



RDL

REDE BRASILEIRA
DIREITO E LITERATURA

KAFKA PENALISTA: DA FICÇÃO LITERÁRIA À REALIDADE PENAL

RAPHAEL HENRIQUE FIGUEIREDO DE OLIVEIRA¹

RESUMO: A partir das obras literárias de Franz Kafka, pautadas pela fantasia literária e dimensão criativa do autor, despontam temas que figuram os males contemporâneos da ciência penal. A literatura, que neste artigo se funde ao Direito para explorar aquilo que a prática forense insiste em mascarar, ilustrará a inversão garantista que a persecução penal tem bradado como medida do justo. Da legalidade criminal sucateada à intervenção mínima penal esquecida, aponta-se a Kafka que tingia esse quadro no ainda decorrer do século XX, e que, infelizmente, segue atual. A metodologia deste artigo abarca os estudos de *Direito e Literatura*, propondo a reflexão crítica da ciência jurídica. O texto ganhará corpo e forma através do fantástico universo literário de Kafka, importados os seus devaneios para a prática penal hodierna.

PALAVRAS-CHAVE: direito e literatura; Franz Kafka; direito penal; persecução penal.

1 LINHAS INTRODUTÓRIAS: DO VIÉS JURÍDICO NO UNIVERSO KAFKIANO

A obra de Franz Kafka é envolta por incertezas, com personagens findados em realidades dúbias e distorcidas, experiências paradoxais e contingências aflitivas das quais não se esquivam. A narrativa kafkiana poderia, assim, ser compreendida a partir deste ponto fulcral: em Kafka não há salvação! Para o literato, a realidade se distorce em relações interpessoais pautadas pela miséria existencial, na qual o homem, reduzido à condição de ser erradio, não conseguirá existir no mundo senão em conflito com seu destino de aflições.

¹ Graduado em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Sertãozinho, São Paulo, Brasil. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6997050724303580>. E-mail: rhfo_93@msn.com.

Os personagens kafkianos, comumente deparam-se com poderes materializados ora num processo interminável, como em *O processo*, e noutros momentos numa condenação à morte através da tortura, a exemplo de *Na colônia penal*. Esses poderes que subjugam os personagens de Kafka são aniquilantes, superiores às suas vontades e invasivos, precedendo às condenações futuras e inadiáveis que nas narrativas existem, e nisso está o universo literário típico do autor. Kafka teria dito: “Existe um alvo, mas não existe um caminho; aquilo que nós chamamos de caminho é hesitação” (Carone, 2009a, p. 56). Ou então: “No mundo existe muita esperança, mas não para nós” (Carone, 2009b, p. 56).

Os escritos de Kafka são, pois, janelas escancaradas aos infortúnios da realidade. Kafka é, inevitavelmente, um realista, ao qual a narrativa ficcional e mágica é a válvula de escape elegida. Seu universo literário é uma alegoria fantástica, mas, embora assim seja, as convergências com a realidade superam o ficcional que suas obras contêm.

Kafka desmascara a realidade num universo literário utópico, desconstruindo-a para reconstruí-la, penetrando no cerne das relações rotineiras e ilustrando-as através do absurdo que não mais contingência aos homens. É, então, no absurdo kafkiano que estão revelados os delírios do homem moderno e de seu tempo.

Quanto aos leitores, o caráter enigmático das obras de Kafka interessa, dentre outras razões, pela contemporaneidade e estreita relação com a facticidade do mundo moderno e pós-moderno, inclusive no universo jurídico. Ocorrendo, neste último caso, que as pungências kafkianas se evidenciam quando confrontadas às infelicidades de um sistema legal viciado.

De certo modo, mesmo aquele que é leigo nas ciências jurídicas se vê provocado pelos tormentos de K. e seu processo – qualidade apontável nas narrativas kafkianas, que mesclam ficção à realidade. Com isso, as tramas de Kafka, naquilo que se interseccionam com o Direito, não são apenas compreensíveis aos juristas, mas também àqueles que, através da janela da literatura kafkiana, almejam vislumbrar o horizonte turvo para o qual o gênio literato aponta. Noutras palavras, as obras de Kafka estão repletas de questões caras ao Direito, e tal fato instiga os leitores juristas, que, cientes

das insuficiências dos manuais às suas formações crítica e sensível, avalizam os estudos de *Direito e Literatura* à luz dos escritos kafkianos.

No universo do literato, permeado pelas tragédias da prática forense, destacam-se como obras representativas dessa temática: os romances *O castelo* e *O processo*; o conto *Na colônia penal*; e a enigmática parábola *Diante da Lei*. Essas obras possuem em comum o fato de incluírem nas suas tramas as feridas jurídicas que na literatura de Kafka são agigantadas para impactar o leitor. O tecnicismo desmedido e a burocracia limitante que assolam a prática jurídica são elevados a outros níveis de percepção, e, assim, a sanção penal, por exemplo, amplamente discutida nas ciências criminais, no universo kafkiano não encontra limites. Igualmente, se acaso o réu não é sentenciado à morte por um juiz, a Kafka tal fato é indiferente, pois o processo se incumbirá do feito; a Justiça perseguirá os culpados que exalam o “cheiro da culpa”, e sua literatura, definida como realista, desvela a perseguição penal desvairada.

Vencidos séculos de tradição jurídica, os juristas modernos convivem com um Direito inautêntico, desgarrado de humanidade, do qual são eles, ao mesmo tempo, autores e vítimas; um Direito em que, na esfera penal, as funções penais esvaziam-se frente às condenações que despontam banais à rotina dos tribunais e da mídia.

A literatura de Kafka antecipa aos seus leitores que a trama de um personagem, acusado por alguém que desconhece, por ter praticado um crime não sabido, é justamente o desnude da ordem penal vigente. E, à vista dessas ideias, não hesitarão os juristas quanto à imprescindibilidade dos estudos de *Direito e Literatura*, em especial se fundados num literato como Kafka, capaz de promover nos seus leitores a transição da postura acrítica para a crítica.

Curiosamente, a aproximação de Kafka com o Direito explica-se pela sua formação como jurista, circunstância que, aliada a tantas outras, faz de suas narrativas textos de autoridade. Kafka conhece os meandros daquilo que critica, de modo que a crítica feita possui como alicerce a própria realidade jurídica – em especial a realidade jurídica penal.

