

Data do recebimento: 27/09/2018

Data do aceite: 28/09/2018

O ESPLENDOR DA JUSTIÇA¹: SOBRE A FILOSOFIA JURÍDICA “MENOR” DE FRANZ KAFKA²

Panu Minkkinen³
(Tradução de Thiago Pádua⁴)

“Como todos nós absorvemos o olhar da transfiguração [Verklärung] na face do sofredor, como banhamos nossas bochechas no esplendor daquela justiça [Scheindteser...Gerechtigkeit], finalmente alcançada e desaparecendo tão rapidamente!” (Kafka, 1970, “In der Strafkolonie”, p. 112)

1 - Originalmente publicado em dois locais: MINKKINEN, Panu. The Radiance of Justice: On the Minor Jurisprudence of Franz Kafka. *Social & Legal Studies*, v. 3, p. 349-363, 1994; e, MINKKINEN, Panu. A Minor Jurisprudence. In: MINKKINEN, Panu. *Thinking Without Desire. A First Philosophy of Law*. Oxford: Hart Publishing, 1999.

2 - NT: A expressão original do subtítulo “*Jurisprudence*” possui um sentido diferente do que a literalidade aplicada no Brasil poderia sugerir (Jurisprudência). O universo anglo-saxão costuma diferenciar: a) *jurisprudence* (jurisprudência), b) *philosophy of law* (filosofia do direito), e c) *legal theory* (teoria do direito). Como refletido por Hart, a expressão “filosofia do direito” (*philosophy of law*) jamais foi “domesticada” na Inglaterra, e que “evidentemente não existem linhas divisórias rígidas entre a não familiar expressão “filosofia do direito” e a recentemente recebida “teoria do direito” e a expressão familiar “jurisprudência”, pelo que se discute e ensina nas universidades inglesas”. Assim, a expressão “*jurisprudence*” “é, e sempre tem sido, uma grande quantidade de questionamentos sobre o direito”, além do nome da disciplina com caráter mais filosófico. Cf. HART, H. L. A. *Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945-1952)*. *The American Journal of Comparative Law*, v. 2, N. 3 (Summer, 1953), p. 355-364. Portanto, de maneira contextualizada, optou-se por traduzir a expressão “*jurisprudence*” pela expressão “filosofia jurídica”, embora seja importante esclarecer que há intensa polêmica sobre a distinção.

3 - Professor de “*Jurisprudence*”, (University of Helsinki, Finland).

4 - Doutorando pelo UniCEUB. Professor de Direito Constitucional e Direito Civil (UniCEUB e UDF).

I

A assinatura de um nome é, entre outras coisas, um esforço para se apropriar de um texto precedente, um contrato, uma mensagem escrita. A assinatura tenta reivindicar autoria e controle sobre o que foi escrito. Com o nome dele, um amante tenta selar uma carta para sua amada, mas encontra apenas escuridão:

“~~F~~ranz errado, F errado, ~~S~~ua errado; nada mais, silêncio, floresta profunda”⁵

O autor da carta acha difícil reivindicar a autoria do que ele tem escrito, então ele coloca seu nome em rasura. Ele acopla os traços de seu nome à palavra *falsch*, “errado”, mas com uma forte ênfase em enganar e trair. A assinatura e o nome correspondente são equivocados e enganosos, pois fazem promessas que jamais poderão ser cumpridas. E ainda, sob o bar, o nome está claramente visível como se estivesse assumindo a autoria: “Eu, Franz, quero dizer o que escrevo, mas, novamente, eu não posso”.

Franz Kafka gravou seu nome em carne humana e, assim, clamou pela autoria da história da modernidade. A inscrição composta pela máquina de escrever de Kafka é uma assinatura obscura que tem sido entendida como um símbolo da verdade e um oráculo do amanhã. A história da qual a assinatura reivindica autoria é a verdade sobre a experiência da modernidade, o conto sem censura sobre a angústia humana, o sofrimento e a crueldade, em um mundo de objetivos filantrópicos e resultados insuportáveis. E essa experiência é pronunciada em nome do autor; a modernidade é vivida em nome do kafkiano.

Apesar das inúmeras tentativas de delinear o kafkiano como uma alegoria da modernidade, o autor e sua arte permanecem um enigma.⁶ E com razão: especificamente, kafkiano é tudo aquilo que é inconcebível. O autor (sua arte e seu nome) estão reservados para aquilo que escapa à razão iluminada do homem moderno e sua ciência e, portanto, permanece por trás de um véu de mistério.⁷

O direito é um dos principais temas da arte literária de Kafka, mas também é tema de uma ciência iluminada: a moderna filosofia jurídica. Dentro da tradição continental da ciência jurídica, o direito é entendido como uma construção conceitual, a criação que é regulada pela razão da ciência moderna. O direito é uma estrutura relacional, formalizada a partir de fenômenos normativos e estratificado dentro de um quadro de racionalidade hierárquica: a moderna filosofia jurídica concebe (a) ordem jurídica como um sistema. Na crítica da moderna filosofia jurídica, a base sistemática da hierarquia pode ser invertida, por exemplo, ao se submeter o direito positivo ao *ethos* da justiça popular, mas a hierarquia em si mesma raramente é questionada – se é que já o foi.

5 - KAFKA, Franz. **Briefe an Milena**. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1952, p. 131.

6 - A quantidade de literatura sobre a arte de Kafka é desconcertante. Além da bolsa de pesquisa Kafka, inúmeros autores poderiam ser citados aqui, de Adorno a Benjamin, passando por Borges e Kundera. Eu só indico ao leitor, por exemplo, a compilação de Hartmut Binder (1979). Tais “manuais” são de ajuda inestimável para qualquer um que tente encontrar o caminho por meio da estupenda quantidade de exegese disponível sobre Kafka.

7 - WEINSTEIN, Arnold L. **Vision and Response in Modern Fiction**. Ithaca/London: Cornell University Press, 1974, p. 156-167.

Dentro do domínio do direito, o kafkiano sugere uma série de inversões estruturais. O nome do autor refere-se a um mundo no qual as instituições jurídicas labirínticas parecem funcionar de acordo com suas próprias regras. No mundo kafkiano, o direito escapa a tentativas bem-intencionadas do homem racional em sujeitá-lo aos ditames racionais do pensamento iluminista, mas o obscurantismo inerente ao direito o deixa com uma sensação de desamparo e medo. Fomos levados a crer que o funcionamento do direito estaria de acordo com a forma processual de caminhos lógicos. No entanto, no mundo kafkiano, nós somos incapazes de impor essa razão sobre ele, pois nele, a qualidade obscurantista do direito é expressa a partir do ditado parateológico do mimetismo, em que os símbolos da ciência jurídica representam a pureza do *Wesen*⁸ fenomenológico (essência fenomenológica), enquanto aquilo que até então tinha sido tomado pela essência do direito foi degradado em mera sombra da pureza eidética.⁹ Os símbolos do direito, a decoração do Tribunal, as cortinas, os registros públicos e assim por diante não são representações miméticas da essência do direito, mas sim o contrário: o “direito” de o direito existir no mundo Kafkiano, que está intimamente ligado à maneira como ele pode estar de acordo com seus próprios símbolos.

