

## O DISCURSO DAS DECISÕES A PARTIR DA ANÁLISE DAS OBRAS O PROCESSO E COLÔNIA PENAL, DE FRANZ KAFKA<sup>1</sup>

ANGELA ARAÚJO DA SILVEIRA ESPINDOLA<sup>2</sup>  
MILIANE DOS SANTOS FANTONELLI<sup>3</sup>

**RESUMO:** O Direito contemporâneo tem sido pensado de forma crítica, isto é, analisado para que se possa compreendê-lo em sua completude. Não raro, a hermenêutica tem atuado como “método” de estudo da estrutura das decisões e têm se mostrado de suma importância enquanto “visão de mundo” capaz de provocar um alargamento da mentalidade daqueles que aplicam o direito ou querem compreendê-lo para então aplicá-lo. Sob o paradigma hermenêutico e visando alternativas possíveis para o problema do direito, fez-se um estudo acerca das obras *O processo* (1925) e *Na colônia penal* (1914), de Franz Kafka. Elas questionam, justamente, o positivismo jurídico, colocando em cheque o paradigma dominante. Com isso, a arbitrariedade é interpelada, gerando uma reflexão sobre qual fundamentação estão calcadas as decisões judiciais. Em síntese, o presente trabalho tem por finalidade fazer a ligação entre a crítica que se faz ao tipo de justiça que é levado às pessoas, com as obras do escritor tcheco, as quais também abordam sobre os excessos do judiciário – fator que muito compromete as práticas forenses e deslegitimam o próprio direito.

**PALAVRAS CHAVE:** discurso; *Na colônia penal*; *O processo*.

---

<sup>1</sup> Reflexões vinculadas ao Projeto de Pesquisa “A refundação da jurisdição e a multidimensionabilidade da sustentabilidade”, iniciado em 05/08/2014, com fomento do PROBIC/CNPq/UFSM.

<sup>2</sup> Doutora e Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Escola de Direito da IMED. Professora Adjunta do Departamento de Direito e Professora Colaboradora do Programa de Pós Graduação em Direito (UFSM). Vice-presidente da Associação Brasileira do Ensino do Direito (ABEDi). Membro fundador da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Advogada.

<sup>3</sup> Bolsista de iniciação científica PROBIC/CNPq. Graduanda em Direito (2º semestre) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

## 1 INTRODUÇÃO

Diante da questão sobre o politicamente “justo” em confronto com a questão sobre o moralmente “bom”, tornou-se relevante analisar os preceitos que norteiam as decisões judiciais.

Com isso faz-se a interligação entre dois temas de estudo das ciências jurídicas e sociais: a ideia de justiça e de como ela é colocada em prática na esfera do judiciário. O intuito dessa linha de aproximação é aprofundar conhecimentos em uma atividade importante da filosofia do direito, a ideia de justiça e, se um ideal pode influenciar nas práticas forenses.

As escolhas e as decisões jurídicas não devem ser reflexas de contingências moralmente arbitrárias. Em outras palavras, inspirando-se na concepção Kantiana de autonomia, as ações praticadas sob a luz dos valores morais não são realmente autônomas.

Dessa forma, reconhecer a ideia de justiça que paira sobre o mundo jurídico revela-se imprescindível, a fim de que seja possível articular meios que minimizem uma característica inata ao homem: ser tendencioso, na medida em que não consegue ser imparcial e definir princípios e virtudes para todos sem favorecer a si próprio, ou os seus entes e pares.

Como metodologia adotada para o desenvolvimento do trabalho foi utilizado em primeiro plano o método de abordagem dialético, de forma a analisar quais ideias abarcam a palavra justiça, em contraponto com a sua aplicabilidade nas decisões judiciais. Em segundo plano, foram os utilizados os métodos de procedimento tipológico e o monográfico, a fim de se estabelecer um “tipo” de justiça, para consecutivo estudo de caso das obras *O processo* e *Na colônia penal*, de Franz Kafka. Como técnicas de pesquisa, bibliográfica - livros e artigos – e, também, o recurso da técnica documental – jurisprudências.

## 2 O PARADIGMA DA JURISDIÇÃO REVISTO POR “O PROCESSO”, DE FRANZ KAFKA

Existem vários dispositivos que versam sobre a qualidade essencial das decisões judiciais exporem uma fundamentação adequada e cabível ao caso que se trata. A saber, o Código de Processo Civil Brasileiro, atual, alude a esse assunto, em, pelo menos, dois artigos e a Constituição Federal do Brasil, em, pelo menos, um:

Art. 131 do Código de Processo Civil – O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formam o convencimento.

Art. 165 do Código de Processo Civil – As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Art. 93, IX da Constituição Federal – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicas, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente estes.

