

KAFKA E KELSEN: A LETRA K DE SEUS NOMES**KAFKA AND KELSEN: THE K LETTER OF THEIR NAMES****Guilherme Gonçalves Alcântara¹**

RESUMO: Dois judeus nascidos em Praga, o primeiro, em 1881, o segundo, em 1883. Um, o maior teórico do Direito do século XX, viveu quase cem anos; o outro, de vida breve, o maior escritor. Os dois formados em Direito. Mas enquanto tudo o que não fosse Literatura aborrecia Kafka, Kelsen dedicou sua vida à construção de uma teoria jurídica *pura*. Tanto Kelsen quanto Kafka experimentaram, cada um a seu modo, cada um em seu ofício, que as antigas fórmulas com as quais eles aprenderam a ver e representar o mundo não davam mais conta dele. Neste contexto, Kafka inventa um novo realismo literário, e Kelsen, um novo juspositivismo, qualificado como normativista. Este ensaio pretende traçar um panorama da vida e obra desses dois gigantes do século passado, em busca de confluências e divergências entre ambos, sob o prisma dos estudos e pesquisas em Direito e Literatura.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, Kafka, Kelsen, Positivismo, Realismo.

ABSTRACT: Two Jews born in Prague, the first in 1881, the second in 1883. One, the greatest theoretician of law in the twentieth century, lived almost a hundred years; the other, short-lived, the greatest writer. Both graduated in Law. But while everything other than literature bothered Kafka, Kelsen dedicated his life to building a pure legal theory. Both Kelsen and Kafka experienced, each in their own way, each in their own trade, that the old formulas with which they learned to see and represent the world could no longer handle it. In this context, Kafka invents a new literary realism, and Kelsen, a new juspositivism, qualified as a normativist. This essay intends to provide an overview of the life and work of these two giants of the last century, in search of confluences and divergences between them, from the perspective of studies and research in Law and Literature.

KEYWORDS: Law, Kafka, Kelsen, Positivism, Realism.

INTRODUÇÃO

Konrad Hesse, Jan Kochanowski, Ágota Kristóf, Ryszard Kapuściński, Gyula Krudy, Janusz Korczak, Imre Kertész, Ernst Kantorowicz, Ferenc Kazinczy, Dezső Kosztolányi, György Konrád, Arthur Koestler, Lajos Kassák, Zsigmond Kemény, Hans Kelsen, Franz Kafka. A letra K é o arquétipo dos escritores centro-europeus. Muitos dos grandes autores eslavos têm seus nomes iniciados com ela. Observada de lado, a letra K dá a impressão de uma bifurcação, ou então, de um encontro, de dois caminhos.

Este breve ensaio explora – sob o prisma dos estudos em Direito & Literatura – alguns pontos de encontros e desencontros de dois escritores, um jurista, o outro literato, Hans Kelsen e Franz Kafka, ambos nascidos na mesma cidade, e no mesmo ano, formados em Direito em 1906. Ambos falantes de um idioma restrito aos membros de uma elite burocrática. Ambos com

¹ Mestre em Direito pelo PPGD/UNIFG. Docente do curso de graduação em Direito do Centro Universitário UniFG. Membro do SerTão: Núcleo Baiano de Estudos em Direito e Literatura. Advogado. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3545235149164538>.

o sobrenome iniciado com a letra K. Ambos paradigmáticos para o século passado. O ensaio é dividido em quatro partes.

A primeira se refere ao contexto histórico e geográfico em que Kafka e Kelsen cresceram e se formaram, enfocando, sobretudo, nas características do Império Austro-Húngaro e de seu ensino jurídico. A segunda parte dedica-se a explorar as reações de Kafka e Kelsen a esse contexto. Kafka inventa um novo tipo de realismo na literatura, enquanto Kelsen inova na teoria do direito a partir da epistemologia normativista. Na terceira parte, as concepções de Kafka e Kelsen a respeito da produção/criação do Direito são comparadas. E, por fim, já à título de conclusão, a quarta parte do ensaio sugere que, apesar da usual classificação de Kafka como um escritor da desesperança, o escritor tcheco nos traz um convite cifrado à utopia, sobretudo no que tange à hermenêutica jurídica, algo que faltou a Kelsen e sua teoria pura.

O JUSPOSITIVISMO DO IMPÉRIO AUSTRO-HÚNGARO

Kafka (1883) e Kelsen (1881) nasceram em Praga, hoje capital e maior cidade da Chéquia, situada na margem do rio Moldava e na Boêmia central. A cidade das cem cúpulas. Dos mais belos e antigos centros urbanos europeus, cujo extenso patrimônio arquitetônico e rica vida cultural tornam famosa. Mas a Praga era a capital da Boêmia, que fazia parte do Império Austro-Húngaro, um estado multinacional e uma potência mundial, quando Kafka e Kelsen nasceram.