Em um tal mundo de lógica jurídica invertida, a alegoria dostoievskiana de crime e castigo está de cabeça para baixo. Os infalíveis poderes da punição não perseguem o homem, atormentado por uma consciência culpada por um crime que cometeu. A punição existe antes do crime, e o direito procura um culpado que se encaixe num veredicto preexistente para satisfazer seu desejo de punição. Nessa imagem invertida do mundo jurídico, o ditado kafkiano parateológico fornece a narrativa com um sabor cômico absurdo. Mas a comédia no mundo kafkiano não é antípoda ao trágico, uma lufada de ar fresco que aliviaria a agonia do sofrimento. Pelo contrário, no mundo kafkiano, a comédia incapacita a fundação trágica do sofrimento, libertando o homem do único conforto que resta, isto é, da nobre experiência do sublime.

Mas uma metamorfose do homem para o inseto não é mais difícil de racionalizar do que a metamorfose do inseto para o homem; uma inversão da lógica do direito é tão compreensível para a moderna filosofia jurídica quanto aquela para a qual foi invertida. No mundo kafkiano, o que é, então, o direito? Um direito que escaparia à razão e à lógica jurídica da moderna filosofia jurídica? Quais são as suas características estruturais ou, a propósito, elas podem ser abordadas em nome da estrutura, para começar? Se não, o direito pode ser concebido como (em) um sistema?¹⁰ No decorrer deste ensaio, tentaremos ler certas características estruturais do direito a partir do

8 - NT: A expressão aparece não traduzida no original, e é importante mencionar que, para Heidegger, a expressão “*Wesen*” possui um significado central (“*como possibilidade interna própria*”) e quatro outros significados: 1. O que está mais perto de alguma coisa (*das Eigenste einer Sache*); 2. Como o jeito de ser de alguma coisa (*Seinsweise einer Sache*) - a maneira de desdobrar a raiz de algo; 3. a maneira de oscilação (*das Walten einer Sache*) - a maneira pela qual algo surge ou acontece; e 4. Como a influência profunda, ou: *Wesung* - o domínio mais profundo ou o caráter mais próprio do ser (*Seyn*) que está no cerne do pensamento de Ser de Heidegger, em *Beiträge zur Philosophie (Vom Ereignis)*. HEIDEGGER, Martin. *Phenomenological Interpretation of Kant's Critique of Pure Reason*. Trans. Parvis Emad e Kenneth Maly. Indiana: IUP, 1997. p. xvi-xvii.

9 - NT: Conforme bem apontado por Sávio Peres, com fundamento no pensamento de Husserl, “conhecimento a priori é conhecimento de essências (*eidos*). Daí que as ciências a priori, inclusive a lógica pura, não são outra coisa senão ciências de essências (ou *eidéticas*) (1925/1962)”. PERES, Sávio Passafaro. Psicologia eidética e teoria do conhecimento nas Investigações lógicas de Husserl. *Psicologia USP*, v. 28, n. 1, 2017.

10 - Coincidindo com “estrutura” e “sistema”, alguém poderia falar também de uma “topologia” do direito. Em sua leitura de Kafka, Jacques Derrida (1985) aborda uma topologia do direito, mas o objetivo deste ensaio é muito mais modesto. Por topologia eu entenderia apenas a estrutura de componentes relacionais, topologia sob o prisma da epistemologia lacaniana, não um “acontecer” (*avoir-lieu*) do direito. Outra interpretação fascinante da parábola “*Vor dem Gesetz*” é dada por Hélène Cixous (1991, p. 14-19) em uma tradução inglesa de seus seminários de 1980-81. Para uma interpretação cabalística sobre parábola e o direito, ver o iluminado ensaio de Eberhard Schmidhäuser (1993, p. 812-17).

conto de Kafka “*In der Strafkolonie*” (“Na Colônia Penal”)¹¹ para definir no mundo kafkiano uma particular compreensão nietzscheana¹² do direito na modernidade.

II

Para além do direito da ciência jurídica, a arte de Kafka incorpora um outro direito, um direito da literatura que se encontra entrelaçado em tudo que o autor escreveu.¹³ Vamos chamar a isso de direito kafkiano. A estrutura narrativa dos textos de Kafka muitas vezes define o protagonista em um estado de inocência do qual é banido no mundo kafkiano durante o curso da história. Josef K., e suas expectativas, representam tal inocência vis-à-vis ao mundo; K. insolentemente afirma estar familiarizado com o mundo, mas deve, vez após vez, reconhecer seu próprio erro: K. erroneamente pensa que conhece o conteúdo do direito, mas a sala de interrogatório nunca está onde deveria, a posição e a configuração do púlpito mudam constantemente na catedral escura e assim por diante. *Der Prozeß*¹⁴ conta a história da perda de tal inocência, o colapso do mundo aparentemente firme e estruturado de K. para um estado de flutuação precária que o kafkiano representa.

A escrita de Kafka começa no limite da autoconfiança do protagonista, no limite que separa sonho e realidade, presente e representado, literal e figurativo. O autor encontra uma alegoria filosófica no sofrimento do mundo, incorporado na metáfora e na figuração:

Sempre tendo em mãos uma bússola confiável para guiar alguém na vida e para permitir que alguém a visualize constantemente na luz correta, sem nunca perder o caminho, nada é mais apropriado do que se acostumar a ver este mundo como um lugar de penitência [*als einen Ort der Buße*], isto é, como uma penitenciária, por assim dizer [*gletschsam als eine Strafanstalt*], uma colônia penal [em inglês no original] - uma *ergasterion*....¹⁵

Nos escritos de Kafka sobre o sofrimento, no entanto, não há espaço para metáforas ou figuração, mas apenas verdade literal. Não há *als* nem ‘como se’ para silenciar o acoplamento entre o mundo e a penitenciária: para Kafka, o mundo é uma Colônia Penal.¹⁶ A descrição detalhada e

11 - KAFKA, Franz. ‘*In der Strafkolonie*’. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970.

12 - Para este ensaio, consultei várias traduções de Kafka e Nietzsche. Os textos ingleses que citei são, portanto, um composto de numerosas fontes. Por conseguinte, considere adequado referir apenas as fontes originais que usei. Isso vale para toda a literatura utilizada. A disponibilidade de traduções em inglês pode ser verificada a partir dos índices de publicação relevantes.

13 - PIERRE, Rolland. *Odradek. Loi de Kafka*. Paris: Les Editeurs Français Réunis, 1976.

14 - KAFKA, Franz. *Der Prozeß*. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1935.

15 - SCHOPENHAUER, Arthur. *Parerga und Paralipomena II*. *Sämtliche Werke*. Sechster Band. Wiesbaden: Brockhaus (orig. 1851), 1947, p. 328 (§ 156).

16 - SOKEL, Walter H. *Franz Kafka - Tragik und Ironie*. Zur Struktur seiner Kunst. München/Wein: Albert Langen & Georg Müller, 1964, p. 9-30.

visual de Kafka da colônia penal, na precisão pedante do entomologista observando, catalogando e categorizando os fenômenos do mundo dos insetos.

Esse estilo enciclopédico possui certas implicações poéticas. A ilustração minuciosa e pictórica do mundo esboça um design cada vez mais preciso que, há apenas alguns instantes, só existia como alegoria. Em pouco tempo, o leitor enfrenta um ambiente literário ilustrado com tal intensidade que seus contra-argumentos racionais - se houver algum - finalmente cedem. Isso também acontece em “*In der Strafkolonie*”.¹⁷ Uma descrição literária da colônia penal e seu direito, primeiro figurativamente, irreal e até quimérico, baseia-se no poder dos detalhes para exigir o acesso do representado ao presente e, ao final, o leitor é mais ou menos obrigado a reconhecer seu próprio mundo no pesadelo do conto; a presença de seu mundo literal na representação do ambiente literário.

