

PESQUISAS,
RESENHAS E
DEMAIS
ATIVIDADES

“O PROCESSO”¹: COMPARAÇÃO FUNCIONAL COM O DIREITO NA DOCTRINA E NA LEI

Jéssica de Souza Lima Bastos Carvalho²

Sumário: I. Introdução. II. A detenção. III. Interrogatório. IV. A espera de novidades processuais. V. O acoitador. VI. A ajuda do tio. VII. O advogado. VIII. O rompimento com o advogado. IX. Na catedral. X. Conclusão. XI. Bibliografia

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de analisar a literatura de Kafka, mostrando seus pontos convergentes e divergentes com a matéria jurídica.

Abstract: *This article pretends to analyze the Kafka's literature, to show his convergent and divergent points with law subject.*

I. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo interpretar a obra-prima “O Processo”³, de Franz Kafka⁴ de maneira ampla, de modo que seja possível analisá-lo em relação ao Direito em seus conceitos doutrinários, levando em consideração o ordenamento jurídico pátrio.

Preliminarmente, é importante perceber que a Alemanha, país em que Kafka formou-se em Direito, entre os anos 1871 e 1914, encontrava-se em uma situação de “Paz armada”; no contexto de uma corrida armamentista em consonância com a ausência de guerras na Europa. Nesta época, a sociedade alemã arraigava-se nos rígidos valores do militarismo prussiano, caracterizado pela obediência quase cega do indivíduo perante o, o qual passou a

¹ KAFKA, Franz. **O Processo**. São Paulo, 1979.

² Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense, cursando o 6º período.

³ Originalmente com o nome de *Der Prozess*, o romance foi publicado postumamente em 1925 por seu amigo Max Brod.

⁴ Escritor tcheco de língua alemã, nascido em Praga em 1883. Dedicou-se ao Direito, formando-se na Universidade alemã de Praga em 1906. Trabalhou por alguns anos em um Tribunal, mas desistiu da profissão, passando a trabalhar no Instituto do Seguro Operário Contra Acidentes de Trabalho. Morreu em 1924.

preconizar o ideal de superioridade da cultura e da raça germânica. Mediante a interpretação do trabalho geral de Kafka e o ano em que se formou (1906), é flagrante o desgosto que o escritor explicita pela sociedade opressora e rígida na qual estava inserido e como o mesmo critica ferozmente o funcionamento dos sistemas despóticos de poder.

Essa ambientação histórica torna possível entender a configuração de algumas passagens do livro que são estranhas ao que poderíamos relacionar com o Direito brasileiro; como a atuação de seus personagens e a disposição de certos eventos, que baseavam-se nas duras leis alemães da época. Além disso, é interessante relacionar algumas práticas jurídicas que estejam fora deste âmbito. Neste caso, o Direito será percebido na sua atuação real, desmascarando a corrupção, o jogo de influências e o desvio de finalidade que denigrem, contaminam e desvirtuam o conceito filosófico conhecido e aceito do Direito como o guardião em defesa da justiça.

II. A detenção

Ao acordar, o personagem Joseph K. é surpreendido dentro de seu quarto por homens não identificados que o declaram detido e não lhe explicam o motivo de sua detenção.

Já no início do livro ocorrem eventos estranhos ao funcionamento comum do Direito. No direito nacional, é necessária a condenação do juiz para que ocorra a detenção. O inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal ratifica como direitos e garantias fundamentais o artigo 1º do Código Penal, segundo o qual não pode haver pena sem prévia cominação legal. Ora, como pode se estabelecer uma pena a um indivíduo se este nem sabe o porquê de estar sendo punido?

A detenção⁵ é uma espécie de pena privativa de liberdade. Deve ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência para regime fechado, previsto no artigo 33, *caput*, 2ª parte. No caso de Joseph K. pode-se dizer que sua pena era cumprida em regime aberto, pois este não foi em nenhum momento para estabelecimento

⁵ K. não é preso. Ao longo do livro percebe-se que sua liberdade de fato continua a mesma, o que diferencia é o tempo que K. depende ao pensar e elaborar sua defesa no processo, assim como em conversas intermináveis com advogados e com outras pessoas que poderiam ajudá-lo no processo. Pode-se interpretar que a restrição de sua liberdade é subjetiva, concerne ao seu sossego apenas psicológico, não se estende à restrição de liberdade física.

prisional e continuou a exercer seu trabalho normalmente. Porém, o personagem não se recolhe a prisão durante a noite e nem nos dias de folga, o que parece descaracterizar esse tipo de pena.