Em 1848, poucas décadas antes do nascimento desses dois personagens, Praga foi também o centro da revolta dos tchecos contra o Império Austríaco². Os acontecimentos daquele ano levaram à criação do Império Austro-Húngaro, uma monarquia constitucional dual, com a Constituição de 1867, sob a influência Montesquieu e Rousseau, e que ao estruturar juridicamente a administração pública e separar os poderes do Estado, constituiu os seus primeiros passos em direção a um Estado de Direito (*Rechtsstaat*). A monarquia austro-húngara na qual nasceu definia-se como "imperial e real", pois seu soberano detinha, além de muitos outros, os títulos de imperador (*Kaiser*) e de rei (*Koenig*)³. Afinal, o século XIX testemunha a ascensão do constitucionalismo como movimento político-jurídico.

² O Brasil deve muito de sua extensão geográfica e de sua estrutura de acomodação de conflitos às tradições do velho Império Austro-Húngaro. A influência da imperatriz D. Leopoldina é maior do que se supõe e ela ficou marcada em seu filho, D. Pedro II.

³ A letra K, mais uma vez, se sobressai, pois "Imperial e real", em alemão, é *Kaiserlich und Koeniglich*.

Mas é também a *era dos impérios*, de que fala Hobsbawn, em que os movimentos proletários emergiram exigindo o fim da exploração capitalista, justamente nos lugares em que o capitalismo mais triunfava; período de expansão das instituições políticas e culturais do liberalismo da sociedade burguesa para além da burguesia, com a conquista do direito ao voto pelo proletariado; ao mesmo tempo, período de decadência do liberalismo burguês, que perdeu sua força política, e caminhou para sua derrocada; época de "morte iminente de um mundo e da necessidade de outro", intelectual e culturalmente falando; de demolição das ortodoxias nas ciências e nas artes, ainda que prenhe de otimismo pelos movimentos avant-gardes. Uma era "de paz sem paralelo no mundo ocidental, que gerou uma era de guerras mundiais igualmente sem paralelo" (2015, p. 16-17). Na *era dos impérios*, o Austro-Húngaro era o segundo maior país da Europa, depois do Russo; o terceiro mais populoso, depois do Russo e do Alemão; a quarta maior indústria, depois dos Estados Unidos, Império Alemão, e Império Russo, apenas dissolvido em outubro de 1918, com o fim da Primeira Guerra Mundial, da qual saiu vencida pela Tríplice Entente.

Kafka estudou na Universidade de Praga, fundada em 1348 por Carlos IV, Imperador do então Sacro Império Romano-Germânico. Iniciou pelo curso de Química, que em duas semanas trocou por Direito. Formou-se em 1906. Kelsen se formou no mesmo ano, também em Direito, mas pela Universidade de Viena, a menos de 300 quilômetros de distância de Kafka. Ambas universidades, pela sua situação histórica e geográfica, eram influenciadas pelo modelo germânico de se estudar e praticar o Direito⁴, bem como pelo paradigma juspositivista que se tornou predominante a partir do final do século XIX no Ocidente, com distintas versões e matizes

em virtude do corte epistemológico daquilo que se poderia compreender como 'positivo', isto é, aquilo que garantia objetividade ao conhecimento jurídico. Deste modo, observa-se o desenvolvimento de movimentos na Inglaterra com a Jurisprudência Analítica (Bentham e Austin), na França com a Escola da Exegese (Blondeau e Duranton) e na Alemanha com a Jurisprudência dos Conceitos (Puchta e Windscheid). O traço comum é o objeto a ser descrito e ao mesmo tempo aplicado pelo juiz. [...] O jurista-doutrinador e o juiz devem lidar com o Direito como algo posto, imitando-se o mito do dado (Streck, 2020, p. 168).

⁴ Na Europa do século XIX, foi a Áustria que primeiro se aproximou do direito civil alemão na doutrina, na jurisprudência e na legislação extravagante (Wieacker, 1980, p. 554-555).