No entanto, a leitura de Kafka passou a ser regulada por uma lei literária bastante distinta. Nossa compreensão contemporânea sobre a modernidade fez com que o kafkiano e o estado degradado do próprio mundo fossem um ponto de partida. Com nenhuma inocência original, o texto é precedido apenas por nossa consciência de que a verdade dolorosa é velada pelo engano de que o mundo não é o que parece ser, e a leitura da literatura é uma exposição a essa verdade, uma verificação da suposição kafkiana. Kafka é frequentemente associado ao sonho ou, para ser mais exato, com a incapacidade de diferenciar realidade e fantasia, entre o despertar e o pesadelo. Mas, no direito kafkiano, seu nome já nos prometeu que esse pesadelo é real, e, em sua literatura, encontramos o sonho retratado com tamanhos detalhes e com tal rigor que, ao final, preferiríamos ter duvidado de nossa concepção racional do mundo desperto a duvidar das imagens fantásticas criadas pelo poder criador da literatura. O mundo kafkiano não é apenas um produto da imaginação de um autor, nem é algo que poderia vir a ser; ele *existe* na memória histórica da modernidade.

É nesse sentido que Kafka não é apenas um pensamento, como um autor visionário que penetra, através da superfície enganosa da realidade, na verdade dolorosa sobre a modernidade, mas seus textos também têm sinalizado um valor profético. Kafka, um autor judaico, não apenas retrata o horror do mundo como ele realmente é, mas em “*In der Strafkolonie*”, escrito em 1914 (e publicado cinco anos depois), também apresenta um presságio que começaria a se tornar realidade nos próximos 20 anos. Então Kafka, um nome com uma ressonância fatídica, um rosto frágil e um olhar triste, torna-se a fixa fundamentação de uma posição moral e ética em relação aos horrores do mundo.

Um paradoxo é incorporado em tal concepção sobre direito e literatura, escrita com o nome de Kafka. O texto é lido como um sortimento predefinido de sinais e estruturas do mundo kafkiano, enquanto o leitor simplesmente reconhece algo que já foi ditado pelas promessas da assinatura, pelo direito kafkiano. A literatura de Kafka não gera um mundo *ex nihilo*, mas apenas verifica os atributos do mundo que precedem o texto. Esses atributos foram dados em nome próprio, mas a assinatura está enganando; inexoravelmente, o poder criador da literatura cria algo que o leitor do kafkiano recusa-se a ver, confiando cegamente no nome próprio e nas promessas de assinatura, um suplemento que torna mais ou menos problemática a fixação razoável do mundo kafkiano.

17 - POLITZER, Heinz. **Franz Kafka, der Künstler**. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1965, p. 156-178.

A obsessão temática de Kafka com questões sobre direito e justiça não pode ser negligenciada, não se relacionando apenas com uma educação e profissão jurídicas. O agente de seguros enxerga algo absolutamente mais essencial no direito, algo que retrata o mundo em geral: o direito é o kafkiano. O direito no mundo kafkiano, como descrito em “*Der Prozeß*”, é frequentemente apresentado com três inversões: ausência de geometria espacial e organização (direito atópico), ausência de causalidade e diferenciação temporal (direito acrônico) e ausência de uma fonte de origem e legitimidade (direito anárquico).¹⁸

O aspecto atópico do direito é, acima de tudo, evidente na desintegração das estruturas hierárquicas da sistemática jurídica em segmentos lineares de poder coextensivo. A estrutura hierárquica do direito é justaposta a uma arquitetura flexível ou sem forma, permitindo que o direito amplie seu poder em qualquer lugar. A busca de K. por justiça é, como todas as buscas similares, a procura por um poder hierarquicamente soberano que possa autorizar ou proibir a persistente perseguição por parte dos representantes do direito (no final, ambas são conclusões igualmente aceitáveis para o caso de K.). Tais hierarquias não estão decisivamente ausentes, mas o acesso a um nível mais elevado se tornou impossível ou negado. No preâmbulo frequentemente citado em “Diante da Lei”, recontado pelo padre, o porteiro “poderoso [mächtig]” nega ao camponês o acesso à lei, mas observa que os corredores da lei são guardados por numerosos outros porteiros mais poderosos [mächtiger] do que os outros.¹⁹

Entretanto, tal inversão não é sem forma. Ao deixar K. fora do portão da lei, impõe-se uma lógica horizontal de subjugação burocrática, em oposição a uma lógica vertical presumida do direito. A inversão não se aplica apenas à dimensão espacial do direito, mas também é característica da dimensão temporal. O elemento tempo é invertido de várias maneiras: uma consequência traz uma causa, um veredicto de culpa exige um crime, um castigo exige um condenado. O título alemão de “O Processo”, “*Der Prozeß*” indica que o procedimento jurídico, isto é, o procedimento empírico de evidência da existência do direito, é entendido como uma sucessão de sequências de tempo, em vez da “tentativa” de uma acusação ou de uma alegação de inocência. A verdade do direito, como é entendida por K., é análoga à rigorosa observância das regras de um processo formal, e é também a ruptura dessa formalidade que provoca a ansiedade de K. Contudo, a ruptura do processo formal não significa uma total ausência de lógica temporal. K. não está em um vazio temporal sem estrutura nem forma, mas, ao invés disso, é obrigado a recuar em um tempo contracronológico; o retorno a um passado inconsciente ao qual ele está alheio. Daí as dúvidas sobre se K. realmente cometeu ou não um crime e o resultado nebuloso das sensações de culpa.

A terceira inversão, a anarquia do direito, significa a personagem de uma fonte ou legislador desaparecidos – que explicaria a validade empiricamente evidente – e a justificação do direito, que atormenta a vida de K. Este legislador não está, mais uma vez, de todo ausente, para alguém ou algo que governa o mundo kafkiano:

Non est Deus, sed legislator, qui absconditus est, sed praesens, non contra, sed pro, Deus, qui visibilis est (in sacris et in ritibus), sed qui non existit, sed sicut stella

18 - GARAPON, Antoine. 'Kafka ou le non-lieu de la loi'. *Revue interdisciplinaire des études juridiques* 28: 1-19, 1992.

19 - KAFKA, Franz. *Der Prozeß*. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1935, p. 256.

que ainda lança alguma luz, mas deixou de existir há milhares de anos. Estas imagens da justiça são vestígios sinistros de um direito que deve ter existido, mas são, atualmente, sem coerência, já que não estão mais interconectados por alguma razão jurídica, religiosa ou moral.²⁰

O direito aqui é concebido como uma locução, que exige um locutor (ou um “sujeito”) que pronuncia um direito válido, uma autoridade que o “positive” e, assim, forneça a ele a validade e a justificação necessárias. No kafkiano, tal locutor parece ser reduzido a meras funções e imagens. Seria, no entanto, inexato ver essas funções e imagens meramente como representações miméticas, como meros símbolos de algo que deixou de existir. O direito, como apresentado nos rituais e nas imagens do julgamento de K., é o direito do homem, de éditos humanos que não exigem a legitimação de uma fonte divina, de um legislador super-humano ou de uma razão transcendental.