2 A CRISE DA LEGALIDADE NO PROCESSO KAFKIANO

Walter Benjamin, filósofo do século XX, escreveu em ensaio literário sobre Franz Kafka que: “É certo que na obra de Kafka o direito escrito existe nos códigos, mas eles são secretos” (1987a, p. 140). Noutra passagem, retirada de arquivos pessoais e inserta em uma carta remetida a Gershom Scholem, W. Benjamin considera que o homem moderno contido nas narrativas kafkianas está “[...] entregue a um aparelho burocrático impenetrável, cuja função é dirigida por instâncias que permanecem imprecisas aos próprios órgãos executores, quanto mais a quem é manipulado por elas” (1993, p. 100).

As críticas de Benjamin à obra kafkiana provocam não apenas pelo valoroso juízo analítico das narrativas, mas igualmente por suas proximidades com as críticas ao sistema penal repressivo moderno, que atenta à persecução penal justa e racional. As observações do pensador alemão, revelam que é prescindível ao leitor de Kafka o domínio da ciência jurídica para, nos escritos do autor, reconhecer os vícios de legalidade, que, por exemplo, o processo de K. – naquela que é a obra mais simbólica do escritor tcheco em intersecção com Direito – contém.

A crise da legalidade em Kafka é representada, em suma, por um processo em que o acusado, entre outros infortúnios, desconhece o teor da acusação que sobre ele impera – conjuntura vivenciada por Josef K. – e por um ideal penal punitivo, simbolizado pela tortura e praticado através da tradição conservadora –, a exemplo da máquina penal que escreve no corpo do condenado o teor de sua sentença, a qual preexiste a ele e ao próprio crime, ilustrada em desenhos ininteligíveis a quaisquer outros que não àqueles que executam as penas.

Em oposição a essas figurações viciosas, as leis penais devem constituir um todo acessível e inteligível aos homens sobre os quais vige, prontamente indicando os limites da persecução penal, a fim de afastá-la da tortura e arbitrariedade.

Ao ordenamento penal não é facultado, como ocorre na literatura kafkiana, ser ininteligível ou secreto, pois essas circunstâncias paradoxais não cabem num Estado de Direito; afinal a lei, desconhecida pelos homens, seria justamente o que os puniria, escrevendo nos corpos do condenado o

mandamento que descumpriram, sem que, ao menos, tivessem eles a ciência de que dado mandamento vigia.

O homicídio de Josef K., praticado pelos assistentes de seu processo que cravam em seu peito uma faca, girando-a por duas vezes, ou mesmo a tortura do condenado que somente se saberá “condenado” no instante da execução da pena, ocasião em que terá que descobrir, pelos movimentos que o rastelo da máquina fizer em seu corpo, o conteúdo de sua sentença condenatória, como em *Na colônia penal*, põem em *xequê* a prática penal.

O direito penal é estruturado e instrumentalizado por um corpo social e político, que simboliza em aparatos repressivos as condutas impraticáveis naquele meio, pois passíveis de pena. À vista disso, o regramento penal é construção humana e, por essa razão, deve servir ao conhecimento de todos, e não somente de alguns privilegiados que, coincidentemente, são os mesmos que julgarão os condenados ignorantes da lei: “O direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas *dentro de e para uma sociedade* que concretamente se organizou de determinada maneira” (Batista, 2011a, p. 19).

A persecução penal compatível com o Estado de Direito, porque justa e racional, compreensível e oficiosa, tem como pressuposto, que a legitima e faz vigor, a difusão do regramento repressivo a todos do povo. A compreensão pelo povo acerca daquilo que é o texto repressivo é garantia dos limites da persecução penal, evitando que ela fareje, como nos escritos kafkianos, por elegidos que exalam certo “cheiro de culpa”.

Da prática de um injusto penal decorrerá uma correspondente pena. Em verdade, justamente é a pena, “espécie particularmente grave de sanção” (Batista, 2011b, p. 41), que transmuta um ilícito em crime. Trata-se de uma decisão política, oriunda de um processo legislativo, no qual os legisladores, representantes do povo, optam por penalizar dadas condutas em detrimento de outras, que, a partir de então, figurarão como crimes.

Na ótica da doutrina penal moderna, a pena não é consequência da prática criminosa, mas seu fundamento de possibilidade, posto que o ilícito só é crime porque houve uma decisão pretérita que o erigiu a essa condição. Então, como admitir que se faça das decisões políticas – essas que

transmutam ilícitos em crimes – conteúdos misteriosos àqueles que compõem o corpo social?

É imprescindível, portanto, num Estado de Direito, que os preceitos primários e secundários da norma penal sejam claros, lógicos e precisos. É indispensável, também, que as leis penais contenham todos os atributos necessários às suas limitações, num contrassenso lógico à persecução penal desmedida que é praticada à luz de ordenamentos vagos, desconhecidos e inacessíveis, como nas obras kafkianas.

As ideias elencadas induzem à legalidade e lhe dão forma; e, sob a ótica principiológica, elas impõem limites ao direito de punir do Estado, garantindo que o cidadão não seja surpreendido com aparatos repressivos torturantes ou secretos.

Num apanhado histórico, o princípio da legalidade tem como berço a Revolução Francesa e nasce do ideal de não sujeição dos homens aos arbítrios de poder totalitário que projete nas punições, sobretudo naquelas torturantes, símbolos de perpetuidade. Nota-se que, a partir do século XVIII, as classes do povo que não transitavam pelos poderes compreendem a essencialidade do enfrentamento de ideais de domínio que expressassem as vontades de alguns em oposição às liberdades de outros:

Os novos ideais pregavam a necessidade da substituição da vontade do soberano e dos julgadores, por uma vontade geral, a qual deveria estar contida numa disposição normativa emanada do Poder Legislativo, com reconhecida legitimidade popular, vinculada aos poderes legais. Tais ideais preconizavam que o cidadão não podia mais ser um mero instrumento do poder, ou sujeito passivo do absolutismo monárquico, mas um partícipe e controlador deste poder, com direito a certas garantias, como a ser submetido ao império da vontade popular e não à vontade particular dos detentores do poder (Giacomolli, 2007a, p. 152).

Passados duzentos e vinte e oito anos da Revolução Francesa, as leis penais modernas, na média dos países do mundo, são oriundas de um processo legislativo legítimo, e não mais subjagam aqueles sobre os quais vige. Entretanto, não obstante o avanço histórico, o entendimento doutrinário é de que essa abordagem do princípio da legalidade é de cunho estritamente formal, e que, por essa razão, deve-se perquiri-lo noutras perspectivas.