O positivismo jurídico alemão dá seus primeiros passos com a Escola Histórica de Carl von Savigny, para quem o Direito era qualificado pela existência cultural de uma nação. Concebia-se o Direito “como um patrimônio histórico estreitamente relacionado com o espírito de cada povo (*Volksgeist*)” (Liebrecht, 2015, p. 140), e a responsabilidade pelo descobrimento e cultivo desse espírito seria não dos legisladores, nem dos juízes, nem dos advogados, mas “[d]os juristas academicamente formados, pois somente a doutrina poderia decifrar o espírito do povo alemão” (Liebrecht, 2015, p. 141). Na Alemanha do século XIX, e também nos países que lhes eram próximos e aliados, como o Império Austro-Húngaro, portanto, o direito costumeiro ou consuetudinário constitui uma alternativa ao direito codificado francês, e ao direito jurisprudencial inglês.

À Escola Histórica de Savigny sucedeu a Jurisprudência dos Conceitos do primeiro Jhering, e, depois, com a publicação de *A Finalidade do Direito* (1883), a Jurisprudência dos Interesses, do segundo Jhering, de Puchta, de Windscheid. Em todo caso, há aqui a primazia da *ciência jurídica* sobre a legislação e a jurisprudência (Bobbio, 1995, p. 122-123), o que nos faz lembrar do comentário de Walter Benjamin a respeito de Kafka: para o escritor, “a porta da justiça é o direito que não é mais praticado, e sim estudado” (1987, p. 164).

De acordo com Franz Wieacker, as codificações alemã ou de países de língua alemã formaram uma *família jurídica centro-europeia*, dotada “[d]os aspectos teóricos e técnicos e [d]a objetividade de uma forma mental ‘alemã’” (1980, p. 579), que encontrou mais acolhimento e sucesso em todo mundo do que os panfletos literários e/ou políticos desse mesmo povo, e cujas características são “uma sistemática rigorosa, uma grande perfeição da formação dos conceitos jurídicos e uma exatidão técnica na formulação dos pormenores construtivos” (1980, p. 577-578). E é no Império Austro-Húngaro de Kafka e Kelsen que o *usus moderno* dessa tradição se faz sentir com mais força.

Outro ponto de origem comum entre os dois é o idioma alemão. Segundo Modesto Carone, na juventude de Kafka e Kelsen, “o alemão de Praga [...] já era um idioma calcificado tanto no plano oral como na escrita, pois na verdade ele se restringia a uma única camada social, a dos funcionários da administração” (1999, p. 38). A influência da linguagem *seca e protocolar* alemã será marcante tanto no realismo literário de Kafka, quanto no positivismo normativista de Kelsen.

O REALISMO LITERÁRIO DE KAFKA E O POSITIVISMO NORMATIVISTA DE KELSEN

A passagem do século XIX ao XX, marcada por transformações intelectuais, culturais, sociais, econômicas e políticas, também traz uma mudança de postura para a ciência jurídica. O positivismo formalista, nascido a partir da necessidade de produzir uma legitimação teórica para o modelo napoleônico de Direito, em que sua única fonte seria a doutrina, no caso alemão, em que "as normas positivas constituem um universo significativo auto suficiente, do qual se pode inferir por atos de derivação racional, soluções para todos os tipos de conflitos normativos" (Warat, 1994, p. 55), em que a linguagem jurídica é unívoca, e em que o juiz é neutro e imparcial, foi dando margem ao *positivismo realista* ou *fático*, cético ante a força normativa das leis, da jurisprudência, ou da doutrina.

Nesta nova versão do positivismo, que também teve seus desdobramentos geograficamente situados – houve um realismo escandinavo (Ross), um norte americano (Holmes) e um alemão (Jhering, Heck) – o *locus* do sentido da lei se transferiu para “a subjetividade do juiz e para a decisão judicial, mantendo-se assim o aspecto empírico” (Streck, 2020, p. 172) tão caro ao juspositivismo. A tarefa da ciência jurídica seria observar como os juízes e cortes decidem, e quais fatores interferem no processo de decisão jurídica, para prever como eles decidirão, na medida do possível.

Guinada obviamente inspirada na revolução intelectual provocada por nomes como Nietzsche, Marx e Freud, os quais, segundo Foucault, revolucionaram a hermenêutica moderna, ao apontarem para "o inacabado da interpretação, o fato de que seja sempre fragmentada" (1997, p. 20), que "no fundo já tudo é interpretação" (1997, p. 22), que "no símbolo há uma certa ambiguidade um pouco turba de má vontade e de 'malevolência' [...] os símbolos são interpretações que tratam de justificar-se, e não o inverso" (1997, p. 25), enfim, que a interpretação importa mais que o símbolo. Essa revolução hermenêutica afetou não somente o Direito, mas também as Artes e, logo, a Literatura.