III

Então, sem um lugar, como seria o direito no mundo kafkiano atópico? Literalmente falando, a colônia penal possui um *topos*, um lugar, semanticamente equivalente a um terreno geográfico. Dizem-nos, por exemplo, que fica numa ilha onde há indústria, com infraestrutura que inclui um porto comercial com docas e seus trabalhadores. A penitenciária é física e socialmente separada de uma pátria colonial, representando uma ordem legal e um poder soberano; a colônia é isolada e insular. Esse isolamento físico e social permitiu o desenvolvimento de um sistema penal e judiciário relativamente autônomo. Também somos informados de que a ilha está nos trópicos e que os trajes pesados do Norte não são adequados para o clima quente; eles são “um importante lembrete da pátria” (*Heimat*), um símbolo vago da autoridade colonial.²¹

O explorador que chegou à ilha é incorretamente distinguido pelo oficial, que explica a execução para ele como um ‘*grande pesquisador ocidental*’ (*großer Forscher des Abendlandes*).²² Ele não é nem um membro da colônia penal e nem um cidadão do estado ao qual ela pertence,²³ e como o explorador só viaja pelo lazer, insiste na versão de que está na colônia como mero observador e que inicialmente não deseja intervir na execução de uma punição que ele, no entanto, considera explicitamente injusta e cruel.

O cenário geográfico da colônia e a posição do explorador estabelecem uma estrutura binária (interior/exterior) que situa a colônia fora da jurisdição de sua terra natal, banida a uma existência solitária no mar tropical. Mas, nesse caso, ser banido dessa maneira dificilmente re-

20 - GARAPON, Antoine. ‘Kafka ou le non-lieu de la loi’. *Revue interdisciplinaire des études juridiques* 28: 1-19, 1992, p. 14-15.

21 - KAFKA, Franz. ‘*In der Strafkolonie*’. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 100.

22 - KAFKA, Franz. ‘*In der Strafkolonie*’. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 113.

23 - KAFKA, Franz. ‘*In der Strafkolonie*’. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 109.

presenta uma desvantagem, pois o próprio isolamento da colônia lhe proporcionou sua relativa autonomia. A criação de um sistema penal independente, com suas próprias leis e métodos próprios de punição, só foi possível porque a colônia foi afastada da influência da pátria colonial e de sua ordem jurídica. Mas banir representa pronunciar um julgamento que demanda a jurisdição eficaz de um juiz, ou seja, um juiz deve pronunciar o veredicto e, ao fazê-lo, concede-se à colônia sua relativa autonomia.

Kafka não oculta o caráter divino desse juiz. Podemos esboçar as linhas de um direito judaico que regula a vida na colônia. O oficial mostra ao explorador as folhas de papel nas quais a sentença do condenado está escrita, conforme os desenhos do antigo comandante. O oficial carrega esses desenhos com ele em uma pasta de couro, como se fossem as tábuas de pedra de um povo escolhido, dentro de uma arca banhada à ouro.²⁴ O oficial confirma que os desenhos do antigo comandante são seus “bens mais preciosos”, e o explorador não pode sequer tocá-los. Na sua arca sagrada, o oficial carrega os mandamentos transmitidos pelo antigo Comandante ao seu carrasco escolhido.

Esses criptogramas são incompreensíveis para o explorador, mas o oficial nos informa sobre o conteúdo de duas folhas. Duas frases são reveladas: “honra teus superiores” (*ehre deinen Vorgesetzten*) e “seja justo” (*sei gerecht*).²⁵ Não estamos, portanto, lidando com sentenças, como afirma o oficial, mas sim com as leis que regem a vida da colônia. No entanto, Kafka nem mesmo fala sobre “leis”, mas sobre comandos ou mandamentos (*Gebot*) contra os quais o condenado agiu em violação. Isso ressalta a relativa autonomia da colônia em relação à antiga pátria colonial e sua ordem jurídica.

Cria-se assim uma estranha contradição. Por um lado, o direito é justaposto a comandos, éditos e ordens individuais obviamente subordinados à ordem jurídica da pátria mãe, uma vez que tais comandos não cumprem os requisitos da universalidade e da sistematicidade, essenciais à ordem jurídica. Por outro lado, o direito é justaposto aos mandamentos sagrados, o pacto divino que o antigo Comandante ordenou para sua colônia. Portanto, o sistema penal da colônia é ao mesmo tempo inferior ao direito, em relação às exigências da universalidade e da sistemática, mas é capaz de anular a ordem jurídica da pátria mãe com sua autoridade divina. O antigo Comandante, a principal fonte de autonomia relativa da colônia, aparece como um Deus que banuiu a si mesmo e a sua colônia do domínio da pátria mãe e de sua ordem jurídica.

A noção sobre uma “lei das leis”²⁶ ou um *Recht* acima da positividade das leis individuais (*Gesetz*) está presente no texto de Kafka como uma exigência densa de “justiça” (*Gerechtigkeit*) e outros conceitos derivados da mesma raiz. Quando, durante o regime do antigo comandante, a multidão se reunia para acompanhar a execução cerimonial das punições, todos sabiam que “*agora a justiça está sendo feita*” [*jetzt geschieht Gerechtigkeit*].²⁷ Assim que o homem condenado se torna

24 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 107.

25 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 104 e 118.

26 - POLITZER, Heinz. *Franz Kafka, der Künstler*. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1965, p. 251-254.

27 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 111.

consciente da aproximação de sua morte, no meio de sua tortura, seu rosto exhibe uma expressão de transfiguração que o oficial chama de “o esplendor da justiça” [*Schein... dieser Gerechtigkeit*].²⁸ É dispensável dizer que o explorador considera a execução uma zombaria da justiça: são inegáveis a desumanidade e a injustiça (*Ungerechtigkeit*) do procedimento.²⁹ Em outras palavras, ele acha que o comando individual e a punição prevista para a violação não obedecem a uma exigência maior de justiça e, portanto, não podem ser expressões do direito.

Para designar Tribunais, Kafka usa o ambíguo termo *Gericht*, que também significa julgamento e jurisdição. No final de sua descrição da execução, o oficial observa que “o julgamento foi realizado” [*das Gericht ist zu Ende*].³⁰ O oficial explica os benefícios de sua concepção de direito, referindo-se às desvantagens da estrutura hierárquica da ordem jurídica: “Meu princípio orientador é o seguinte: nunca se deve duvidar da culpa.” Outros Tribunais [*andere Gerichte*] não podem seguir esse princípio, pois se constituem de várias opiniões, e eles possuem tribunais superiores [*höhere Gerichte*] para reexaminá-los.³¹

Quando o direito se limita a um único nível, a tomada de decisão judicial pressupõe o caráter de subjugação burocrática. Em tais estruturas não hierárquicas de jurisdição, a distinção entre autoridade legislativa e adjudicação torna-se obscura. Clayton Koelb³² indica a relação paradoxal entre leitura e escrita disposta no texto. Koelb argumenta que, na retórica de Kafka, a escrita da sentença no corpo do homem condenado é tanto a leitura entendida quanto a recepção passiva de um texto poderoso:

Escrever é a criação de um modelo que direciona um ato de inscrição, e a leitura é o sofrimento dessa inscrição na psique do leitor. Obviamente, o que é necessário é um mecanismo para mediar, para colocar em contato o texto do modelo do escritor com a matriz psíquica do leitor. A máquina de Kafka possui exatamente essa função.³³

Reescrito em termos de filosofia jurídica, Koelb enfatiza que, em seu sofrimento, o condenado é submetido à adjudicação, isto é, à leitura de um texto poderoso operando sob o pretexto do direito, com a máquina operando como um juiz mediador. Mas a moderna filosofia jurídica não pode reconhecer esse texto poderoso como direito, porque a única razão para o cumprimento de seus ditames é o injustificável poder do terror, que combina o comando tirânico com uma execu-

28 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie', p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 112; sobre o uso que Kafka faz da luz como metáfora jurídico-religiosa, cfr.: BEUTNER, Barbara. *Die Bildsprache Franz Kafkas*. München: Wilhelm Fink, 1973, p. 118-25.

