulgada na nossa história, representando ela o compromisso da sociedade brasileira com o Estado Democrático de Direito e com as promessas de liberdade, igualdade e fraternidade não cumpridas em um país com uma história como a nossa, a reverência intransigente ao seu texto é a atitude mais revolucionária e progressista que se pode assumir.

As tentativas de flexibilizar o texto constitucional, sobretudo por necessidades políticas, econômicas, moralistas, todas elas emergentes, por sua vez, constituem retrocessos que podem custar anos para serem reparados. Sobre esses perigos, Kafka, quem prenunciou os horrores dos regimes totalitários, tendo sua própria família como vítimas do nacional-socialismo, já havia nos alertado, sob a forma aforística: “todos os erros humanos são

<sup>66</sup> STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**, 2013, p. 57.

<sup>67</sup> WEISBERG, R. H. *Op. Cit.*, p. 139.

impaciência, uma ruptura precoce do que é metódico, uma aparente implantação daquilo que é aparente”.<sup>68</sup>

## CONCLUSÃO

Como a toupeira que protagoniza **A Construção**, Kafka torna visíveis os abismos diante dos quais a comunidade epistêmica do direito deve elaborar uma autorreflexão coletiva, a respeito da sua fundação social e do conteúdo de suas normas e decisões, dada a falta de critérios transcendentais para a compreensão, interpretação e aplicação da lei positiva, que somente é posta como norma jurídica por meio da decisão.<sup>69</sup> Sempre há o risco de se ter tomado o caminho errado.

Em **Fábula Curta**, o rato acaba sendo devorado porque abandona – por medo da ratoeira – seu curso. Caso não tivesse dado uma guinada de rumo, poderia ter, ao menos, atrasado seu trágico destino. A flexibilização de nossas interpretações do mundo, sobretudo quando estamos lidando com conceitos e princípios arraigados na tradição, amiúde, no mesmo sentido, gera efeitos catastróficos.

Foi isso o que aconteceu na Europa poucos anos após a morte precoce de Kafka. Não foi sob o apego à letra da lei, mas antes, por meio da sua infinita **flexibilização**, que o regime nazista perpetrou sua barbárie, sendo imitados em regiões ocupadas da França e Inglaterra, lugares em que as leis antisemitas chegaram a atingir uma efetividade sequer esperada pelo partido nacional-socialista.

Através do universo ficcional kafkiano, o presente ensaio buscou demonstrar que a reverência ao texto e às intenções dos constituintes não contradiz necessariamente a noção de que com o passar do tempo e das gerações a Constituição deva se adaptar à realidade e às novas tecnologias. Pelo contrário, o afastamento infinito do texto e das tradições semânticas pregado pelas doutrinas “antitextualistas” podem nos custar décadas de trabalho duro para restaurar o que deveria ter sido o seu sentido original. A luta pela possibilidade da execução provisória das sentenças penais condenatórias é um claro exemplo de tentativa de **flexibilizar** o texto constitucional sob a influência de um **estado de crise**, que, real ou imaginário, não será remediado pelo afastamento interpretativo do nosso texto fundante.

Na verdade, o voto do Ministro Eros Grau, em 2009, os votos dissidentes do acórdão do habeas corpus nº 126.929, e os votos prevaletentes no julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54 não desviaram a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal da – sua melhor – tradição. Eles trataram de restaurar a constitucionalidade do processo penal, resgatando uma tradição interpretativa que se gestou na redemocratização, mas foi logo abandonada por posturas emergenciais. Foram intransigentes, ao invés de flexíveis. E essa atitude foi acertada, sobretudo do único ponto de vista que nos interessa, ou que deveria nos interessar, o jurídico.

<sup>68</sup> KAFKA, F. **Aforismos**, 2011, p. 189.

<sup>69</sup> TEUBNER, G. **O Direito diante de sua Lei**: sobre a (im)possibilidade de autorreflexão coletiva da modernidade jurídica, 2016, p. 697.

## REFERÊNCIAS

- ADORNO, T. **Prismas**: crítica cultural e sociedade. São Paulo: Ática, 1998.
- \_\_\_\_\_. Posição do Narrador no Romance Contemporâneo. In: \_\_\_\_\_. **Notas de Literatura I**. Tradução: Jorge Almeida. São Paulo: Duas Cidades; Ed. 34, 2003.
- ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.
- ANDERS, G. **Kafka**: pró e contra; os autos do processo. São Paulo: Cosac Naify, 2007.
- ARNAUD, A-J; FARINAS, M. J. **Sistemas jurídicos**: elementos para un análisis sociológico. Madrid: Universidad Carlos III / BOE, 1996. p. 218-226; 270-328.
- ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. Dejemos atrás el positivismo jurídico. **Isonomía**, [s.l.], n. 27, p. 7-28, 2007.
- ÁVILA, H. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 8 dez. 2020.
- BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista De Direito Administrativo**, [s. l.], v. 240, p. 1-42, abr. 2005.
- BELLEJ, J.-G. **Le droit soluble**: contributions québécoises à l'étude de l'internormativité. Paris: LGDJ, 1996.
- BENJAMIN, W. Carta a Gershom Scholem. Tradução: Modesto Carone. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 35, mar. 1993.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078/MG**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2010]. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173893/false>>. Acesso em: 19 fev. 2021.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.929/SP**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2016]. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>>. Acesso em: 19 fev. 2021, p. 6.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.929/SP**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2016]. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>>. Acesso em: 19 fev. 2021, p. 2.
- BORGES, J. L. **Obras Completas**. São Paulo: Editora Globo, 2001. vol. 4.
- BORN, J. Kafka's Parable “Before the Law”: Reflections towards a Positive Interpretation. **Mosaic: A Journal for the Interdisciplinary Study of Literature**, v. 3, n. 4, p. 153-162, 1970.
- CARBONIER, J. **Derecho flexible**. Para una sociología no rigurosa del derecho. Madrid: Tecnos, 1974.
- CARONE, M. **Lição de Kafka**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