Se antes da invenção da fotografia e do cinema, a noção de *mimesis* colocava como objetivo último do artista *imitar* o mundo, obra de arte na era da sua reprodutibilidade técnica tende a ser não-representativa, agressiva, convulsiva:

A arte do século XX não apenas decretou que qualquer tema era adequado, mas também libertou a forma (como no Cubismo) das regras tradicionais e livrou as cores (no Fovismo) da obrigação de representar com exatidão os

objetos. Os artistas modernos desafiavam violentamente as convenções [...]. No coração dessa filosofia de rejeição ao passado, chamada Modernismo, havia a busca incessante de uma liberdade radical de expressão. [...] A arte se afastava gradualmente de qualquer pretensão de retratar a natureza, seguindo na direção da pura abstração (Strickland, 2002, p. 128).

A arte abstrata resulta de um processo de abstração que vai da representação cada vez menos reconhecível das coisas à criação de uma linguagem artificial autônoma (Cordeiro, 2006, p. 112). Vemos isso em Picasso e em Kafka. Mas nenhum dos dois artistas deseja se afastar da realidade, ou mesmo da verdade.

Para Picasso, *a arte é uma mentira que nos permite conhecer a verdade*. No mesmo sentido, Kafka, observando as obras do pintor espanhol, não considerou que ele deformava o mundo por meio delas; antes, apenas registrava as suas deformidades que ainda não penetraram na nossa consciência. Para o escritor de Praga, *a arte é como um espelho, que adianta o mundo* (Janouch, 1973, p. 85) – algo dito também por Stendhal, cem anos antes. É curioso pensar que, também em Kelsen, como veremos, existe a pretensão de *purificar* a teoria do direito, de modo que ela pudesse “espelhar” seu objeto de estudo.

Apesar de ser considerado por muitos um expoente do surrealismo literário, apesar de Borges afirmar que as ficções kafkianas são *como pesadelos*, Kafka pertence à tradição realista, de um Flaubert, de um Dostoiévski, escritores que considerava seus predecessores literários. "Não me atraía imitar os homens; eu imitava porque procurava uma saída, por nenhum outro motivo", relata o símio que aprendera a falar bebendo aguardente, em *Um relatório para uma academia*. Se o universo kafkiano difere do universo dos escritores realistas do século XIX, é porque o século XX exigia novas formas de *representar a realidade* (Carone, 2008). Conforme Gunther Anders,

Kafka *deslouca* a aparência aparentemente normal do nosso mundo louco, para tornar visível sua loucura. [...] Todos nós deveríamos estar familiarizados com a deformação como método: a ciência natural moderna remete seu objeto a uma situação *artificial* – a experimental – para tocar o cerne da realidade. Estabelece uma ordem em que insere o objeto, o qual fica, assim, deslocado. Mas o resultado é a *fixação*. [...] seu resultado é realista (1969, p. 15-16).

Para Kafka, a Literatura é *laboratório sociocultural*. Longe de provocar fugas da realidade, suas ficções devem ser consideradas como experimentos, por meio das quais podemos adquirir conhecimento sobre nós e nosso mundo. O realismo de Kafka, obviamente, nada tem a ver com o realismo jurídico no qual ele foi educado. Se Kafka fala deste realismo

em suas ficções, é para chamar a atenção de seus leitores para as deficiências e riscos de tal modo de conceber o direito e sua aplicação.

N’*O Processo*, por exemplo, K. se depara diversas vezes com retratos de juízes, pintados por Titorelli, um dos assistentes do Tribunal que persegue o protagonista. Todos eles, no entanto, não são representados aos moldes clássicos: sob a forma da imparcialidade, do equilíbrio, da autocontenção. Pelo contrário, eles parecem cultuar mais a deusa da caça que a da justiça, como nota K.. Era assim que o realismo jurídico compreendia a função judicial. O universo ficcional kafkiano representa o Direito sob o olhar do realismo jurídico.

Mas tanto a teoria de Kelsen, quanto as ficções de Kafka, são uma resposta a esse estado de coisas. A mesma paixão pela verdade e pelo conhecimento que Kafka e Picasso compartilhavam tocava também a Kelsen. Como afirma Luis Alberto Warat

Kelsen, com a Teoria Pura, procura romper a unidade ilusória da 'doxa' jurídica (ideologia), através de um processo crítico que conduz à purificação lógico-racional do conteúdo. Acredita na possibilidade de descobrir relações paradigmáticas essenciais que permitem constituir racionalmente as verdadeiras articulações do real. Deste modo, para Kelsen, os conceitos definem as condições abstratas de toda ordem jurídica possível (1983, p. 23).