Isto é, a despeito de leis penais consagradas à luz do devido processo legislativo, e, portanto, representativas dos anseios do povo, não é permitido ao Direito Penal a invasão das esferas de garantias individuais dos cidadãos, sob o pretexto de que o Estado assim o faz por prestígio às leis – o que ocorre a Josef K. em seu processo e ao condenado em *Na colônia penal*.

A doutrina penal contemporânea alça o princípio da legalidade à condição de assegurador das garantias dos homens frente a um Estado que é, em seus contornos, maior do que eles. A legalidade: “Carrega em sua essência, também, a necessidade de proteção e de garantia ao cidadão frente à potestade punitiva, uma meta possível de ser atingida com uma limitação do poder de aplicar e de executar a lei penal” (Giacomolli, 2007b, p. 155). Logo, não é suficiente, num Estado de Direito, a compreensão unicamente formal da legalidade – a qual a compõe, mas não a limita.

Tão somente à luz da compreensão formal da legalidade, incorreria o Estado na falsa máxima de que a lei, expressão da vontade coletiva, sobrepõe-se aos homens nas suas individualidades. Partiria o Estado da premissa de que às leis é dado invadir as esferas de garantias dos homens como queiram, afinal não há limitações a alguma coisa que esteja, propriamente, acima deles. Por isso é que em união ao aspecto formal da legalidade deve haver outra faceta desse princípio, contida em seu aspecto material.

Compreendida materialmente, a legalidade aponta a insuficiência do mero processo legislativo nas produções das leis penais, e assim:

[...] devem ser obedecidas não somente as formas e procedimentos impostos pela Constituição, mas também, e principalmente, o seu conteúdo, respeitando-se suas proibições e imposições para a garantia de nossos direitos fundamentais por ela previstos (Greco, 2007, p. 98).

O aspecto material da legalidade penal pressupõe e legitima, a exemplo, a existência de um processo crime em que ao acusado seja imputada a prática de um delito tipificado e inteligível desde logo. No mesmo sentido, o processo, de regra público e acessível, tramitará perante um tribunal que não é de exceção, pois previamente legitimado: “[...] a essência da legalidade penal está na legitimidade e na legitimação do exercício do poder de criar a lei e de aplicá-la com um sentido de garantia à cidadania” (Giacomolli, 2011c, p. 157).

Nas lições de Nereu José Giacomolli, quanto ao sentido material da legalidade:

A essência, ou seu significado material está na própria evolução histórica do princípio, isto é, vincula-se à limitação do exercício do poder (inclusive o poder de punir), à divisão das funções públicas entre os poderes do Estado, ao pacto social que sustenta politicamente a convivência humana, e à soberania popular legitimadora das normas penais (Giacomolli, 2007d, p. 157).

Consequentemente, é num direito penal que preze pela segurança jurídica, isto é, que não assole aos acusados com normas secretas ou códigos inacessíveis, que está contido o princípio da legalidade como pedra angular; pois: “Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei” (Batista, 2011c, p. 65).

A legalidade como mandamento principiológico abrangerá, no mais, quatro dimensões garantidoras, conforme a doutrina de Nilo Batista.

Na primeira, o princípio da legalidade é vedação à retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*). Isto é, a lei penal apenas retroagirá para beneficiar o réu; e, nas demais hipóteses, a lei penal não abarcará fatos passados a fim de puni-los.

A segunda dimensão é proibitiva à criação de crimes e penas pelo costume (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*). Assim, unicamente as leis penais escritas são hábeis à formulação de crimes e penas.

Na terceira dimensão, o princípio da legalidade veda o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar as penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).

E, finalmente, a última das dimensões consagra o preceito de que a legalidade proíbe incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). Em obediência às garantias individuais dos cidadãos, as leis penais devem ser acessíveis e inteligíveis, capazes de indicar, em todos os contornos, a conduta que se praticada corresponderá a um injusto penal.

Justamente, é nesta última dimensão da legalidade que estão transcritos os infortúnios dos personagens kafkianos, pois a eles esse princípio inexistente e ao poder punitivo não haverá limites. Isto permitirá

que, em *O processo*, Josef K. seja detido, mas não conheça a acusação que pende sobre ele – e nunca a conhecerá. Também, a ausência da legalidade, como princípio, é que faz do condenado em *Na colônia penal* um objeto de tortura subjugado à máquina penal repressiva que o aniquila.

Logo, opor-se ao poder ilimitado de punir do Estado implica aderir ao princípio da legalidade como uma máxima norteadora do ordenamento jurídico repressivo, tendo em vista que possui funções basilares às fases de persecução penal. Isto é, a legalidade abrange a tipificação penal, a condenação e, também, a execução da pena, impedindo que quaisquer desses horizontes se reduzam às vontades de um poder desmedido e arbitrário:

A limitação da potestade punitiva, como exigência do Estado de Direito, fundamenta, do ponto de vista jurídico, a reserva legal. E esta se limita quando se evita que a definição de condutas puníveis, quando se proíbe que a determinação da quantidade e da qualidade da pena se circunscreva à esfera de manifestação volitiva casuística de alguma autoridade estatal sem legitimidade constitucional (Giacomolli, 2007e, p. 158).

Por irradiar efeitos às fases de persecução penal, a legalidade irradiará também efeitos ao processo crime, que poderá, ou não, culminar na condenação do acusado, que, contudo, diferentemente do que ocorre no processo kafkiano, terá garantido o direito de defesa e de julgamento por juiz-natural que componha o órgão punitivo legitimado constitucionalmente.

De igual modo, em razão do interesse público do Estado no processo penal, aos órgãos de persecução serão garantidas as eficiências de princípios tais como o da oficialidade, que prevê que o Estado, no exercício da persecução penal distribuída entre os vários órgãos que compõem um sistema penal, independerá de provocação. Haverá, ainda, princípio acusatório na seara processual penal inibidor de julgamento sem prévia acusação.

Consequência do princípio da legalidade, num contraponto ao processo kafkiano, o processo penal não será iniciado ou terminado em razão dos desígnios de uma classe de autoridades, visto que o princípio em voga pressupõe a prática sequencial de atos processuais e: “[...] informa que a persecução penal, a dedução de uma pretensão acusatória e a sustentação da acusação não podem depender da vontade subjetiva dos órgãos que tem

o dever jurídico de atuar segundo o ordenamento jurídico vigente” (Giacomolli, 2007f, p. 168).