Embora conste na legislação que deve haver um respaldo doutrinário no que tange as decisões judiciais, ainda existe a carência de critérios para que se defina justiça, no caso concreto – sobretudo – quando se possibilita a arbitrariedade e o decisionismo. É, justamente, essa debilidade da falta de fundamentação, a qual pode ser definida como um paradigma ético da decisão, que ocasiona os mais diversos tipos de iniquidades.

Em um paralelo, *O processo*, de Franz Kafka, o qual aborda, justamente, a história de Josef K. , que é processado sem saber a causa pela qual isso é feito. O personagem principal procura, dessa forma, durante toda a obra saber quem estava o acusando e que lei estaria infringindo. Sem êxito e já desacreditado pede para que dois senhores o matassem.

Essa obra critica diretamente o Judiciário por usar o seu poder de forma abusiva e arbitrária. Apesar de estar conectada a um contexto de constantes lutas pelo poder, durante a I Guerra Mundial, o texto de Kafka demonstra-se extremamente contemporâneo, pois contempla discussões como o ativismo judicial. Isto é, o

questionamento da pro atividade dos magistrados – pro atividade com uma conotação negativa – em que, como no caso brasileiro, devido ao ordenamento jurídico propiciar que as leis infraconstitucionais sejam interpretadas à luz da Constituição compromete – ainda mais – as práticas forenses, pois abre margem para esse tipo de postura, subjugando não só os dispositivos que lei coloca, mas também princípios básicos do processo, como o da imparcialidade do Juiz.

Não raro, analisando sob uma ótica que tange ao tipo de justiça, a justiça que estava julgando K. revela-se diversa, mesmo que apresente juízes e tribunais. Quer dizer, a “justiça” que é imposta a ele, é tal que se sobrepõe a tudo. Conforme Michael Sandel<sup>4</sup>, cientista político e Professor da Universidade de Harvard, Estados Unidos, demonstra-se primordial saber as diferentes noções sobre o que é justo e o que é certo, visto que afetam diretamente a vida de uma sociedade, gerando consequências na ponderação sobre possíveis soluções para conflitos, que assolam a natureza humana e a vida cívica hodierna, tais como: união entre casais homossexuais, cotas nas universidades, aborto e, nesse caso, na vida de Josef K.

Para saber se uma sociedade é justa, basta perguntar como ela distribui as coisas que valoriza – renda e riqueza, deveres e direitos, poderes e oportunidades, cargos e honrarias. Uma sociedade justa distribui esses bens de maneira correta; ela dá a cada indivíduo o que lhe é devido. As perguntas difíceis começam quando indagamos o que é devido às pessoas e por quê<sup>5</sup>.

Outrossim, Castanheira Neves<sup>6</sup>, por exemplo, critica a concepção funcional do Direito, pois dessa forma deixaria o Direito de ser uma normatividade de garantia, axiologia ou sistema de validades materiais pressupostos, para converter-se em um instrumento relativizado, a posteriori . Isso significa dizer, que ao delegar o poder de “criar leis” ao Judiciário – poder originariamente do Legislativo – tem-se o risco de um Direito volátil, em que a sua flexibilidade é tamanha que na tentativa de sempre

---

<sup>4</sup> SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

<sup>5</sup> Id., ib., p. 28.

<sup>6</sup> NEVES, A. C. *A crise actual da filosofia de direito no contexto global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra, 2003.

moldar-se ao caso específico, retorna ao estado quo inicial, o qual não existe um Estado de Direito e sim árbitros que fazem justiça de acordo com os interesses e condutas que lhes convém.

Em suma, a questão do embasamento das decisões, bem como o poder indiscriminado do Judiciário revelam-se pautas nitidamente presentes na obra *O processo*. De forma que não apenas instigue o conhecimento e o questionamento sobre determinados comportamentos nas práticas forenses, mas – sobretudo – ilustre, de forma lúdica, um debate que muito engrandece um Estado Democrático de Direito.

### **3 A ESTIGMATIZAÇÃO DO JULGAMENTO DENUNCIADO POR NA COLÔNIA PENAL, DE FRANZ KAFKA**

O caráter das decisões, bem como sua fundamentação passou por várias fases, de acordo e em concordância com o momento histórico. Isto é, este ou aquele argumento seria mais ou menos conveniente dependendo muito dos padrões da época. A forma de punição e o motivo da sua aplicação não seriam diferentes, mudando, dessa forma, também com o passar dos anos.

Com as ideias iluministas e as Revoluções do século XVIII, a punição foi pensada a fim de torna-la mais humana. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, por exemplo, foi vital para que isso se concretizasse. Porém, não só a realidade contemporânea é desconforme, mas em outros momentos da história as penas assumiam, propriamente, um caráter de tortura e de um desejo peculiar do ser humano, que é a vingança.