O inquérito está em curso e K. desconhece a motivação do processo.

O inquérito é um procedimento investigatório prévio, constituído por uma série de diligências, cuja finalidade é a obtenção de indícios para que o titular da ação – Ministério Público ou a própria vítima - possa propô-la contra o autor da infração penal.

Basea-se segundo o princípio da verdade real, que serve de alicerce à ação penal (independente de ser pública ou privada), o juiz pode determinar de ofício a produção de provas que seja necessária para dirimir as dúvidas sobre o caso. Destaca-se também neste princípio que o processo penal⁶ não admite ficções e presunções processuais, pois seu objetivo é descobrir como os fatos efetivamente ocorreram para então cominar a pena. Tendo sido a pena cominada a K. antes até de qualquer julgamento⁷, vê-se como o princípio da verdade real ficou esquecido.

Neste momento, não há que se falar ainda em contraditório, pois este só ocorre após o início efetivo da ação penal, quando já formalizada uma acusação contra o autor da infração.

Um dos homens diz à K. que se os guardas o tratam com tanta cordialidade é porque ele pode alimentar esperanças quanto ao processo. Aconselham K. usar uma camisa de baixa qualidade e queriam se encarregar de sua roupa branca caso o assunto terminasse de modo favorável. O inspetor deveria vê-lo com uma roupa preta.

Segundo o artigo 144, § 42, da Constituição Federal, e o artigo 42 do Código de Processo Penal, o inquérito é realizado pela Polícia Judiciária (Polícia Civil). “Guardas” é a nomenclatura popular para Polícia. É importante destacar que este é o modo como o autor os

⁶ Descarta-se a hipótese de ser processo civil, pois a detenção só ocorre no processo penal, por se tratar de pena aplicável a tipos específicos de crime. Ao divagar o conceito de detenção dentro do processo civil relacionando-o ao livro, pode-se entender que Joseph K. está sendo tratado como objeto pelo poder judiciário. Sendo o poder judiciário um dos três poderes do Estado, seria como afirmar que há uma relação de posse do governo em relação aos seus cidadãos. Tal divagação só se aplicaria em uma interpretação literária, e não jurídica, pois, como será visto adiante, K. terá que preparar sua defesa; o que não é possível que um “objeto” faça para reintegrar sua própria posse.

⁷ Ferindo o inciso LVII do artigo 5º da CRFB, que diz: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

designa, pois na verdade os homens não identificaram-se. Poderiam ser Oficiais de Justiça, se levado em consideração que estavam executando uma ordem emanada pelo magistrado. Neste caso, poderia ser uma intimação pois, como será visto, K. deverá comparecer a uma audiência com o juiz; poderia ser uma ordem de prisão ou uma citação.

Tal passagem causa confusão porque ambos conceitos se confundem pelo estranhamento da ordem que os fatos ocorrem. Assim, por ter se falado em inquérito, presume-se não existir uma ação ainda em curso e o servidor da justiça seria a autoridade policial. Porém, ao se falar em detenção, entender-se-ia que K. já fora julgado e condenado e que o Oficial de Justiça estaria proferindo a ordem de prisão emanada pelo juiz.

Nesta passagem, percebe-se também que os “guardas” podem influenciar no decorrer do processo. Não há imparcialidade e impessoalidade nos atos, já que os policiais o induzem a usar suas piores roupas (e que estas fossem pretas) ao falar com o inspetor para despertar algum tipo de impressão neste que lhe fosse favorável.⁸ Além disso, os “guardas” lhe pedem sua camisa branca, visando tirar proveito pessoal. Infelizmente essa não é uma realidade absurda. Sabe-se que, ao fazer uma apreensão, muitos policiais apreendem objetos que dizem ter relação com o fato delituoso para ficar com eles. Tal prática constitui desvio de finalidade do interesse público por parte da Administração.