Há, assim, uma máxima, figurada no princípio da legalidade, que não impera nos processos kafkianos, indicando que o processo não é ato de vontade. Quando se tratar de um poder capaz de onerar as garantias individuais dos cidadãos, tal como é o *jus puniendi* estatal, toda a cautela será necessária à persecução penal. E esse dever de cautela corresponderá à estrita observância do princípio da legalidade como mantenedor da persecução penal justa e racional, pois compreendido sob seus aspectos formal e material.

3 A (DIS)FUNÇÃO PENAL: ANSEIO POPULAR E RESPOSTA ESTATAL

Com o avanço da modernidade e as novas demandas do estado de bem-estar social, ao Direito Penal foram entregues alguns ônus que até então eram suportados por outros setores do Estado. Valores sociais que se implementam através de investimentos primários em educação e segurança foram atribuídos como encargos aos textos penais, e tudo isso converge para a expansão penal.

Se em países desenvolvidos e com baixos índices de criminalidade, o gerenciamento do sistema penal aparenta não exigir grandes esforços da estrutura de Estado, nos países em desenvolvimento, que é o caso do Brasil, o cenário é diverso, e neles a *administrativização* das leis repressivas deu causa a estados de contenção que instrumentalizam o Direito Penal em nome de anseios populares, de forma que “[...] a segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta” (Sánchez, 2002a, p.40).

Há um ciclo vicioso que se incorporou às sociedades modernas e que consiste no clamor por novas leis penais, ou pelo “endurecimento” das existentes, renovando-se o estatuto repressivo continuamente para conter o avanço da criminalidade, o que representará, no limite, apenas um paliativo a curto prazo.

Essas sociedades aguardam uma resposta penal imediata e severa aos crimes, pouco importando que disso decorram quaisquer abrandamentos de garantias constitucionais. Seu combustível é o medo, e, à luz da doutrina de Jesús-María Silva Sánchez, sociedades contemporâneas são “sociedades

do medo” ou da “insegurança sentida”. Nelas, seus integrantes se veem como vitimados adiados, e em seus íntimos rege a máxima de que, inevitavelmente, serão eles, num instante ou noutra, abordados por um criminoso que lhes retirará o patrimônio ou a vida – ou os dois.

Por essas razões, o convívio urbano, na modernidade, pressupõe riscos e iminente perigo. Na esteira do medo, as casas possuirão travas em todas as portas, também muros e grades que darão a sensação de velada segurança.

O anseio popular é por segurança que aliada, a “uma forma especialmente aguda de viver os riscos” (Sánchez, 2002b, p.33), resulta na permuta das liberdades individuais pelo cárcere privado.

Diante dos temores que assolam essas sociedades, o fato é que seus integrantes reagirão para salvaguardarem os seus bens jurídicos, e a reação natural desse corpo social é protestar por um Estado atuante, que aja, com mãos fortes, no combate à criminalidade – nesse ponto reside a brecha permissiva da expansão penal e o conseqüente ingresso do simbolismo que a permeia.

Mais que isso, ainda que esse combate seja levado a cabo a quaisquer custos, isso não desencoraja, pois se há custos de combate à criminalidade o corpo social os aceita. Enfim, das sociedades da “insegurança sentida” decorrerão efeitos à esfera penal, com enfoque nas inversões de garantias constitucionais.

Soma-se ao risco presumido do convívio urbano e social, que a vertiginosa crescente de criminalidade é propagada por uma mídia popular e sensacionalista, que suscita nos cidadãos o ideal de que roguem por um intenso controle através da máquina repressiva, visto que:

[...] da posição privilegiada que ostentam no seio da “sociedade da informação e no seio de uma concepção do mundo como *aldeia global*, transmitem uma imagem da realidade na qual o que está distante e o que está próximo têm uma presença quase idêntica na forma como o receptor recebe a mensagem. Isso dá lugar, algumas vezes, diretamente à percepções inexatas; e, em outras, pelo menos a uma sensação de impotência (Sánchez, 2002c, p.38).

Posto isso, há características essenciais que o Direito Penal assumirá nessas sociedades e que merecem destaque.

A primeira dessas características é a de que a sociedade se mobiliza em torno da vítima, solidarizando-se com ela, pois creem os cidadãos que, a qualquer instante, podem ser eles também vitimados e, por isso, esperam que a solidariedade seja repetida, a fim de que nenhum risco socialmente aceitável possa perdurar:

[...] deixa-se de ver no Direito Penal um instrumento de defesa dos cidadãos em face do arbítrio punitivo estatal – ou seja, como Magna Carta do delinquente – e passa-se a percebê-lo como Magna Carta da vítima, o que redundando em um consenso restritivo quanto aos riscos permitidos, dado que o sujeito que se considera enquanto vítima potencial de um delito não aceita a consideração de determinados riscos como permitidos (Callegari, 2010a, p. 20).

Dessa primeira característica, frente a demanda popular por segurança e, também, em razão da mobilização do corpo social em relação às vítimas, o Direito Penal se consagrará como um discurso de apelo, transmutando os ideais penais num discurso político, do qual decorrerá:

[...] a politização do Direito Penal por meio da utilização política da noção de segurança, resultado de um empobrecimento ou simplificação do discurso político-criminal, que passa a ser orientado tão somente por campanhas eleitorais que oscilam ao sabor das demandas conjunturais midiáticas e populistas, em detrimento de programas efetivamente emancipatórios (Callegari, 2010b, p. 20).

Por fim, tendo em vista a politização do discurso penal, condutas que de algum modo representem riscos ao corpo social – ainda que diminutos – comporão a tutela do Direito Penal, implicando um agir preventivo que descaracteriza as normas de repressão; afinal, seus efeitos que são, em regra, visados para o futuro – pois se pune uma conduta lesiva já ocorrida – darão lugar à “ [...] gestão punitiva dos riscos em geral, tornando-se possível falar em um processo de *administrativização* do Direito Penal” (Callegari, 2010c, p. 21).

Cria-se, assim, um imaginário popular que prescreve serem as leis penais o instrumento capaz de suplantar os infortúnios que atormentam os conviventes urbanos nas “sociedades do medo”, da “insegurança sentida”.

A produção legislativa de viés criminal, por sua vez, corresponderá ao apelo popular de todos os pretensos vitimados e, por isso, não cessará nunca. Ao invés, é vital que na “sociedade do medo” o sistema repressivo mantenha-se em incessante renovação, formulando, com uma frequência

jamais vivenciada, novos tipos penais, ou potencializando as penas já existentes.