29 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 109.

30 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 108.

31 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 104.

32 - KOELB, Clayton. *Kafka's Rhetoric: The Passion of Reading*. Ithaca/London: Cornell University Press, 1989, p. 66-75.

33 - KOELB, Clayton. *Kafka's Rhetoric: The Passion of Reading*. Ithaca/London: Cornell University Press, 1989, p. 74-75.

ção desumana. A criação do modelo, o direito original do antigo Comandante, é uma escrita em arco [arche-writing]³⁴ que produz criptogramas incompreensíveis, mas como esse direito divino é ilegível, torna-se necessário um mediador ou um juiz de interpretação. No entanto, a máquina obscurece todas as tentativas de se distinguir entre escrita e leitura, entre criação legislativa e adjudicação [interpretação] judicial, assim como a sentença é ao mesmo tempo uma leitura interpretativa de um direito prescrito e uma inscrição original - porque o modelo é ilegível, não podendo ser estritamente “interpretado”.³⁵

Aparentemente, os mandamentos do antigo Comandante não possuíam poder antes de sua gravação nos corpos dos condenados. Ao que parece, o direito apenas pode obrigar se tomar a força (*Gewalt*) para o poder (*Macht*). Na colônia penal, o modelo de direito não tem poder por si só, permanecendo sem sentido para os condenados até a sexta hora de sua execução. Apenas produzindo uma *contemplação*, uma compreensão, pode o modelo de direito reivindicar a posse de algum poder, mas a partir de então, a força já corrompeu o processo. Só então: “[a] compreensão [Verstand] atinge os mais débeis de espírito! Começa ao redor dos olhos. De lá, se espalha. Uma visão que poderia seduzir alguém a passar por baixo da grade com ele”.³⁶

A execução da punição é a encarnação de uma força violenta e ilegal, e é isso que frequentemente é identificado como sendo kafkiano no direito. O único direito verdadeiro no texto parece ser o senso de justiça do explorador e a contemplação que o homem condenado tem de seu próprio destino, no meio da execução, na compreensão que ele alcança no limiar de sua morte. Mas qual é a compreensão que o homem condenado contempla? Seria a natureza injusta de seu destino? Seria o significado do comando individual que ele violou? Ou talvez seja uma filosofia jurídica kafkiana, uma espécie de ‘sabedoria jurídica’ da modernidade?

Pelo menos, o leitor é levado a entender que a visão de uma força violenta, relativamente autônoma e pseudo-jurídica, criada pelo antigo Comandante, é kafkiana em sua crueldade mecânica. Embora seja concebida no domínio da literatura, a execução kafkiana corresponde, com precisão, à experiência da modernidade, com a verdade inexprimível que escapa às tentativas da razão iluminada de conceituar o mundo. Mas o que há de errado com o direito na “Colônia Penal”, além da suposta ‘natureza claramente injusta’ da máquina de tortura? Podemos, mais uma vez, nos voltar para a estrutura hierárquica do direito.

No texto de Kafka, o direito do antigo Comandante é um sistema não hierárquico de subjugação burocrática com base em comandos ilegítimos, enquanto o senso de justiça do explorador parece representar o modo tradicional de pensamento, em que todas as leis individuais estão

34 - NT: É importante notar a presença de Derrida na expressão. Conforme observado por Jack Reynolds: “Em ‘*Of Grammatology*’ e em outros lugares, Derrida argumenta que a significação, amplamente concebida, sempre se refere a outros signos, e que nunca se pode alcançar um signo que se refira apenas a si mesmo. Ele sugere que ‘a escrita não é um signo de um signo, exceto se alguém disser o mesmo sobre todos os signos, o que seria mais profundamente verdadeiro’ (OG 43), e este processo de referência infinita, de nunca chegar ao significado em si, é a noção de ‘escrita’ que ele quer enfatizar. Não se trata de escrever de maneira estritamente concebida, como a inscrição literal em uma página, mas no que ele chama de ‘escrita em arco’ [ing.: *arché-writing*; fr.: *archi-écriture*]. *Arche-writing* refere-se a uma noção mais generalizada de escrita que insiste que a violação que a escrita introduz entre o que se pretende transmitir e o que é realmente transmitido é típica de uma violação originária que aflige tudo o que se deseja manter sagrado, incluindo a noção de auto-presença”. Jack Reynolds, IEP, Verbete Jacques Derrida (1930-2004).

35 - Sobre ‘prescrição’ e Kafka, ver LYOTARD, Jean-François. ‘**Prescriptions**’. p. 35-56. In *Lectures d'enfance*. Paris: Galilée, 1991.

36 - KAFKA, Franz. ‘**In der Strafkolonie**’. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 108.

sujeitas a uma ordem jurídica superior anterior, para uma compreensão substancial do Estado de Direito como justiça.³⁷ Ao final do texto, é-nos oferecida uma verificação objetiva, ao que parece, da existência de tal hierarquia, enquanto o oficial, tendo ouvido a desaprovação do explorador, acaba condenando-se com um comando final: “seja justo [*sei gerecht*]”. Esse comando final obriga o oficial a respeitar um requisito de justiça que é superior a todos os comandos individuais e é a fonte de sua validade e justificação.

IV

Tal afirmação obviamente se refere a um Kafka político, bem distante do homem de letras da tradicional crítica literária. Dentro das velhas tradições sobre as problemáticas relações com o pai e dos infelizes casos de amor, estabelecidos pelas pesquisas sobre Kafka, Gilles Deleuze e Felix Guattari³⁸ (1975) tentaram reavaliar o legado político-cultural do autor. Sua alegação é a de que Kafka não deveria ser lido como o autoevidente proponente de uma “teologia negativa” da modernidade, mas como a abertura para uma política do desejo. A verdade de Kafka não está na afirmação do destino doloroso do homem moderno, mas na possibilidade de uma nova política, e isso se aplica também ao direito. Deleuze e Guattari motivam sua compreensão de Kafka por meio do que eles chamam de “literatura menor”³⁹: estando fora dos reinos de todas as grandes tradições literárias, Kafka não pode ser lido apenas como um autor tentando descrever uma determinada vida e suas circunstâncias, mas sim como o iniciador de um programa político.

Como um artista no mundo do direito - ou talvez vice-versa -, Kafka também escreve o que se pode chamar de “literatura jurídica menor” ou “filosofia jurídica menor”.⁴⁰ Com o dom da visão que comumente é associado ao anseio pela verdade de um artista, Kafka representa o acesso garantido ao *Wesensschau* fenomenológico que lhe permitiria desvendar a essência do direito e

37 - Na língua inglesa, não se traduz bem na distinção alemã entre *Gesetz* e *Recht*. Para este último, usei a noção bastante enganosa de ‘*Rule of Law*’ [Estado de Direito] para distingui-lo do direito positivo. Em algumas traduções de Kafka, *Gesetz* foi utilizado como ‘Lei’, mas não deve ser usado como *Recht*. As línguas romanas se baseiam na distinção feita em latim entre *lex* e *directum* (*loi/droit, ley/derecho*). A tradução literal do último seria “direito” (*right*), embora, no direito romano, o equivalente substantivo de *Recht* provavelmente seja *ius*, “*jus*”. Um fabuloso levantamento etimológico sobre as origens de *ius* é feita por Georges Dumezil. Cfr.: DUMÉZIL, Georges. ‘*Ius*’, in: *Idées romaines*. Paris: Gallimard, 1969, p. 31-45.