Os guardas não tinham ordem de prisão.

A ordem de prisão deve ser escrita para ter validade, salvo nos casos de flagrante delito; como expresso no artigo 282 do Código de Processo Penal, que encontra respaldo no artigo 5º, inciso LXI da CRFB⁹.

III. Interrogatório

K. recebeu um telefonema que o comunicava que seu interrogatório realizar-se-ia no domingo, apesar de não saber o horário exato. Ao chegar no prédio, K. depara-se com um lugar sujo e desorganizado. A sala, onde se realiza o que denomina-se no livro de assembleia, parecia dividir-se em dois partidos opositores. Porém, todos os integrantes da assembleia ostentavam no pescoço a mesma insígnia. Lá, K. faz um fervoroso discurso

⁸ Tais tipos de impressão poderia ser pena, mostrar que o acusado tem respeito ou medo da autoridade etc.

⁹ “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (...).”

questionando a máquina judiciária, denunciando sua monstruosidade, sua desorganização e a corrupção e soberba dos seus funcionários.

O interrogatório é feito durante o inquérito e deve ser realizado nos mesmos moldes do interrogatório judicial. É por este ato que o juiz ouve o acusado acerca da imputação que lhe é feita. O interrogatório é meio de prova e defesa a que o réu tem direito.

No interrogatório feito ao acusado ficam presentes todos os envolvidos do processo: vítima, testemunhas, informantes, advogado do réu, defensor, promotor e juiz. É importante destacar que K. não conhece a vítima que o acusa¹⁰, não é apresentado às testemunhas e informantes e nem tem advogado de defesa.

A ambientação descrita no livro se assemelha ao tribunal do júri por estarem presentes pessoas além dos envolvidos no processo. Neste caso, artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal atribui a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados. Esta competência é considerada como "mínima", pois a Constituição Federal de 1988 assegurou a competência para julgamento de tais delitos, não havendo proibição da ampliação do rol dos crimes que serão apreciados pelo Tribunal do Júri por via de norma infraconstitucional.

O tribunal do júri tem direito a fazer perguntas ao acusado e se pronunciar sobre o caso. Assim, pode-se entender que na verdade não havia dois partidos obrigatoriamente opostos, eram apenas dois grandes grupos do júri deliberando sobre a questão. A insígnia que os presentes usavam no pescoço pode ser simplesmente interpretada como uma identificação comum dos participantes do processo de K.

IV. A espera de novidades processuais

K. espera uma nova audiência ou comunicação da justiça. A espera dura semanas e K. não sabe como agir. Sua vizinha da pensão (Srta. Bürstner) quer auxiliá-lo no processo, apresentando sua amiga que conhecia o juiz de instrução (Lanz), o qual poderia ajudar na oratória do caso fazendo-lhe uma entrevista.

¹⁰ Neste caso, quem pode estar por trás da propositura da ação é o Ministério Público. Caso a ação a ação penal seja pública incondicionada ou caso a vítima não queira aparecer.

Por não saber como agir, K. deveria procurar um advogado ou a Defensoria Pública para receber instruções sobre o que fazer em seu processo. Caberia também ao Ministério Público, dentro de sua função de fiscal da lei, agir em sua defesa, caso houvesse alguma irregularidade em sua aplicação.

Ao invés disso, K. procura conhecidos para ajuda-lo. Atualmente, o juiz de instrução pouco teria a ajudar. Segundo a doutrina contemporânea, a instrução é um sistema processual que não funciona mais. Com a progressiva complexidade dos casos nos últimos tempos, os atrasos tornaram-se frequentes, podendo demorar de 5 a 10 anos para que a instrução fosse concluída. Hervé Lehman, doutrinário advogado em Paris e ex-juiz de instrução, diz que:

A instrução é um mecanismo no qual as pessoas suspeitas são colocadas em análise, mandadas para a prisão provisórias, expostas à execração pública, depois, alguns anos mais tarde, julgadas. (*Le Monde*, 15 de janeiro de 2009)