É imprescindível aos integrantes dessas sociedades que as normas de repressão figurem um Direito Penal impiedoso e “desalmado”, feito à luz de sanções penais cada vez mais aflitivas aos criminosos. No imaginário social, a pena deve flagelar o criminoso, uma vez que somente através do padecimento desse sujeito pela dor é que irá ele abandonar a marginalidade criminal. Consequentemente, o direito penal abandona sua característica fundante, que prescreve ser ele a *ultima ratio* estatal, para, em razão do apelo popular por segurança, ser alçado à pretensa qualidade de mais eficaz das ferramentas de pacificação social, assumindo funções que não lhe cabem num Estado de Direito.

Essas ilações infundadas, que pretendem respostas antes mesmo das perguntas, nada mais são do que devaneios simplórios e superficiais. Na verdade, é conveniente caminhar em direção oposta a esse imaginário. O que restará aos homens se a repressão penal vir a ser regra e não *ultima ratio*? Para qual direção caminham essas sociedades que refletem o imaginário de que quanto mais rígida a pena maior a prevenção ou repressão à criminalidade?

À doutrina penal, as leis penais não substituem outros aparatos estatais de maior valia, a exemplo de investimentos maciços em educação e segurança. O que se revela no instante em que a punição penal é alçada à regra é o oposto à pacificação social, habitando-se um universo de fobias, de pânico e de intranquilidade permanente.

Por essas razões, o direito penal é traçado por alguns contornos que lhe são próprios e que, numa retomada histórica, foram conquistados com o árduo labor dos homens frente aos impérios do poder. Deixar de ater a esses traços é, fundamentalmente, desligar os motores da história.

O Estado de Direito, garantidor das individualidades dos cidadãos, é, pois, um Estado capaz de manejar a ciência penal com prudência, reconhecendo que há certos princípios norteadores da prática penal que devem guiá-lo na repressão ao crime e que há funções penais que devem imperar em detrimentos de outras.

Ocorre que discorrer acerca das funções penais exige revisitar algumas lições introdutórias à ciência penal. É dizer, várias serão as frentes

doutrinárias que destacarão prováveis funções, objetivos e razões de ser à repressão.

Num apanhado geral, indicam-se as seguintes funções do Direito Penal: a) como proteção de bens jurídicos, isto é, o Direito Penal tutela os interesses mais relevantes à sociedade, à luz da fragmentariedade e da subsidiariedade penal; b) como instrumento de controle social, isto é, caberia às normas penais promoverem a paz pública; c) de garantia, assim, o regramento penal, ao passo que pune, também é aquele que garante o cidadão das arbitrariedades de um poder punitivo; d) como criador ou configurador dos costumes, tendo em vista a “[...] estreita vinculação existente tradicionalmente entre a matéria penal e os valores éticos fundamentais de uma sociedade” (Masson, 2014a, p. 10); e) simbólica; f) motivadora, isto é, o regramento penal motiva ao não descumprimento das normas, o que impede a violação aos bens jurídicos tutelados; g) de redução da violência estatal; e, finalmente, h) promocional, isto é, o direito penal exerceria funções transformadoras na sociedade.

Nas “sociedades do medo”, dentre as funções penais destacadas, a mais exercitada é a função simbólica do Direito Penal – função também constante nos escritos kafkianos. Isso significa pressupor que as normas repressivas constituem um todo simbólico, corresponde a um ideal punitivo que nada constrói, a não ser o temor nos íntimos dos cidadãos, fomentando o risco do convívio urbano.

Num Estado em que o regramento penal é, em essência, simbólico, as normas de repressão refletem tão somente um volumoso número de condutas que naquela sociedade são compreendidas como desprestigiadas. Há, pois, constante renovação legislativa criminal, vindo à tona o cenário narrado, no qual são elevadas, ao máximo grau, a tipificação penal e a potencialização das penas já existentes.

Onde o Direito Penal é predominantemente simbólico, haverá um aparente estado de tranquilidade que, em verdade, mascara as vivências tormentosas dos cidadãos; é dizer: “A função simbólica é inerente a todas as leis, não dizendo respeito somente às de cunho penal. Não produz efeitos externos, mas somente na mente dos governantes e dos cidadãos” (Masson, 2014b, p. 11); pois:

Em relação aos primeiros acarreta a sensação de terem feito algo para a proteção da paz pública. No tocante aos

últimos, proporciona a falsa impressão de que o problema da criminalidade se encontra sob o controle das autoridades, buscando transmitir à opinião pública a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido (Masson, 2014c, p. 11).

Se o fundamento de possibilidade do simbolismo penal é o fenômeno perceptível nominado de “expansão”, cunhado no vislumbre de que o regramento repressivo é útil à pacificação social, pois culmina num índice de criminalidade diminuto, nota-se, *a contrario sensu*, o “surgimento de múltiplas figuras novas, inclusive às vezes, do surgimento de setores inteiros de regulação, acompanhada de uma atividade de reforma de tipos penais já existentes, realizada a um ritmo muito superior ao de épocas anteriores” (Jakobs e Meliá, 2012, p. 76).

Alia-se ao ideal simbólico penal, um exacerbado punitivismo alçado à regra. Assim, não bastassem as normas repressivas simbólicas que os ordenamentos possuem nas sociedades da “insegurança sentida”, também serão os tipos penais vigentes revistos e enrijecidos através de penas mais danosas – a punição é então levada à regra, tal como no universo literário kafkiano.

Claramente percebe-se com isso a descomedida invasão do Direito Penal em setores sociais que, anteriormente ao simbolismo, não eram por ele visados. Ocorre, assim, uma expansão, de viés negativo e obscuro, que atenta contra a legitimidade do próprio Direito Penal.

Por certo, tecem-se objeções à expansão penal atual também à luz de alguns princípios que norteiam a doutrina penal, quais sejam os princípios da intervenção mínima e da lesividade, não olvidada a legalidade penal.

Entende-se por princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, a prevalência de que o regramento penal tutele os bens jurídicos que sejam, realmente, estimados e necessários à vida em sociedade. Diante desse ideal, também em limitação ao poder punitivo do Estado, é defeso que o Direito Penal intervenha na proteção à ofensa de bens jurídicos de somenos valor, o que fica à cargo de outros ramos do Direito, a exemplo do Direito Civil, através de indenizações por danos morais.

A origem do princípio está enraizada na ascensão burguesa, classe que, confrontada com um poder absolutista que punia de forma abrangente e ilimitada, via-se subjugada a um regramento repressivo simbólico.