Em prefácio à primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, Kelsen confessa que seu objetivo é

desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão (1999, p. VII).

É mais uma vez Picasso quem nos auxilia a construir a ponte entre o escritor e o jurista de Praga. A teoria pura do direito tem traços *cubistas* como aponta Calvo González. Com efeito, Kelsen é só mais um dos juristas que se tomam por geômetras, ou aspiram a sê-lo, a exemplo de Hobbes, Wolff, Descartes, Spinoza Leibniz e Ortega y Gasset (2013, p. 19-20).

Mas o jurista de Praga, assim como o escritor de Praga, vivia em uma época muito diferente de seus predecessores, e sua teoria reflete isso: “em Kelsen, a ordem normativa é geometria da forma pura tanto quanto o cubismo é forma geométrica pura. Em ambos, a figura

geométrica – a geometria figurativa – é o essencial” (2013, p. 22). Com Kelsen, a ciência jurídica também passa a buscar uma linguagem artificial autônoma:

É preciso compreender [...] que, enquanto as demais teorias positivistas tratavam diretamente da lei, Kelsen deu um salto e preferiu tratar do discurso científico sobre a lei e o Direito. [...] Nessa construção da ciência como metalinguagem reside a diferença fulcral de sua teoria em relação aos demais positivismos (Streck, 2020., p. 20).

Uma das grandes inovações da teoria kelseniana é a representação da *dinâmica jurídica*. O positivismo exegético, formalista, identifica o direito com a lei (na França), com o precedente judicial (na Inglaterra) ou com os costumes (na Alemanha e região). O realismo jurídico desafia essa pressuposição e prova sua falsidade, permanecendo cético, entretanto, quanto à possibilidade de teorizar a respeito da *aplicação* do direito. Kelsen dá um passo além dos realistas, apresentando uma explicação para esse processo, ainda na senda do juspositivismo.

Nesse sentido, a teoria pura do Direito de Kelsen poderia se chamar *teoria cubista do Direito* também porque

como nas artes plásticas – que, até então, haviam sido estáticas –, o cubismo introduz dinâmica, da mesma forma como consegue a *Normpyramide* ao proporcionar o caráter não somente estático da ordem jurídica, mas também dinâmico, e isto a um só tempo e em um mesmo plano. É cubista, finalmente, porque cada degrau da pirâmide é um cubo, tal qual foram construídas as famosas pirâmides (Calvo González, 2013, p. 25).

Segundo Calvo González, a teoria cubista do direito de Kelsen é, ao mesmo tempo, *construtivista* e *desconstrutivista*. A metáfora piramidal, que com efeito foi criada por um discípulo de Kelsen, serve para ilustrar que o processo interpretativo do direito pode se dar da base à cúpula ou da cúpula à base (2013, p. 26). Sob a perspectiva da *dinâmica jurídica*, o direito não é mais coerção, mas *criação* (Paulson, 2013).

A CRIAÇÃO DO DIREITO ENTRE KELSEN E KAFKA

A teoria de Kelsen enfoca tanto o Direito como *produto* (coerção) quanto como *processo* (criação). E é interessante ver que essa tentação de compreender o Direito menos como *coerção* do que como *processo* também atormenta a Kafka, fazendo com que ele

destoasse de seus predecessores realistas – a exemplo de um Victor Hugo ou de um Zola – que apenas enxergavam no Direito a violência ilegítima.

Outro exemplo, advindo d’*O Processo*. Apesar de “detido” pelos guardas da estranha instituição que o processa, logo no primeiro capítulo, K. é informado que poderia continuar sua vida normalmente em liberdade. As audiências são marcadas aos domingos, para que não atrapalhem seus afazeres. Em suma, o protagonista não é coagido a nada na história, nem quando é executado ao fim do último capítulo.

Mas é na parábola *Diante da Lei* que a questão do processo de criação/interpretação/aplicação do Direito é mais evidentemente tratada. A parábola é uma das favoritas de Kafka – já havia sido publicada na coletânea de contos *Um Médico Rural* – e constitui o centro nervoso do romance *O Processo*. Ela é contada pelo capelão da igreja que K. deveria apresentar a um cliente do banco para o qual trabalha. Na ocasião, o capelão conta a história para ensinar ao protagonista que ele vem julgando mal a justiça que o processa.