A instrução era muito comum na Europa. Este sistema de juizado funciona classicamente da seguinte maneira: cabe ao membro do Ministério Público acusar, isto é, manifestar perante o juiz de instrução o intuito de punir determinada pessoa, tipificando a sua conduta; o juiz de instrução procederá então à “instrução” dos fatos, investigação em que poderá ouvir pessoas, determinar busca e apreensão, interceptação telefônica e a prisão preventiva do investigado¹¹. Convencido da existência do crime e de sua autoria, o juiz de instrução remeterá o feito a uma composição de julgamento, isto é, não decidirá o caso ele próprio.

Assim, ao conhecer Lanz, K. entraria em contato direto com o juiz de instrução, que faria a referida composição do julgamento de modo que seu parecer inicial beneficiasse o personagem.

No Brasil, a figura do juiz de instrução costuma ser comparada com a da Polícia Judiciária. São diferentes, porém, uma vez que a Polícia Judiciária realiza a coleta de informações e documentos, a realização de perícias e, sendo necessário adotar medida mais grave, deveria ser solicitada ao Poder Judiciário. Dessa forma, a *ratio juris* que, no juizado de

¹¹ Tais medidas invadem a esfera da liberdade e da intimidade do indivíduo. Logo, são vedadas, na ótica do processo acusatório, ao órgão acusador. É por isso que tal sistema caiu em desuso por ser considerado ineficaz e antidemocrático.

instrução, veda ao Ministério Público a realização de atos de instrução, não se repete em relação à investigação de natureza policial no nosso país.

V. O açoitador

O personagem encontra os guardas sendo castigados com uma vara por um açoitador, a mando do juiz de instrução, porque K., no dia de seu interrogatório denunciou-os por corrupção ao quererem suas camisas brancas.

A corrupção praticada por agente público constitui ilícito político-administrativo. Trata-se de improbidade administrativa, uma vez que o ato afronta os princípios norteadores da atuação administrativa, tal é o interesse público. A corrupção enquadra-se como improbidade decorrente do enriquecimento ilícito, como previsto na Lei n. 8.429/92. O ato induz à aplicação de sanção de natureza extra-penal em processo judicial.

As sanções aplicáveis ao ato que importa o enriquecimento ilícito são: a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) ressarcimento integral do dano, se houver; c) perda da função pública; d) suspensão de direitos políticos por volta de 8 a 10 anos; e) multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 anos.

Como se vê, a pena aplicada aos guardas que K. denunciou é desmedida em relação ao ato de improbidade cometido por estes. O máximo de sanção aplicável ao caso seria a restituição do bem acrescido ilicitamente ao patrimônio deles.

Além disso, nossa Carta Magna veda a tortura, o tratamento desumano; protege a integridade física e moral do acusado; e elenca as penas aplicáveis¹². Em nenhum momento nosso Código Penal permite a aplicação, em tempos de paz, de qualquer tipo de pena corpórea, como tortura ou castigos físicos. Muito menos se aplicaria a crimes de improbidade administrativa.

¹² Artigo 5º da CRFB incisos III, XLVI, XLVII e XLIX. As penas aplicáveis estão dispostas no inciso XLVI, quais sejam: privação ou restrição de liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

VI. A ajuda do tio

O tio de K. quer apresentá-lo a um “advogado dos pobres”(Huld), que poderá levá-lo a conhecer também o chefe de despacho. Todos conhecem o andamento do processo de K. (menos ele) e parece que todos podem criar um pré-julgamento deste a partir do comportamento dele¹³.

Advogado dos pobres é nome pejorativo para referir-se aos membros da Defensoria Pública. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional e tem como função principal orientar juridicamente e defender, em todos os graus, os necessitados, como prevê o artigo 5º, inciso LXXIV da CRFB. Para utilizar-se dos serviços prestados pela Defensoria, faz-se necessário comprovar, porém, a insuficiência de recursos.