Decorrem da intervenção mínima, outros dois princípios de suma importância ao Direito Penal, são eles a fragmentariedade e a subsidiariedade. O primeiro (fragmentariedade) implica em destinar às normas repressivas a função de tutelar, tão somente, os bens fundamentais, que, uma vez assim reconhecidos, passarão a ser protegidos pelo Direito.

Por sua vez, a subsidiariedade do direito penal: “[...] deriva de sua consideração como remédio *sancionador extremo*, que deve, portanto, ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente” (Batista, 2011d, p. 84).

O princípio da lesividade, por sua vez, assegura a punição somente àqueles sujeitos que, por suas ações, efetivamente afrontarem um bem jurídico penalmente tutelado. Desse princípio penal extraem-se quatro funções, conforme as lições de Nilo Batista: a) é proibitivo à incriminação de atitudes internas; b) é proibitivo à incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor; c) é proibitivo à incriminação de simples estados ou condições existenciais; e d) é proibitivo à incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Feitos esses apontamentos, pode-se comparar as ideias expostas ao universo literário kafkiano, no qual o processo é torturante, sacrificante e humilhante ao condenado – subjogado, *Na colônia penal*, por exemplo, à máquina de tortura figurativa do império de poder que o apequena.

Destaca-se que na literatura kafkiana o direito penal é expresso de forma simbólica, em todas as suas nuances, e potencializado pelas narrativas ficcionais. A exemplo disso, nota-se a rotina de Josef K., que após ter sido detido numa manhã em sua casa, retorna ao trabalho, e com o processo enfrentará desventuras em sua vida pessoal e profissional, visto que seu processo é de conhecimento de todos e o acusado é logo reconhecido, trazendo consigo as marcas simbólicas da expansão penal.

À luz do Direito Penal simbólico, o estatuto repressivo é apenas uma representação de ideais não praticados em essência, a exemplo de Josef K. que adentra a sala vazia, na qual, anteriormente, havia sido realizado seu interrogatório por um juiz de instrução. Diferentemente do que se deu naqueles tempos, nessa ocasião conseguirá K. manusear um dos livros de acusação que estava sob uma pilha em cima da mesa do magistrado. Esse mesmo magistrado, noutra ocasião, interpelou a K. a razão de seu atraso,

repreendendo-o por tal descaso ao processo. Ao juiz de instrução o rigor formal é imprescindível, todavia:

K. abriu o livro de cima da pilha e apareceu uma gravura obscena. Um homem e uma mulher estavam sentados nus num canapé; a intenção vulgar do desenhista era claramente discernível, mas sua inabilidade tinha sido tão grande, que afinal podiam ser vistos apenas um homem e uma mulher que sobressaíam da gravura com uma corporeidade excessiva, sentados os dois em posição demasiada ereta e, em consequência da falsa perceptiva, só se voltavam um para o outro com dificuldade. K. não continuou a folhear, abriu somente a página de rosto do segundo livro; era um romance com o rótulo: Os tormentos que Grete teve de sofrer com seu marido Hans (Kafka, 2005, p. 55).

As contrariedades são notórias: num ideal simbólico penal reza uma velada paz que, em verdade, inexistente, pois o sistema repressivo está repleto de incertezas e dubiedades que são praticadas cotidianamente. Embora exista volumosa monta de leis penais que tipificam condutas criminosas, as violações a elas são rotineiras, e o Estado não é ágil o suficiente para reprimi-las, rompendo, assim, com o discurso penal político que prestigiava:

Na realidade, se cada cidadão fizesse um rápido exame de consciência, comprovaria que várias vezes em sua vida infringiu as normas penais: não devolveu o livro emprestado, levou a toalha de um hotel, apropriou-se de um objeto perdido etc. Em sua consciência, cada um de nós tem um “volumoso prontuário. Os juízes incrementam-no diariamente, ao subscrever falsamente declarações como prestadas em sua presença e nas quais jamais estão presentes. Os serventuários da Justiça certificam diariamente várias destas falsidades ideológicas (Zaffaroni e Pierangeli, 2002, p. 58).

Do exposto, os riscos presumidos do convívio social não serão superados enquanto a disfunção penal kafkiana, ilustrada num ideal repressivo simbólico e punitivo, encontrar similitudes com o plano da realidade hodierna, promovendo a inversão lógica do garantismo e a deturpação e vício da persecução penal.

Transpostas essas lições ao Brasil, através de um corte contextual, tem-se a expansão e inversão garantistas, que estão fielmente representadas em prisões preventivas decretadas por prazo irrisório, insuficiente à garantia de quaisquer de seus permissivos legais; a mediação do processo crime que apure eventuais crimes de corrupção e a “canonização”

de magistrados; a inversão do ônus da prova nesses processos, havendo culpa presumida e vantagens processuais ao órgãos de persecução; a permissão de prisão antes do trânsito em julgado; os intentos do Congresso Nacional para que se aprove a redução da maioria penal; e tantos outros.

No tocante à produção legislativa de expansão do Direito Penal no Brasil, há exemplos igualmente controversos, como a Lei 13.142 de 2015, que incluiu no artigo 121 do Código Penal (homicídio) o aumento de pena quando praticado contra integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, atuantes no combate à criminalidade; e, também, a Lei 13.260 de 2016, que tipifica o crime de terrorismo, pós protestos de 2013.

À primeira, as críticas recaem sobre o trâmite legislativo, desde o protocolo da iniciativa de lei até a sua aprovação pelas casas do Congresso Legislativo, que durou quatro meses, embora a matéria envolvesse a inclusão de aumento de pena em crime e, mais, incluísse os crimes definidos em nova lei no rol de crimes hediondos. Agregue-se a polarização nos debates, respectivamente entre os deputados e senadores, cada qual avalizando as ideias de suas bancadas num discurso conservador e midiático, que enaltecia a força corporativa das polícias, não obstante:

O desafio para aprimorar a proteção das polícias e alterar a tendência genocida em curso passa por deixar de expor os policiais ao confronto, formulando uma política de segurança pública preventiva com a preservação dos direitos humanos. [...] O desafio é pactuar uma agenda mínima em matéria penal que fuja das ciladas punitivas e que contribua para (re)colocar o debate a partir dos valores de uma sociedade efetivamente democrática (Freitas, 2015, p. 41).

À segunda, claramente expansionista, rechaça-se a pertinência temática da matéria, que é agravada pela imprecisão na definição do conceito de terrorismo, e a ausência de razoabilidade na fixação das penas, com a confusão técnica entre atos preparatórios e de execução punidos de forma idêntica.