Não raro, a obra *Na colônia penal*, de Franz Kafka, faz uma crítica à forma como é feito o julgamento, bem como o sistema punitivo. Tal sistema é abordado por meio de uma máquina formada de três partes, com duas camadas retangulares, um chamado cama, outro chamado desenhador. Uma espécie de “tatuador” com agulha de aço de grandes dimensões que escrevia na carne da vítima qualquer frase. Então, o livro pauta além de uma forma de punição extremamente perversa e nociva, o abuso de poder dos

Oficiais, já que eram eles próprios que julgavam, não abrindo espaço, nem mesmo para o réu contra – argumentar, com a justificativa da lentidão do transcorrer do processo.

Essas formas de coerção, próprias do direito, são meios de demonstração de poder, e, por isso, devem ser tratados de maneira bastante cautelosa, para evitar arbitrariedades. Discussões como pena de morte, apedrejamento e chibatadas ainda são frequentes – mais do que deveriam – em muitos países. Significa dizer, então, que embora tenham sido angariadas algumas conquistas na humanização das penas, ainda há muito que evoluir e se libertar, verdadeiramente, das (pre) concepções.

O caráter despótico do Judiciário, também é analisado de forma pertinente na *Na colônia penal*. Isso porque retrata a burocracia e a, conseqüente, morosidade dos processos como fatores que contribuem para essa realidade. Além desse fator, que muito prejudica o andamento da máquina pública ao fazer uma aplicação mecânica e irrestrita do sistema, ele acarreta, também, ao necessitar de um significativo número de procedimentos, o desconhecimento, propriamente, do que deve ser feito, quando deve ser feito, que leis usar. Enfim, todo esse modelo gera uma complexidade – desnecessária – a qual apenas deteriora a credibilidade e a eficácia do Judiciário.

Pode-se dizer, então, que as decisões hoje necessitam, propriamente, de uma fundamentação razoável, a fim de preservar pessoas inocentes. Ainda que o sistema punitivo seja “educativo” é relevante refletir se tais medidas irão, realmente, efetuar a melhora do sujeito. Consoante Michel Foucault, no livro *Vigiar e punir*<sup>7</sup>, a prisão, principal meio repressivo da atualidade, por ser extremamente falha, acabava por provocar um número expressivo de reincidência. Comprova-se, infelizmente, essa teoria na realidade brasileira, por meio de pesquisas realizadas no Conselho Nacional de Justiça – CNJ – em que se verifica mais de 70% de reincidência entre os detentos.

As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplica-las ou transformá-las, a quantidade crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta. [...] A detenção provoca reincidência; depois de sair da prisão, têm-se mais chance que antes de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos. [...] A prisão, conseqüentemente, em

<sup>7</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 17<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Vozes. 1997.

vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes perigosos<sup>8</sup>.

Sinteticamente, *Na colônia penal*, menciona de forma significativa a magnitude do julgamento e da aplicação da pena, atentando para as arbitrariedades, despotismo e incontingências do Judiciário de toda a máquina pública em que está inserido. Vale, ainda, destacar que por meio dessa obra pode-se ter uma noção dos produtos de um sistema político corrompido.

#### 4 CONCLUSÃO

Destaca-se a discussão acerca do Ativismo Judicial. Questionando a postura proativa do Poder Judiciário, de forma a desvendar os aspectos positivos e negativos desse comportamento, bem como, de que modo influencia na prática forense, a fim de verificar se atua na Concretização, propriamente, dos Direitos.

Outrossim, também foi fruto dessa pesquisa a questão do Ativismo Judicial x Garantismo Processual. Isto é, ao passo que o Ativismo delega ao juiz um poder criativo que em última análise valoriza o compromisso constitucional da jurisdição, o Garantismo valoriza a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz – princípios basilares do processo. Embora seja uma discussão inovadora no Brasil, em países de colonização espanhola, na própria Espanha, Portugal e Itália tem se mostrado mais frequente.

Como último ponto expressivo, por meio das obras *O processo* e *Na colônia penal*, interpela-se, ainda mais, o sentido do direito e o sentido de justiça. Contrapõe-se o direito como instituição que promove o regramento da vida em sociedade com a ideia de que ele apenas consolida o que já está posto na coletividade. E no que tange à justiça, quais os parâmetros que definem, portanto, esse conceito.

---

<sup>8</sup> Id., ib., p. 251-252.

**REFERÊNCIAS**

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 17<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Vozes. 1997.

KAFKA, Franz. *O processo*. Rio de Janeiro: Globo, 2003.

KAFKA, Franz. *Na colônia penal*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

NEVES, A. C. *A crise actual da filosofia de direito no contexto global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra, 2003.

SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

STRECK, Lênio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VASCONCELLOS, Jorge. *CNJ recomenda expansão das APACs para a redução da reincidência criminal no país*. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28296-cnj-recomenda-expansao-das-apacs-para-a-reducao-da-reincidencia-criminal-no-pais>> Acesso em: 04 de nov. 2014.