Uma vez que K. é funcionário estável e de cargo de importância no banco, ele não poderia, provavelmente, requisitar tal ajuda. Precisaria contratar mesmo um advogado particular.

No sistema jurídico brasileiro, o despacho é a nomenclatura do ato processual executado pelo juiz que dá andamento ao processo, sem decidir incidente algum. Difere o despacho dos outros atos praticados pelo juiz - decisão interlocutória e sentença - pelo seu caráter meramente instrumental, visando o contínuo caminhar do processo em busca de uma solução definitiva. Do despacho não cabe recurso. Assim, não há juiz específico para executar só despachos, como se entendeu ser o “chefe de despacho”. Tal figura é estranha ao Direito nacional¹⁴.

Leni, a mulher que cuida do advogado Huld, aconselha K. a confessar tudo.

K. não sabe do que está sendo acusado, logo, não vê motivo nenhum para confessar alguma coisa. A confissão ocorre quando o acusado declara a verdade dos fatos criminosos cuja prática a ele se imputa. Não é considerada prova absoluta, devendo ser analisada juntamente com outras provas materiais.

¹³ Tal pré-julgamento ocorre com frequência nos casos em que mídia acompanha o desenrolar dos fatos. A publicidade que a mídia traz a casos polêmicos causa um julgamento coletivo, exercido por toda sociedade. Isto gera desconforto não só pela exposição que causa aos envolvidos no processo como a própria Justiça é pressionada nas suas decisões.

¹⁴ Não se sabe o sentido original que o livro dá ao chefe de despacho. Em outras línguas, chefe de despacho é o mesmo que chefe de ordem.

VII. O advogado

Huld diz que não pode mostrar processos anteriores semelhantes ao de K., sendo que o personagem desconhece seu próprio processo. Os escritos de acusação eram inacessíveis ao acusado e seu defensor. O inquérito não era público, a lei não previa publicidade.

Os princípios do contraditório, da ampla defesa, do tratamento paritário dos sujeitos processuais e da publicidade dos atos processuais norteiam o Direito ao devido processo legal; como previsto no artigo 52, inciso LIV da Constituição. K. é privado do direito de conhecer os atos executados em seu processo, ferindo, assim, um dos alicerces do Direito ao devido processo legal.

As Fontes do direito, segundo o doutrinador brasileiro Miguel Reale reorganizou as fontes do direito com base na sua Teoria Tridimensional do Direito da seguinte forma: lei, jurisprudência, costumes e ato negocial. A jurisprudência é um termo jurídico que significa o conjunto de interpretações das leis e das decisões tomadas em casos que contenham matéria semelhante, feita de forma reiterada, de modo que sirva de base para futuras decisões. A jurisprudência é utilizada como fonte de pesquisa para a elaboração de petições e contra-razões, logo, sua publicização faz-se necessária e não ter acesso a essas informações acabam por dificultar a propositura da ação e a contra-razão do réu.

Sobre o inquérito, o Código de Processo Penal prevê, em seu artigo 20, que este deve ser sigiloso. O dispositivo visa evitar que a publicidade em relação às provas já colhidas e àquelas que a autoridade pretende obter prejudique a apuração do ilícito. Essa norma, entretanto, perdeu parte substancial de sua utilidade na medida em que o artigo 72, inciso III, da Lei n. 8.906/94 (EOAB) estabeleceu que tal sigilo não impede que o advogado do indiciado tome conhecimento do teor do inquérito.

No que o livro chama de processo ordinário, os funcionários não tinham contato com o público. O processo se desenrolava sozinho, não havia intervenção.

O processo ordinário é um procedimento padrão, que prevalece na maioria dos casos e que tem aplicação sempre que a lei não o exclua de modo expresso. No Processo Penal, o

procedimento ordinário ocorre quando o crime prevê pena de reclusão, como disposto no artigo 394 a 405 e 498 a 502 do CPP¹⁵.

O processo penal compõe-se de quatro fases essenciais: aquisição da notícia do crime, inquérito, instrução e julgamento. Em todas as etapas estão presentes pelo menos uma das partes ou seus respectivos advogados para poderem acompanhar o progresso do processo.