Segundo a parábola, um homem do campo chega às portas da Lei e pede ao guarda que lhe dê permissão para entrar. O guarda responde que por ora não é possível atendê-lo. O homem do campo, pensando que a lei deveria ser acessível a todos, tenta olhar para dentro da porta, e é advertido pelo guarda que caso ele tente desafiar sua autoridade, além daquela porta existiriam muitas outras, guardadas por homens sempre mais fortes. O homem do campo então resolve esperar. Espera sua vida toda, lançando mão de tentativas de subornar o guarda, todas malfadadas. Até que, na hora de sua morte, descobre que a porta estava destinada a ele, e somente a ele. O guarda então a fecha, e se vai.

Após narrar a lenda para K. o sacerdote enreda o protagonista em uma interminável série de seus possíveis significados e implicações. K., que havia ouvido a parábola com esperanças de compreender o processo que é movido contra si, acaba se despedindo do capelão mais confuso que antes. Modesto Carone afirma que, do ponto de vista histórico, *Diante da Lei* nos apresenta "o longo caminho" da burocracia austro-húngara, "a manifestação visível de um poder autocrático, que na narrativa impossibilita ao homem do campo exercer o seu direito" (2009, p. 54).

Mas podemos seguir outro caminho, aproximando a ‘lenda do porteiro’ de Kafka à teoria jurídica de seu conterrâneo. Já vimos que tanto Kafka como Kelsen se destacam de seus predecessores pelo enfoque no Direito não só como coerção mas também como *processo/criação/interpretação*. Se Kafka deixa isso muito claro no capítulo IX, d’*O Processo*, mais precisamente na parábola *Diante da Lei*, ali inserida, Kelsen o faz no capítulo VIII de sua

Teoria Pura do Direito, dedicado à hermenêutica jurídica, tendo em conta a inovação do reconhecimento da *dinâmica jurídica*.

O jurista de Praga compreende a interpretação como "uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior" (Kelsen, 1999, p. 245), tendo em vista o caráter *dinâmico* do Direito que sua teoria pressupõe.

Kelsen admite que as autoridades jurídicas têm de, inevitável e incessantemente, interpretar o direito a todo momento, respondendo não só a “questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto”, mas também qual conteúdo dar à Constituição "na medida em que de igual modo se trate de aplicar esta – no processo legislativo, ao editar decretos ou outros atos constitucionalmente imediatos – a um escalão inferior", e qual conteúdo dar aos “tratados internacionais ou das normas do Direito internacional geral consuetudinário, quando estas e aqueles têm de ser aplicados, num caso concreto [...]” (1999, p. 245).

Tal liberdade decorre do fato de que, ainda que a dinâmica jurídica kelseniana postule que toda norma jurídica decorre de outra norma jurídica que vincula a forma e conteúdo daquela,

essa determinação nunca é completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever (1999, p. 246).

Por isso que, para Kelsen, tanto os parlamentares, quanto os juízes, como os administradores, *interpretam* e *criam* o direito, e são livres para tanto. Aqui, o jurista de Praga saldou seu débito com o realismo jurídico que guiou sua formação jurídica e a de Kafka. É importante ressaltar aqui que a teoria pura de Kelsen pretende criar uma linguagem artificial e precisa, neutra, acerca do Direito, seu único objeto de estudo.

A dinâmica jurídica da teoria pura, portanto, não se rege por uma relação de causalidade – a norma B tem tal forma e conteúdo porque a norma A assim determina – mas antes por uma relação própria, que Kelsen chama de relação de *imputação*. É a imputação que "liga logicamente o ilícito à reação do Estado, à sanção, à consequência do ilícito" (Maia, 2010, p. 200). Essa imputação, contudo, se dá por meio de *atos de vontade* das autoridades competentes a produzir as normas jurídicas. Assim, a liberdade e a vontade da autoridade-intérprete guiam a produção/aplicação do Direito. Mas Kelsen vai além no tocante à hermenêutica jurídica, reconhecendo que não somente as autoridades estatais interpretam o Direito,

mas também os indivíduos, que têm – não de aplicar, mas – de observar o Direito, observando ou praticando a conduta que evita a sanção, precisam de compreender e, portanto, de determinar o sentido das normas jurídicas que por eles não de ser observadas. E, finalmente, também a ciência jurídica, quando descreve um Direito positivo, tem de interpretar as suas normas. Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica (1999, p. 245).

Essa última “espécie” de interpretação jurídica é chamada por Kelsen de *inautêntica*. Ao contrário da interpretação *autêntica*, aquela produzida pelas autoridades jurídicas, a interpretação *inautêntica* não *cria* normas jurídicas. Aqui, de nada vale ou importa a *vontade* e a *liberdade* do intérprete. Na teoria pura, o destinatário das normas jurídicas está excluído de seu processo de produção/criação:

Neste contexto de purificação, não pertenceriam ao campo temático, precisamente determinado como jurídico, as questões vinculadas à produção ou ajuizamento das normas jurídicas. Estas constituem problemas que devem situar-se no âmbito da Política Jurídica (Warat, 1983, p. 27).