Na contramão da legalidade, as vozes que apelam à repressão penal a quaisquer custos parecem indicar a direção futura. A Democracia, rendida, encolhe-se envergonhada, como se Kafka escancarasse os dias que virão.

4 DA CULPA PRESUMIDA À JURISDIÇÃO DESUMANA: KAFKA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No universo literário kafkiano, a presunção que vige não é a de inocência, e sim a de culpa – esse ponto é necessário à compreensão dos escritos do literato. Assim, a exemplo, a detenção de Josef K. somente é concretizada no processo kafkiano porque nele não impera o princípio da presunção de inocência (que, na ótica do processo penal hodierno, é de extrema valia ao garantismo processual).

Fundada no ideal simbólico do Direito Penal, a Justiça kafkiana se presta a perseguir todos aqueles que exalam o cheiro da “culpa”. Tristemente, caberá aos acusados kafkianos provarem, através de um processo sem garantias, suas inocências, o que, verdadeiramente, é impossível, afinal, no universo de Kafka, também as acusações são lugares inacessíveis e ininteligíveis. Logo, se a própria acusação é um ponto distante e inatingível, então de que poderá defender-se o acusado kafkiano?

Na narrativa kafkiana, não é facultado aos acusados conhecerem o teor das acusações que sobre eles imperam, justamente porque no processo de Kafka a presunção é a de culpa, não havendo razões plausíveis para a formulação de defesa, a qual não é de fato admitida, mas tão somente tolerada.

Os acusados kafkianos estão condenados desde o início de seus processos, o que é possível, e levado à regra no universo kafkiano, pois a análise acerca da culpa do acusado é sempre dispensável, afinal o pressuposto é de que, ante a ignorância dos sujeitos perante as leis – ponto de destaque na literatura de Kafka: “[...] O homem pode transgredi-las sem o saber” (Benjamin, 1987, p. 140).

Num Estado de Direito, a realidade deve corresponder ao exato oposto da narrativa kafkiana, não admitidos processos verbais e nem condenados *a priori*. Por essas razões é que o devido processo legal hodierno não deve ser inacessível ou contraditório, afinal, à luz da legalidade, somente é lícita a condenação de um réu depois de vencidas todas as fases de um processo legítimo, balizado por princípios que façam imperar nele a ordem legal, pois, sobretudo, conduzido por uma autoridade constitucionalmente instituída.

Assim, a garantia de presunção de inocência, num Estado de Direito, não é adorno processual, bem como não será suprimida sob o pretexto de

expansão do Direito Penal, que pressupõe como culpados todos aqueles sobre os quais recaia um superficial juízo valorativo criminal.

O reconhecimento da presunção de inocência não é mero diletantismo. Tampouco representa uma garantia apenas aos acusados de um processo. Sobre todos os ângulos, a presunção de inocência é limitante ao poder de punir do Estado e, por consequência, interessa a todos, sem distinções.

Cesare Beccaria, reconhecia, já no ano de 1764, portanto século XVIII, a imprescindibilidade do princípio de presunção de inocência: “Ninguém pode ser condenado como criminoso até que seja provada sua culpa, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública até que tenha sido provado que ele violou as regras pactuadas” (Beccaria, 2012, p. 47).

Diante disso, como admitir que, em pleno século XXI, sejam pautadas discussões acerca do valor desse princípio? Ainda, como cogitar a hipótese de mitigá-lo, pretendendo levar às últimas consequências uma perseguição penal símbolo de um ideal repressivo e vingativo nas sociedades? Certamente, manter em aberto indagações como essas é um despropósito aos fins de um Estado de Direito. O princípio da presunção de inocência fundamenta-se justamente em alguns ideais desses estados – a exemplo da dignidade da pessoa humana e da efetiva proteção de sua liberdade – e, portanto, reconhecê-lo é, na prática, legitimar um estado como “de direito”.

Numa retomada histórica, a presunção de inocência já era consagrada no direito romano; todavia, foi no berço da Revolução Francesa que esse princípio foi mais bem difundido, firmando-se a premissa de que melhor seria absolver um culpado a condenar um inocente: “Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado” (Ferrajoli, 2002a, p. 441).

Passou-se então a referenciá-lo em prescrições normativas. Assim, o princípio da presunção de inocência consta: a) no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, ao dispor que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”; b) na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, determinando que “todo o homem acusado de

um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa”; e, também, c) na Carta Magna pátria, que o dita como direito fundamental, no inciso LVII do artigo 5º, impondo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Na esteira dessas ideias, a presunção de inocência é, portanto, uma garantia do cidadão frente a possíveis arbítrios de um Estado. Em verdade, quem dera tivesse a K. sido conferido o direito de o presumir inocente, para que pudesse ele praticar, em todas suas faculdades, o exercício de defesa. Talvez não terminasse com uma faca cravada em seu peito!

Assim, opor-se ao processo figurado em Kafka é admitir que, idealmente, o devido processo legal criminal deve se permear pela presunção de inocência, afastada, unicamente, no instante em que não mais se possa recorrer de uma sentença legítima, isto é, proferida por uma autoridade legitimada a tanto:

A privação de liberdade do indivíduo só pode decorrer de uma sentença proferida em um processo justo, vale dizer, de um devido processo legal. Só poderá haver a condenação do acusado quando devidamente comprovada a sua responsabilidade em processo adequado e respeitada a possibilidade de se defender de modo amplo, ou seja, quando lhe seja assegurada a oportunidade de contestar todas as acusações que lhe foram imputadas e de produzir todas as provas aptas a provarem a sua inocência (Ferrari, 2011, p. 688).

De acordo com as preciosas lições de Luigi Ferrajoli, um Estado que não respeita a presunção de inocência de seus cidadãos, é capaz, num momento ou noutro, de violar suas liberdades individuais, de modo que há uma íntima relação entre a garantia de inocência e a segurança pública.

No tópico anterior deste artigo, alguns comentários foram tecidos acerca de como as “sociedades do medo” têm permitido a expansão desmedida do Direito Penal, e, por conseguinte, têm admitido, em razão do apelo por segurança, que garantias individuais sejam mitigadas sob o fundamento do punitivismo.