Cada funcionário só tinha conhecimento da sua parte do processo, desconheceria os resultados. Diz-se que se os advogados soubessem de seus pequenos êxitos aparentes poderiam envaidecer-se ou se abateriam caso achassem que seus esforços estavam sendo em vão.

No direito nacional, os advogados de ambas as partes tem acesso à documentação recíproca para saber como devem proceder nas próximas etapas processuais. Tal prerrogativa é utilizada como base para o livre convencimento do juiz.

Joseph K. quer dispensar o advogado e fazer seu próprio escrito, tendo em vista que o acusado não pode mudar de advogado. Este documento deve conter respostas às questões presentes no inquérito, do qual K. desconhece. Então, a sua defesa consistia em detalhar pormenores de sua vida para poder ser examinado em todos os aspectos.

Uma vez chamado a participar do processo e cientificado da acusação, pode o acusado reagir à acusação, exercendo sua defesa, a qual engloba a autodefesa e a defesa técnica. A autodefesa, cujo exercício é facultativo, subdivide-se em dois aspectos: direito de audiência (faculdade de interferir diretamente na convicção do julgador. Ex.: interrogatório e possibilidade de interposição de recurso pelo próprio acusado) e direito de presença (faculdade de presenciar todos os atos do processo). Essa modalidade de defesa constitui direito do acusado, que poderá comparecer em juízo e exercer pessoalmente o contraditório. Assim, K. pode fazer sua própria defesa, até porque se tivesse advogado, este conduziria o caso de acordo com o que seria dito pelo acusado.

¹⁵ Encontra-se aqui uma preocupante contradição. Tendo K. sido detido, não há o que se falar em processo ordinário e sim em processo sumário. Vide artigos 539 do CPP e artigo 120, inciso I da CRFB. Não há também o que se falar que o processo seja civil, pois segundo o artigo 5º, inciso LXVII da Constituição: "não haverá prisão civil por dívida, salvo se o responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel"; o personagem não tem família constituída para inadimplir alimentos e é improvável que, sendo funcionário de banco, K. fosse ser depositário infiel.

No Brasil, é possível mudar de advogado. Quitado os honorários previstos e combinados, o cliente pode romper com o advogado sem precisar expor motivos para tal. O personagem dispensou o advogado Huld pois achou que ele tratava seu caso com morosidade e descaso.

Um cliente de K. recomenda que ele visite Titorelli, um pintor de retratos dos juizes. Titorelli informa que há três tipos de absolvição:

- Absolvição real: ninguém pode influenciar para obtê-la. Neste tipo, o processo desfaz-se por completo, como se nunca tivesse existido. Apenas o juiz superior (figura inalcançável, o pintor diz nunca ter visto essa modalidade de absolvição) pode provê-la. Este mesmo juiz podem reabrir o processo se assim o quiser;
- Absolvição aparente: demanda bastante energia e concentração. Há a figura de um “fiador” da inocência do acusado. Os juizes podem absolvê-lo de maneira provisória;
- Dilação indeferida: demanda poucos esforços, porém de efeitos duradouros. Tem como efeito manter o processo permanentemente em uma das fases iniciais. Para isto ser possível, o acusado deve visitar regularmente o juiz para conservar sua amizade.

Tanto a absolvição aparente quanto a dilação indeferida impedem a condenação do acusado.

Encontram-se previstas no Código Penal e no Código de Processo Penal os tipos de absolvição possíveis:

1) Absolvição sumária: prevista no artigo 411 do CPP, que só se aplica no procedimento do júri. Ela ocorre no fim da primeira fase quando o juiz se convence da materialidade e autoria do crime, mas verifica que uma das causas de excludente de ilicitude ou culpabilidade está presente (legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, exercício legal de um direito etc.). Quando o juiz toma esta decisão, também precisa recorrer de ofício (sem nenhuma das partes pedir), podendo ser revistas pela segunda instância.