Devido à característica relativista da moral kelseniana, as normas – que exsurgem de um ato de vontade (do legislador e do juiz na sentença) – terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete. Esse espaço de movimentação é derivado, exatamente, do problema semântico que existe na aplicação de um signo linguístico – por meio do qual a norma superior se manifesta – aos objetos do mundo concreto, que serão afetados pela criação de uma nova norma (Streck, 2020, p. 17).

Aqui, encontramos outro possível ponto comum a Kafka e Kelsen, pois, conforme Anders, o estilo kafkiano é “consequência da *distância do mundo como um todo*” (1969, p. 71).

A linguagem da prosa kafkiana⁵ “é a linguagem daquele que não se sente legitimado a falar de forma diversa [...] que *o requerente diante do guichê público*” (1969, p. 72). Sob a perspectiva do positivismo normativista, esse sujeito que se coloca “diante da lei” – que também poderia ser a própria ciência jurídica, como já sugeriu Gunther Teubner (2016) – deve se sujeitar, absolutamente, à *vontade* da autoridade.

LEGITIMANDO O MAL? À GUIA DE CONCLUSÃO

Para Anders, Kafka impregna suas ficções com um imperativo categórico monstruoso: *cumpra com precisão os deveres que não conhece* (1969, p. 81). Seja em *América*, n’*O Processo*, ou n’*O Castelo*, ou mesmo em outros contos e novelas, os heróis de Kafka sempre perguntam e nunca recebem resposta. Na contramão dos *bildungsroman*, os romances de formação, que apresentam o protagonista em desenvolvimento com o mundo ao seu redor, o realismo kafkiano descreve o mundo pelo olhar de quem não participa dele (Anders, 1969, p. 27). No universo kafkiano,

o acesso à lei se encontra atrás de portas intransponíveis, guardada, operada e julgada por pessoas cuja mediocridade só torna ainda mais resplandecente a inevitabilidade e a brutalidade da violência (*Gewalt*) inerente ao direito (Taxi, 2018, p. 141).

Essa é – como vimos – exatamente a posição do destinatário das normas jurídicas na teoria pura de Kelsen, na qual “o que se chama discricionariedade judicial nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade” (Streck, 2020, p. 79). Os protagonistas kafkianos não se insurgem diante da arbitrariedade das autoridades.

Isso fica muito claro já n’*O Veredicto*, primeira obra de Kafka, de 1912, em que aparecem pela primeira vez os temas recorrentes da ficção kafkiana: “condenação e morte (por uma culpa desconhecida) como também a figura que encarna uma força vital – o Pai – que baixa a pena capital sobre um *eu* desgarrado ou alienado de si mesmo” (Carone, 2011, p. 27). O pai kafkiano é ninguém menos que a autoridade kelseniana, cujo ato *de vontade* cria, mediante imputação arbitrária, o Direito.

⁵ “sua linguagem tende sempre ao protocolo; e linguagem de protocolo é bem a expressão mais adequada para o idioma de Kafka” (Anders, 1969, p. 72).

Para Kelsen, vimos que a questão do teor ou conteúdo dos atos de vontade criadores das normas jurídicas é um problema político, que não lhe compete resolver. O jurista de Praga era um liberal, o maior antagonista de Carl Schmitt, o jurista do nacional-socialismo, mas, ainda assim, sua teoria pura mantém-se agnóstica em relação à questão da *hermenêutica jurídica*: como interpretar (corretamente) o ordenamento jurídico.

Quanto a esse ponto, Kafka manteria a mesma posição. O homem do campo morre sem entrar na lei, apesar de descobrir que aquela entrada pertencia somente a ele. O destinatário da mensagem imperial jamais a receberá, pois a distância que o separa do mensageiro é infinita. K. jamais poderia provar sua inocência, ou mesmo entrar no castelo. Aqui, vale lembrar uma citação de Kafka, segundo Brod: *há esperança suficiente, esperança infinita, mas não para nós*. Vale lembrar, também, o argumento de Anders, segundo o qual Kafka traz consigo a “filosofia do nivelador inútil, que se vê com os olhos do poder cortejado em vão” (1969, p. 135).