38 - DELEUZE, Gilles and GUATTARI, Félix. **Kafka**: Pour une littérature mineure. Paris: Minuit, 1975.

39 - NT: Segundo Deleuze e Guattari, no importante capítulo 3 de sua obra, em torno da indagação sobre uma “literatura menor”, tudo se relacionando com as “linhas de fuga da linguagem”; relevante, portanto, os “conteúdos e suas formas: cabeça inclinada-cabeça erguida, triângulos-linhas de fuga. E é verdade que, no domínio da expressão, cabeça inclinada se conjuga com a foto, cabeça erguida, com o som. Contudo, tanto quanto a expressão, sua forma e sua deformação não são consideradas por elas mesmas, não se pode encontrar verdadeira saída, mesmo ao nível dos conteúdos. Somente a expressão nos dá o procedimento. O problema da expressão não é colocado por Kafka de uma maneira abstrata universal, mas em relação com as literaturas ditas menores - por exemplo, a literatura judaica em Varsóvia ou em Praga. Uma literatura menor não é a de uma língua menor, mas antes a que uma minoria faz em uma língua maior” e mais ainda, pois “a primeira característica é, de qualquer modo, que a língua aí é modificada por um forte coeficiente de desterritorialização. Kafka define, nesse sentido, o beco sem saída que barra aos judeus de Praga o acesso à escritura e que faz da literatura deles algo impossível: impossibilidade de não escrever; impossibilidade de escrever em alemão, impossibilidade de escrever de outra maneira. Impossibilidade de não escrever; porque a consciência nacional, incerta ou oprimida, passa necessariamente pela literatura (“A batalha literária adquire uma justificação real na maior escala possível”).” Cfr. DELEUZE, Gilles and GUATTARI, Félix. **Kafka**: por uma literatura menor. Trad. Júlio Guimarães. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1977.

40 - Segundo Goodrich, uma “filosofia jurídica menor” escapa ao fantasma de um direito soberano ao desafiar “o direito dos mestres” e a ciência que a abraça. Eu acho essa formulação, mais uma vez, demasiado pertencente a uma “obra crítica” do autor: GOODRICH, Peter. **Law in the Courts of Love**, Routledge, 2013, p. 1-3.

enxergar o fenômeno jurídico como ele verdadeiramente é. O *Wesen* do direito, que Kafka atinge, mas que presumivelmente é inatingível para o advogado profissional, apesar de sua caracterização singular na literatura de Kafka, necessariamente também é uma generalização do mundo do direito, uma declaração política sobre ele. Ao marginalizar sua política na “Colônia Penal” [*In der Strafkolonie*] e seu direito, Kafka faz dessa caracterização a base de um direito novo, que encontraria sua expressão por meio da negação à narrativa, em um outro direito.

O perigo reside na ingenuidade interpretativa que afeta a maioria das leituras políticas da filosofia jurídica menor de Kafka. A Colônia Penal [*In der Strafkolonie*] é lida como se seu texto representasse uma forma de justiça literária que, ao contrário, condena o funcionamento do direito à força na modernidade. Desvendando-se a natureza violenta do poder jurídico na sociedade moderna e a incapacidade da moderna filosofia jurídica de assumir a responsabilidade por isso, alega-se que, em sua literatura, Kafka estabelece um padrão normativo para a reforma moral e ética, dentro das noções tradicionais de justiça social.⁴¹ Kafka é lido como se fosse o porta-voz de uma “ética da justiça” antipositivista, independentemente do fato de que nada em seus textos conclusivamente justifique tal posição. Tal ingenuidade interpretativa é reforçada pela identificação do leitor do texto com o explorador, ambos compartilhando aprendizado cultural e valores esclarecidos. Durante o curso da narrativa, o explorador, ao contrário de um leitor não afetado pelo direito kafkiano, nunca está em uma situação na qual não pode crer em seus olhos e ouvidos. Algo assim já seria esperado: a apresentação que o oficial faz da máquina “ofende” o explorador, embora seja, é claro, uma colônia penal “onde medidas extraordinárias eram necessárias e ... a disciplina militar deve ser aplicada até o final”.⁴² O leitor pode apenas verificar significados e valores que precedem o texto.

No entanto, uma interpretação com tal simplicidade é cega para os mais impressionantes elementos do texto de Kafka. Ela ignora completamente, por exemplo, a conclusão da narrativa e a profecia inscrita na lápide do antigo Comandante. Se alguém deseja entregar ao leitor as expectativas de pré-estruturação criadas pelo nome próprio e pelo direito kafkiano, o leitor deve se identificar com o homem condenado em vez do explorador. No começo do texto, o homem condenado é retratado como um homem comum, incapaz de compreender a língua francesa falada pelo oficial e pelo explorador. O texto o descreve como uma criatura de boca larga e aparência estúpida, com cabelo desgrenhado e rosto “que, como um cão submisso”,⁴³ “imitou o explorador”-⁴⁴na tentativa de entender a apresentação do oficial, mas “não conseguia tirar nem a cabeça nem a cauda dali”.⁴⁵ Portanto, ele é incapaz de acompanhar a apresentação da máquina. De maneira semelhante, um leitor não afetado pelo direito kafkiano é muito parecido com o homem condenado que desesperadamente busca entender o relato do autor sobre a colônia e seu direito, mas, sendo

41 - EMRICH, Wilhelm. **Franz Kafka**. Bonn: Athenäum, 1958, p. 220-226.

42 - KAFKA, Franz. **'In der Strafkolonie'**. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 105.

43 - KAFKA, Franz. **'In der Strafkolonie'**. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 100.

44 - KAFKA, Franz. **'In der Strafkolonie'**. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 103.

45 - KAFKA, Franz. **'In der Strafkolonie'**. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 104.

incapaz de dominar os significados que a linguagem literária gera, pode, a princípio, apenas imitar a compreensão.

Mas, de repente, o objetivo da execução é cumprido: “a iluminação vem aos mais estúpidos”,⁴⁶ isto é, para o homem condenado. Há uma mudança considerável em sua compreensão do que está acontecendo, e uma mudança similar ocorre no texto e na sua concepção de validade e de justificativa do direito que regula a execução. Quando o oficial se coloca entre a cama e a grade, o homem condenado percebe que o explorador, sem dúvida, deu um comando que de alguma forma corrige um erro que ele sofreu.⁴⁷ Como o homem condenado, finalmente mostrando a transfiguração do ‘esplendor da justiça’, entende e avalia o direito da colônia? Por outro lado, como é que o leitor, que até agora só consegue imitar a compreensão do explorador sobre a execução, percebe a filosofia jurídica menor de Kafka? Uma resposta pode ser formulada com a ajuda de Friedrich Nietzsche.⁴⁸

Para Nietzsche, o laço social que constitui uma sociedade é baseado na promessa. Uma promessa é um compromisso em se agir de uma maneira prescrita, e, em troca disso, o indivíduo recebe as vantagens de viver em uma comunidade. Mas, mesmo que o homem faça com que suas ações sejam previsíveis, por meio da promessa de agir de uma certa maneira, ele frequentemente esquece o que prometeu. Portanto, um lembrete é necessário, e é assim que Nietzsche conceitua a punição. A punição física é um Mnemônico da dor, uma maneira dolorosa de lembrar ao homem esquecido de seus compromissos e promessas, dos seus deveres e responsabilidades sociais com a comunidade. A técnica mnemônica de Nietzsche é simples: a promessa que se quebrou é escrita na pele do criminoso, a ferro e fogo, porque só o que causa dor incessante será lembrado. A comunidade participa dessa tortura literária, mas não por meio da identificação com a vítima ou apenas a sensação de vingança, mas experimentando puro prazer em infligir dor ao outro; a punição é uma festa de crueldade.⁴⁹