2) Absolvição imprópria: não é considerada absolvição. (artigo 97 do CP). Ocorre quando o juiz (em qualquer procedimento) tem certeza da materialidade e da autoria

(portanto, poderia condenar o réu), mas percebe que o acusado encontra-se desprovido do estado de consciência considerado normal, optando, assim, pela absolvição imprópria. Neste caso o juiz absolve, mas condena à medida de segurança (internação em manicômio).

- 3) O artigo 386¹⁶ do CPP prevê seis motivos diferentes de absolvição:
- Estar provada a inexistência do fato;
 - não haver prova da existência do fato;
 - não constituir o fato infração penal;
 - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
 - existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena;
 - não existir prova suficiente para a condenação.

O primeiro tópico termina com a discussão em todos os campos do Direito (penal, civil e administrativo). Todas as outras permitem a rediscussão da matéria, seja para conseguir uma indenização (como acontece na ação civil *ex delicto*) ou para exonerar alguém de algum cargo (em caso de funcionário público). Assim, mesmo que absolvido criminalmente, é possível que o réu seja obrigado a reparar o dano causado ou seja retirado de suas funções públicas, uma vez que o sistema de carga de provas e as garantias (*in dubio pro reu*, p. ex.) são diferentes no direito penal, civil e administrativo.

Como visto, nenhum tipo de absolvição do direito brasileiro se relaciona com os tipos descritos pelo livro. Não há no direito nacional uma absolvição que seja provisória; e também não é possível manter o processo em suas fases iniciais, uma vez que o processo tem como um de seus princípios a celeridade.

O conceito expresso no livro de “absolvição real” encontra, porém, alguns pontos interessantes. O nosso direito prevê que apenas em uma hipótese a possibilidade de o processo ser totalmente extinto, como se nunca tivesse ocorrido: é o caso do menor infrator. O que torna isso possível é o fato de o menor de idade ser inimputável¹⁷. Assim, ele não comete crime e sim atos infracionais. Não se aplica pena de detenção ou reclusão mas sim medida socioeducativa. Só podem estar recolhidos nas instituições até, no máximo, 21 anos (quando o

¹⁶ No parágrafo único do referido artigo diz-se que, na sentença absolutória pode ocorrer três soluções: o réu ficará em liberdade; ocorre a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas ou; será aplicada a medida de segurança cabível.

¹⁷ Vide artigo 27 do Código Penal.

ato foi praticado com 17 anos, por exemplo). Quando o menor atinge a maioridade, ele volta a ter a “ficha limpa”.

Outra anomalia da “absolvição real” é possibilidade de reabertura do processo pelo juiz superior. A começar, não existe hierarquia entre juizes. Além disso, o código penal veda a revisão criminal *pro societate*, ou seja, se após a absolvição transitada em julgado surgirem provas fortíssimas contra o réu, mesmo assim a decisão não poderá ser revista. Deverá ser proposto uma nova ação penal.

VIII. O rompimento com o advogado

Quando K. foi visitar o advogado para dispensá-lo, ele conhece um outro cliente de Huld (Block) que diz ter mais cinco advogados além dele. Contudo, Block parece humilhar-se o tempo todo para que Huld resolva seu problema e não abdique da causa.

Segundo o Código de Ética e Disciplina da OAB, o advogado não é obrigado aceitar a imposição de seu cliente que pretenda ver com ele atuando outros advogados no processo¹⁸. O advogado também não deve aceitar procuração de quem já tenha advogado constituído (artigo 11). Os advogados de Block, não sabendo do patrocínio um dos outros podem desfazer o mandato e reclamar honorários advocatícios e os de sucumbência.

É citado no livro que existe uma superstição de que é possível reconhecer pelo rosto do acusado o resultado definitivo de seu processo.

A afirmativa proferida por Block faz lembrar em muito a teoria do tipo criminoso de Lombroso¹⁹. Tomando como ponto de partida as pesquisas craniométricas de criminosos, abrangendo fatores anatômicos, fisiológicos e mentais. Sua teoria do delinqüente nato foi formulada com base em resultados de mais de quatrocentas autópsias de delinqüentes e seis mil análises de delinqüentes vivos; e o atavismo que, conforme o seu ponto de vista, caracteriza o tipo criminoso – ao que parece – contou com o estudo minucioso de vinte e cinco mil reclusos de prisões européias. As características corporais que Lombroso destacava para caracterizar os delinqüentes eram: protuberância occipital, órbitas grandes, testa fugidia,

¹⁸ Artigo 22 do Código de Ética e Disciplina da OAB.