- \_\_\_\_\_. O realismo de Franz Kafka. **Novos estudos CEBRAP**, n. 80, p. 197-203, 2008.
- CARPEAUX, O. M. A linguagem de Kafka, **O Jornal**, Rio de Janeiro, 27 jan. 1944, p. 7.
- CERQUEIRA, N. **Hermenêutica & Literatura**. 1. ed. Salvador: CARA, 2003.
- CORNGOLD, S. Kafka and the Ministry of Writing. In: CORNGOLD, S.; GREENBERG, J.; WAGNER, B. **Franz Kafka: the office writings**. New Jersey: Princeton University Press, 2009. p. 1-18.
- COVER, R. Nomos e narração. **Anamorphosis: Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 2, n. 2, p. 187-268, 2016.
- DE CHUEIRI, V. K. Shakespeare e o direito. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 41, n. 0, p. 59-83, 2004.
- DWORKIN, R. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. Law as interpretation. **Critical Inquiry**, v. 9, n. 1, p. 179-200, 1982.
- ECO, U. **Obra aberta: forma e indeterminação nas poéticas contemporâneas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2016.
- \_\_\_\_\_. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2004.
- FISCHER, S. R. **História da Leitura**. Tradução: Cláudia Freire. São Paulo: Editora Unesp, 2006.
- GADAMER, H.-G.. **Estética y hermenêutica**. Madrid: Tecnos, 2006.
- \_\_\_\_\_. **The relevance of the beautiful and other essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- \_\_\_\_\_. **Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Nova rev. da trad. por Enio Paulo Giachini e Marcia Sá Cavalcante-Schuback. São Paulo: Vozes, 2003.
- GODOY, A. S. de M. **Direito & Literatura: ensaio de síntese teórica**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- GONZÁLEZ, J. C. Constitutional law en clave de teoría literaria: Una guía de Campo para el estudio. **Dikaiosyne**, [s.l.], v. 13, n. 25, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Direito curvo**. Porto Alegre: Livraria Do Advogado Editora, 2013. p. 29-30
- \_\_\_\_\_. Subsidios para una historia de la cultura literaria del derecho en Brasil: Francisco de Oliveira e Silva [1897-1989]. **Anamorphosis: Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 5, n. 2, p. 613-655, 2019.
- GRAY, R. T. et. al. **A Franz Kafka Encyclopedia**. Santa Barbara: Greenwood Publishing Group, 2005.
- HÄBERLE, P. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

KAFKA, F. Aforismos. In: \_\_\_\_\_. **Essencial Franz Kafka**. Tradução: Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

\_\_\_\_\_. **O Processo**. Tradução: Modesto Carone. Rio de Janeiro: O Globo, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Desaparecido ou Amerika**. São Paulo: Editora 34, 2003.

KARAM, H. O direito na contramão da literatura: a criação no paradigma contemporâneo. **Revista eletrônica do curso de Direito da UFSM**, v. 12, n. 3, p. 1022-1043, 2017.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LARUE, L. H. **Constitutional law as fiction: narrative in the rhetoric of authority**. University Park: Penn State Press, 2010.

LUKÁCS, G. **Franz Kafka oder Thomas Mann**. Realismo crítico hoje. Brasília: Coordenadora Editora de Brasília, 1969.

MÜLLER, F. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, M. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, B. B. C. de. Crítica e interpretação: aproximando Benjamin e Gadamer. **Natureza Humana**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 129-146, jun. 2008.

OLIVO, L. C. C. de. **O estudo do direito através da literatura**. Tubarão: Studium, 2013.

PAIXÃO, C.; MECCARELLI, M. Constituent power and constitution-making process in Brazil: concepts, themes, problems. **Giornale di Storia Costituzionale**, Macerata, v. 2, p. 40, 2020.

PEDRA, A. S. **O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **The new rhetoric: a treatise on argumentation**. Tradução: John Wilkinson e Purcell Weaver. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1969. p. 190, p. 411-12;

ROSENDORFER, H. Sobre justiça e literatura. In: KOHLER, P.; SCHAEFER, T. **O direito pelo avesso: uma antologia jurídica alternativa**. Tradução: Glória Paschoal de Camargo. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001. p. 335-345.

SCHWARTZ, G. **A Constituição, a Literatura e o Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, V. A. da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In: SILVA, V. A. da. (Org.) **Interpretação Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 115-144.

STRECK, L. L. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TAVARES, A. R. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEUBNER, G. O Direito diante de sua Lei: sobre a (im)possibilidade de autorreflexão coletiva da modernidade jurídica. **University of Brasília Law Journal (Direito. UnB)**, v. 1, n. 1, p. 697, 2016.

TRINDADE, A. K.; BERNST, L. G. O estudo do “direito e literatura” no Brasil: surgimento, evolução e expansão. **Anamorphosis - Revista Internacional de Direito e Literatura**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 225-257, 2017.

\_\_\_\_\_. Kafka e os paradoxos do direito: da ficção à realidade. **Revista diálogos do direito**, [s.l.], v. 2, n. 2, p.137-159, 2012.

VESPAZIANI, A. O poder da linguagem e as narrativas processuais. **Anamorphosis - Revista Internacional de Direito e Literatura**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69-84, 2015.

WEISBERG, R. H. **In praise of intransigence: the perils of flexibility**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

WHITE, J. B. **The legal imagination**. Chicago: University of Chicago Press, 1985.

ZAGREBELSKY, G. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. [s.l.]: Trota S.A.,1995.