O caráter festivo e mnemônico da execução na Colônia Penal é bastante claro. O oficial descreve entusiasticamente as execuções de “tempos antigos”, quando o vale estava cheio de pessoas que tinham descido para desfrutar do assassinato cerimonial.⁵⁰ A intenção fútil do oficial parece ser a de reviver uma velha tradição que está rapidamente se degenerando, e ele não consegue entender porque o explorador não percebe a glória dessa tradição. Como o texto de Nietzsche, o conto também envolve claramente três níveis diferentes de história: a cultura dionisíaca do antigo Comandante, tão vivamente descrita pelo oficial emocionado; a degradação desse passado trágico no ritual vazio, ameaçado pelos ideais apolíneos do novo Comandante; e, finalmente, o futuro

46 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 108.

47 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 119.

48 - As afinidades filosóficas de Kafka com Kierkegaard e Schopenhauer foram estudadas em maior medida. Patrick Bridgwater (1974, p. 13-14) é responsável pelo modesto interesse em Nietzsche pelas antipatias pessoais de Max Brod. A falha interpretativa de Brod em enxergar as afinidades entre Kafka e Nietzsche também é notada por Alan Udoff (1987). As características nietzscheanas de Kafka são ampliadas em seus textos sobre direito.

49 - NIETZSCHE, Friedrich. *Zur Genealogie der Moral*. p. 802-804 and 806-808 (Part II, §§ 3 and 6).

50 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 111.

messiânico profetizado por Nietzsche e gravado na lápide do antigo Comandante.⁵¹

Tal concepção de punição como execução cerimonial opera em relação a um entendimento específico de direito e justiça. Para Nietzsche, o direito como *Gesetz* é sistema positivado e, portanto, um direito “positivo”. O direito existe apenas na medida em que se conforma à validade (*Geltung*), e o direito é válido se a vontade (*Wille*) que o positivou tem o poder (*Macht*) para fazer isso. Em outras palavras, para Nietzsche, o direito existe se for válido, isto é, se for poderoso e efetivo. De acordo com Philippe Nonet,⁵² a identificação de validade e existência em Nietzsche é uma referência à ontologia cristã medieval, de acordo com a qual algo existe apenas tanto quanto o ser possa ser entendido como a atualidade (*actualitas*) do poder que o criou (*actus purus*). Como o comando dado por uma vontade particular, o direito poderia estar de acordo com a realidade (*Wirklichkeit*) e a eficácia (*Wirksamkeit*) do poder de comando. Então, o direito seria o comando efetivo em que o comando dado e a obediência correspondente são indistinguíveis.

Mesmo as formas mais rígidas de positivismo jurídico não estariam dispostas a aceitar uma visão tão extremada do direito como poder incondicional de comando. Em todo pensamento jurídico, a autoridade, para positivizar o direito, está sujeita a uma regra de direito prévia e superior, ou *Recht*, que não comanda por si só, mas apenas funda a autoridade para comandar, ao mesmo tempo em que estabelece as condições para o uso legítimo dessa autoridade. Com Nietzsche, a relação entre um comando e a sua natureza legítima e justa, ou entre o direito e o Estado de Direito, foi colocada de cabeça para baixo. O Estado de Direito e a justiça são criações do legislador, criaturas do direito. A atividade de comando do poder mais alto está positivando o direito, na sua criação, na poderosa manifestação do que é certo (*Recht*) e do que é errado (*Unrecht*). Segundo Nietzsche, o certo e o errado só podem existir pela criação do direito, como direito posto, e falar deles como tal seria sem sentido.

Para Nietzsche, como expressão de uma vontade dominante, o direito é o Estado de Direito, ou a justiça que justifica ou condena, ou, em última análise, para ele, a natureza justa ou injusta de qualquer procedimento está baseada na posição do direito, e não no Estado de Direito. De acordo com isso, o poder para comandar e positivizar o direito é a base do Estado de Direito, de todas as concepções de certo e errado. Mas esse poder deve, ele mesmo, encontrar sua própria autoridade. Coincidindo com cada comando individual, cada avaliação legislativa do que é certo e errado, essa vontade deve estabelecer seu próprio poder de comando antes do objeto de comando. O Estado de Direito e a justiça são, ao final, expressões da vontade de poder (*Wille zur Macht*). O jurídico é sempre uma exceção instrumental à infinitude da vontade de poder; um Estado de Direito soberano e universal é um princípio hostil à própria vida.⁵³

V

No texto de Kafka, uma fonte evidente de poder absoluto na Colônia é, naturalmente, o reinado do antigo Comandante. Mas como já notamos antes, o velho Comandante age na narra-

51 - BRIDGWATER, Patrick. *Kafka and Nietzsche*. Bonn: Bouvier & Herbert Grundmann, 1974, p. 104-111.

52 - NONET, Philippe. ‘What is Positive Law?’, *The Yale Law Journal*, 100: 667-99, 1990.

53 - NIETZSCHE, Friedrich. *Zur Genealogie der Moral*. p. 814-817 (Part II, § 11).

tiva como uma divindade que, com sua autoridade suprema, valida e justifica o direito na colônia. Em outras palavras, o antigo comandante funciona como um poder hierarquicamente supremo que garante a validade e a justificação do direito da mesma forma que o Estado de Direito ou a justiça fariam na compreensão convencional do direito. Além disso, o caráter divino do antigo Comandante não se encaixa bem em na concepção nietzscheana de direito e justiça. Mas existem exemplos individuais de criação do direito no texto que constituem o direito no sentido nietzscheano: a ordem para guardar a porta do capitão, a condenação da sua violação e, mais notavelmente, a participação do explorador na execução do oficial.

Depois que o oficial pede ajuda ao explorador para convencer o novo comandante sobre os méritos da máquina, o explorador responde admitindo que ele se perguntara se ele tinha o “direito [ob ha berechtigt wäre]”⁵⁴ de intervir e pronunciar seu próprio julgamento em relação à execução. Isso é o que ele finalmente faz. Mas, ao mesmo tempo, ele concorda em participar na execução do oficial; para participar da administração de uma punição, ele acabou declarando algo errado. Se ele fosse consistente, o explorador seria obrigado a condenar a execução como injusta e desumana mesmo quando o oficial se coloca entre a cama e a grade. O explorador “sabia muito bem o que iria acontecer, mas ele não tinha o direito [er hatte kein Recht] de obstruir o oficial em qualquer coisa”.⁵⁵ O explorador escolhe permanecer em silêncio, em uma situação em que ele parece ser obrigado a protestar. Permanecendo em silêncio, ele dá o comando e, ao mesmo tempo, anula qualquer exigência suprema de justiça, sujeitando a justiça à sua própria posição sobre a correção do direito.