Há, na esteira desses apontamentos, um dúbio estado de coisas nas “sociedades do medo”, que as fazem fracassar nos seus próprios apelos –

paradoxo que se aproxima do universo kafkiano. É dizer, não se atentam essas coletividades ao fato de que abandonar dadas garantias individuais – por exemplo, ao acusado no processo penal –, sob o pretexto de uma velada pacificação social que se queira alcançar, é permitir que o estado de pânico – esse que anseiam por combater – alastre-se sem maiores dificuldades?

A presunção de inocência não somente é garantidora das liberdades dos cidadãos, mas também a eles indica, de igual maneira, um horizonte protetivo direcionado à manutenção de suas próprias seguranças ou defesas sociais – perspectivas primárias de uma sociedade que anseie pela pacificação social:

[...] a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica "segurança" fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica "defesa" destes contra o arbítrio punitivo (Ferrajoli, 2002b, p. 441).

À vista dessas ideias, a presunção de inocência é um primado à legitimidade da persecução penal estatal. A garantia de ser tratado como inocente até que uma sentença legítima desconstitua esse primado é, fundamentalmente, um limite ao poder punitivo do Estado.

Diferentemente disso, ao passo que se admite como cabível e legítima a expansão penal, que açoiará através do simbolismo e do punitivismo, permite-se que um estado de medo passe a vigor sobre algumas sociedades – fato que desprestigia o Direito Penal em suas nuances.

No Estado de Direito, os cidadãos, sobretudo os inocentes, perante a jurisdição penal não temerão, tal como a temem os personagens kafkianos. Não é adequado admitir que a persecução penal cause tormentos aos acusados que se sabem inocentes, infligindo neles dores e misérias às suas existências:

[...] toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam (Ferrajoli, 2002c, p. 441).

O Direito Penal não se presta a esses infortúnios e tentar manejá-lo de tal modo é vislumbrar, pendendo sobre os homens, um futuro obscuro erguido à luz do temor perante uma jurisdição penal desumana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Transitando pelo universo literário kafkiano, revelaram-se inúmeras possibilidades de reflexões teóricas *no* e *do* Direito.

Selecionadas, dentre o leque de obras de Franz Kafka, aquelas que são representativas de um horizonte jurídico indesejado, vê-se que o condenado kafkiano, a pena kafkiana, o processo kafkiano e, enfim, todos os contornos da literatura fantástica do literato, seguramente são ideais de um Direito impraticável à luz da doutrina penal moderna.

No universo literário kafkiano, o homem nunca atravessará pelos “portões” da lei. Morrerá tentando, mas suas investidas, tais quais a do homem simples da parábola kafkiana *Diante da lei*, serão em vão – em Kafka não há salvação!

Nos escritos do autor, a condenação é regra, e não há de nenhuma maneira como escapar a ela. No processo kafkiano, por exemplo, percebe-se que, de fato, ele em essência é a própria condenação.

No mais, a condenação, vinda à luz por meio de um poder punitivo de caráter ilimitado, é, sobretudo, torturante, reduzindo os homens à condição de objetos.

Fato é que na literatura kafkiana, a persecução penal possuirá meramente aspectos simbólicos e de exacerbado punitivismo, sendo imediata a superação desses entraves através de um regramento justo e racional.

Na literatura de Kafka, a jurisdição penal legitima-se através do medo que encerra naqueles sobre os quais vige; em suma, no universo kafkiano, o homem até mesmo inocente teme ser processado. Diante disso, algumas dubiedades foram escancaradas. Dubiedades que devem ser afastadas da prática jurídica e, sobretudo, da prática penal.

Em Kafka, o Direito existe, mas a lei que o representa é um ponto inacessível e secreto; o processo penal não abarca garantias, e a ausência de legalidade é consequência lógica; há um império do poder, ilustrado nas narrativas kafkianas, que conceberá na pena um instrumento simbólico de repressão; e, por fim, os acusados kafkianos não são presumidos inocentes, e sim culpados, o que os fazem temer a jurisdição penal.

Esses infortúnios seguem assolando a jurisdição penal hodierna, ao passo que distanciar-se dessas tragédias deve ser a tarefa do crítico, seja jurista ou leigo.

Por tais razões é que o Direito Penal não deve ser simpático à função simbólica evidente nos escritos kafkianos; ao invés, é imprescindível que as normas repressoras, embora punam, representem também garantias às sociedades.

Nas linhas que passaram, o fenômeno da expansão penal, que está contido no universo literário kafkiano, foi esmiuçado, e pela sua prática o simbolismo e o punitivismo em Kafka são elevados a seus máximos graus.

Em suma, a expansão penal somente é levada a efeito em “sociedades do medo” ou da “insegurança sentida”, que aspirem a qualquer custo por segurança e repressão criminal – ainda que esse custo seja altíssimo e represente um retrocesso em matéria penal.

Em oposição à ficção kafkiana, que ilustra um estado de exceção e de incertezas, num Estado de Direito o poder punitivo estatal deve encontrar limites bem definidos, por exemplo aqueles expressados nas garantias individuais dos cidadãos ante a perseguição penal.

Enfim, que este estudo de *Direito e Literatura* tenha demonstrado que o universo kafkiano é inabitável àqueles que almejem um estado de paz social erguido sobre os pilares de um ordenamento jurídico legítimo. Se o homem kafkiano caminha a passos longos em direção à sua condenação, a literatura crítica o desviará.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 136p.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012. 128p.

BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. 256p.

BENJAMIN, Walter. Carta de Walter Benjamin a Gerschom Scholem. Trad. Modesto Carone. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 37, p.100-106, mar. 1993.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 143p.

CARONE, Modesto. *Lição de Kafka*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. 144p.

FREITAS, Felipe da Silva. A violência real e as ciladas do punitivismo: reflexões sobre atividade policial e a lei 13.142, de 6 de julho de 2015. In: FLAUZINA, Ana; FREITAS, Felipe; VIEIRA, Hector. *Discursos negros: legislação penal, política criminal e racismo*. Brasília: Brado Negro, 2015. p. 15-47.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 925p.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 1023p.

GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais. In: STRECK, Lenio Luiz *et al.* (Org.). *Direito penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 151-175.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. 824p.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 118p.

KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. 271p.

KAFKA, Franz. *O castelo*. Trad. de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. 365p.

KAFKA, Franz. *Essencial: Franz Kafka*. Trad. de Modesto Carone. São Paulo: Penguin; Companhia das Letras, 2011. 296p.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte geral; v. 1*. 8. ed. São Paulo: Método, 2014. 1007p.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 154p.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 768p.

Idioma original: Português

Recebido: 19/05/17

Aceito: 10/11/17