Mas existe outra maneira de enxergar a posição de Kafka em relação à hermenêutica. Kathrin Rosenfield, por exemplo, sustenta que a interpretação, a atribuição de um sentido, é um problema central na arte kafkiana, que confere importância e “realidade” a estados e sensações marginais, dando autonomia ao jogo com irrealidades fugazes, subliminares (2000). Jorge de Almeida, por sua vez, defende que os narradores, personagens e leitores de Kafka compartilham o mesmo destino: estão condenados à interpretação, “a própria possibilidade de interpretação surge como uma esperança, um ato eminentemente humano, um esforço de escapar à morte desprovida de sentido” (2011, p. 89). Também para Camus (1954), o universo ficcional de Kafka era prenhe de esperança

A escrita de Kafka é *fina e flexível como aço*. A expressão é de Modesto Carone (2011, p. 15), que a usa para ressaltar tanto a ambiguidade da prosa kafkiana, quanto sua capacidade de fazer o leitor *sentir na pele* – essa provavelmente a metáfora sob a qual se construiu a narrativa de *Na Colônia Penal* – a condição em que seus personagens de Kafka se encontram. Nesse sentido, o universo ficcional de Kafka contém um apelo revolucionário, cifrado sob a linguagem protocolar que o estrutura. Algo que faltou a Kelsen e à sua teoria. Nesse sentido, mais uma vez, vale lembrar a lição de André Karam Trindade (2012): alguns livros de ficção ensinam muito mais, e melhor, que a literatura jurídica especializada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jorge de. Condenados à interpretação: Kafka e os sentidos do mundo. *Revista Brasileira de Psicanálise*. São Paulo, v. 45, n. 2, p. 85-91, jun. 2011.

ANDERS, Günther. *Kafka: pró e contra*. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1969.

BENJAMIN, Walter. Franz Kafka: A propósito do décimo aniversário de sua morte. in: *Obras escolhidas, volume I: magia e técnica, arte e política, ensaios sobre literatura e história da cultura*. 3 ed. São Paulo: Ed. Brasiliense. 1987, pp. 137-164.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CALVO GONZALEZ, José. *Direito curvo*. Porto Alegre: Livraria Do Advogado Editora, 2013.

CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo: ensaio sobre o absurdo com um estudo sobre Franz Kafka*. Livros do Brasil, 1954.

CARONE, Modesto. *Essencial Franz Kafka*. Editora Companhia das Letras, 2011.

CARONE, Modesto. *Lição de Kafka*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2009.

CARONE, Modesto. O realismo de Franz Kafka. *Novos estudos CEBRAP*, n. 80, 2008, pp. 197-203.

CORDEIRO, Waldemar. Realismo: 'musa da vingança e da tristeza' (1965). in FERREIRA, Glória; COTRIM, Cecília. *Escritos de artistas: anos 60/70*. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2006, pp. 107-112.

FOUCAULT, Michel. *Nietzsche, Freud e Marx: theatrum philosophicum*. Curitiba: Princípio, 1997.

HOBBSAWM, Eric. *A era dos impérios: 1875-1914*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2015.

JANOUGH, Gustav. *Conversations with Kafka*. Tradução em inglês de G. Rees, New York: New Directions, 1971.

KAFKA, Franz. *Contemplação e O fogueira*. Editora Companhia das Letras, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. reimp. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIEBRECHT, Johannes. Há o que aprender com os alemães? O perfil da educação jurídica na Alemanha. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 16, n. 1, p. 131-166, 2015.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. "Forma e unidade como condições de uma ciência pura: a influência do neokantismo de Marburgo no "primeiro" Hans Kelsen." *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos* 31, no. 60 (2010): 195-224.

PAULSON, Stanley L. How Merkl's *Stufenbaulehre* informs kelsen's concept of law. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, n. 21, p. 29–45, 2013.

ROSENFELD, Kathrin. Resposta à +3 questões sobre Kafka. in *Folha de São Paulo*. São Paulo, 22 de outubro de 2000, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs2210200002.htm>.

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

STRICKLAND, Carol. *Arte comentada: da pré-história ao pós-moderno*. trad. Angela Lobo Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

TAXI, Ricardo Dib. Kafka e o elemento mítico da lei moderna: um estudo a partir da leitura de Peter Fitzpatrick. *Anamorphosis: Revista Internacional de Direito e Literatura*, 4(1), 139-157, 2018, p. 141.

TEUBNER, Günther. 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, André Karam. Kafka e os paradoxos do direito: da ficção à realidade. *Revista diálogos do direito*, v. 2, n. 2, p. 137, 2012.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito, volume I: interpretação do direito, temas para uma reformulação*. SA Fabris Editor, 1994.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Editora da UFSC, 1983.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2 ed. Trad. A. M. Botelho Espanha. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.