Mas não há contradição. Os dois julgamentos do explorador não são regulados por uma exigência transcendental de justiça; ambas as decisões, a condenação da execução e a participação na execução do oficial, são expressões da vontade de poder do explorador. Em termos nietzscheanos, a participação do explorador na execução do oficial só foi possível porque a exigência da justiça inscrita na segunda folha (*sei gerecht*) não pode, por si só, comandar para fazer qualquer coisa. Jean-François Lyotard tentou esclarecer a natureza da exigência de justiça como uma “lei das leis” sob um outro ângulo. No direito judaico, “seja justo” é um “metadireito” que prescreve justiça, mas nunca se pode saber o que é ser justo. Em outras palavras, é preciso ser justo caso a caso. A cada vez, alguém deve primeiro decidir, comprometer-se consigo mesmo, e só então alguém pode meditar sobre se o que se tem feito foi justo ou não.⁵⁶

O oficial, por outro lado, está “pelo menos parcialmente satisfeito” e declara que “a hora chegou”. Chegou a hora porque algo foi profetizado; a profecia escrita na lápide do antigo Comandante está finalmente se cumprindo. Ele então olha para o explorador com olhos brilhantes que traziam algum desafio, algum apelo à cooperação”.⁵⁷ Com o silencioso comando do protesto desaparecido e participação voluntária na execução do oficial, o explorador sujeitou a exigência

54 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie', p. 100-23. In Sämtliche Erzählungen. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 116.

55 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie', p. 100-23. In Sämtliche Erzählungen. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 119.

56 - LYOTARD, Jean-François; THÉBAUD, Jean-Loup. **Au juste. Conversations**. Paris: Christian Bourgois, 1979, p. 101-102.

57 - KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie', p. 100-23. In Sämtliche Erzählungen. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 117-118.

da justiça à sua própria vontade de poder e, tendo feito isso, ele assumiu a posição de salvador, prevista na profecia; o Messias “ressuscitou novamente” como os adeptos anônimos do velho Comandante, isto é, o soldado e o condenado, que o seguem como discípulos fiéis.

Quem é esse Messias? Em seu “prelúdio de uma filosofia do futuro”, Nietzsche profetiza a vinda dos novos filósofos, os filósofos do perigoso “talvez”, que são:

... comandantes e legisladores [*Befehlende und Gesetzgeber*]: eles dizem: ‘Assim será! ‘Eles primeiro determinam o “Onde” e o “Porquê” da humanidade, e assim, deixam de lado o trabalho anterior de todos os trabalhadores e subjugadores filosóficos do passado ... Seu ‘saber’ é criar, a criação deles é uma lei, sua vontade de verdade é - vontade de poder.⁵⁸

O soldado e o condenado saem correndo da casa de chá depois do Messias, o criador do direito do porto, e “provavelmente queriam forçá-lo até o último minuto para levá-los consigo”.⁵⁹ Mas o explorador entra no barco e levanta uma corda pesada do chão, impedindo que seus discípulos subam a bordo. Ele denuncia a posição do Messias oferecido a ele, escapando assim do manto do mestre que a profecia ordenou que ele carregasse. Mas sua fuga só pode ser tão bem-sucedida quanto a daquele que foge de seu destino: filósofo, infelizmente, um ser que muitas vezes foge de si mesmo, muitas vezes tem medo dele mesmo, mas cuja curiosidade sempre o faz “vir para si mesmo” novamente.⁶⁰

REFERÊNCIAS

BEUTNER, Barbara. **Die Bildsprache Franz Kafkas**. Munchen: Wilhelm Fink, 1973.

BINDER, Hartmut (ed.) **Kafka. Handbuch in zwei Banden**. Stuttgart: Alfred Kröner, 1979.

BRIDGWATER, Patrick. **Kafka and Nietzsche**. Bonn: Bouvier & Herbert Grundmann, 1974.

CIXOUS, Hélène. **Readings. The Poetics of Blanchot, Joyce, Kafka, Kleist, Lispector, and Tsvetayeva**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1991.

DELEUZE, Gilles and GUATTARI, Félix. **Kafka: Pour une littérature mineure**. Paris: Minuit, 1975.

58 - NIETZSCHE, Friedrich. **Jenseits von Gut und Böse**. Vorspiel einer Philosophie der Zukunft. Werke in zwei Bänden. Band II. München/Wien: Carl Hanser (orig. 1886), 1967, p. 676–677 (§ 211).

59 - KAFKA, Franz. **‘In der Strafkolonie’**. p. 100–23. In *Sämtliche Erzählungen*. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970, p. 123.

60 - NIETZSCHE, Friedrich. **Jenseits von Gut und Böse**. Vorspiel einer Philosophie der Zukunft. Werke in zwei Bänden. Band II. München/Wien: Carl Hanser (orig. 1886), 1967, p. 752 (§ 292).

DERRIDA, Jacques. **Préjugés. Devant la loi**. p. 87-139 in Jacques Derrida et al., La faculté de juger. Paris: Minuit, 1985.

DUMÉZIL, Georges. 'Ius'. p. 31-45. In Idées romaines. Paris: Gallimard, 1969.

EMRICH, Wilhelm. **Franz Kafka**. Bonn: Athenäum, 1958.

GARAPON, Antoine 'Kafka ou le non-lieu de la loi'. **Revue interdisciplinaire des études juridiques** 28: 1-19, 1992.

GOODRICH, Peter. **Law in the Courts of Love**. Routledge, 2013.

KAFKA, Franz. **Der Prozeß**. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1935.

KAFKA, Franz. **Briefe an Milena**. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1952.

KAFKA, Franz. 'In der Strafkolonie'. p. 100-23. In Sämtliche Erzählungen. Herausgegeben von Paul Raabe. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1970.

KOELB, Clayton. **Kafka's Rhetoric: The Passion of Reading**. Ithaca/London: Cornell University Press, 1989.

LYOTARD, Jean-François. 'Prescriptions'. p. 35-56. In Lectures d'enfance. Paris: Galilée, 1991.

LYOTARD, Jean-François; THÉBAUD, Jean-Loup. **Au juste. Conversations**. Paris: Christian Bourgois, 1979.

NIETZSCHE, Friedrich. **Jenseits von Gut und Böse**. Vorspiel einer Philosophie der Zukunft. Werke in zwei Bänden. Band II. München/Wien: Carl Hanser (orig. 1886), 1967.

NIETZSCHE, Friedrich. **Zur Genealogie der Moral**. Werke in zwei Bänden. Band II. München/Wien: Carl Hanser (orig. 1887), 1967.

NONET, Philippe. 'What is Positive Law?'. **The Yale Law Journal** 100: 667-99, 1990.

PIERRE, Rolland. **Odradek. Loi de Kafka**. Paris: Les Editeurs Français Réunis, 1976.

POLITZER, Heinz. **Franz Kafka, der Künstler**. Frankfurt am Main/Hamburg: S. Fischer, 1965.

SCHMIDHAUSER, Eberhard. 'Das "Gesetz" in Franz Kafkas Roman "Der Der Prozeß"'. p. 803-17. In Fritjof Haft et al. (eds), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag. Heidelberg: C. F. Müller, 1993.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Parerga und Paralipomena II**. Sämtliche Werke. Sechster Band.

Wiesbaden: Brockhaus (orig. 1851), 1947.

SO KEL, Walter H. **Franz Kafka - Tragik und Ironie**. Zur Struktur seiner Kunst. München/Wein: Albert Langen & Georg Müller, 1964.

UDOFF, Alan. **'Before the Question of the Laws'**. p.178-213. In Alan Udoff (ed.), *Kafka and the Contemporary Critical Performance. Centenary Readings*. Bloomington/Indianapolis: Indiana University Press, 1987.

WEINSTEIN, Arnold L. **Vision and Response in Modern Fiction**. Ithaca/London: Cornell University Press, 1974.