¹⁹ Cesare Lombroso publicou sua primeira obra em 1876 sobre criminologia: “O Homem Delinqüente”. Baseava-se na teoria da frenologia, que relaciona uma personalidade de um ser humano pelo formato do crânio.

arcos superciliares excessivos, zígomas salientes, prognatismo inferior, nariz torcido, lábios grossos, arcada dentária defeituosa, braços excessivamente longos, mãos grandes, anomalias dos órgãos sexuais, orelhas grandes e separadas, polidactia. As características anímicas, segundo o autor, são: insensibilidade à dor, tendência a tatuagem, cinismo, vaidade, crueldade, falta de senso moral, preguiça excessiva e caráter impulsivo.

Contudo, as teorias desenvolvidas por Lombroso não encontraram apoio nos estudos feitos por seus discípulos. Suas idéias não haviam se baseado em uma metodologia rigorosamente científica.

IX. Na catedral

K. recebeu a incumbência em seu trabalho de mostrar uma Catedral para um italiano. Ao esperá-lo, é interpelado por um sacerdote que diz que seu processo anda mal. O sacerdote se diz ser o carcereiro da justiça. Após afirmar isso, conta uma estória à K. A estória envolve um homem que não pode entrar na lei por ser impedido pelo guardião das portas da lei.

Carcereiro, em sua visão comum, é o agente público responsável pela guarda dos presos que estão à disposição da justiça. Quando o sacerdote diz ser “carcereiro da justiça” não se sabe se está se referindo a este conceito ou se cria um conceito de “guarda da justiça”.

Ao contar a estória, a interpretação parece ir em direção do conceito de “guarda da justiça”. Ao dizer que o homem não pode entrar na lei, o carcereiro parece dizer a K. que ninguém tem o poder de modificá-la, interferi-la e nem conhecê-la em seu funcionamento.

Rudolf Von Ihering (2002), em seu livro “A luta pelo Direito” ,instiga à reação para que a afirmativa acima não viesse nunca a ser proclamada como uma verdade imutável. Ihering era a favor da luta para alcançar o Direito. Na primeira frase de seu livro, o autor diz que: “O fim do direito é a paz, o meio de atingi-lo a luta.”. Ihering acredita que uma revolução se faz necessária quando um direito subjetivo, inerente ao ser humano, é desrespeitado ou cerceado. K., ao fazer seu feroz discurso, pretendia fazer essa revolução.

X. Conclusão

No fim do livro, K. foi buscado na pensão no dia de seu aniversário para lhe ser aplicada a pena de morte. Como já dito antes, a pena não pode ser física, tendo em vista que a Carta Magna proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada²⁰.

O livro é brilhante apesar de não ser real. Apesar de ter sido escrito há quase um século atrás, sua estória é surpreendentemente moderna. Pode-se arriscar que tem até uma perspectiva futurista, levando em consideração o terror que se passava na Alemanha naquela época.

O livro é capaz de reabrir questões sobre o direito de acesso à justiça e sua transparência. Será que todos têm mesmo esse direito de “entrar”²¹ na lei? Há limites para o acesso à justiça por algumas pessoas? Como sanar as dificuldades ainda encontradas para mover a máquina judiciária de forma eficiente? Como controlar a corrupção que leva ao descrédito no poder jurídico? Tais perguntas não devem ser vistas como retóricas para um abatimento coletivo e sim como diretrizes de uma movimentação em favor da conquista do real Estado de Direito.

XI. Bibliografia

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, 1998. Ed. Malheiros.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, 2009. Ed. Malheiros.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**. São Paulo, 2007. Ed. Saraiva.

Websites consultados:

<<http://www.conjur.com.br>> - Acesso em: 05/07/2010

<<http://www.webartigos.com/articles/4192/1/Fontes-Do-Direito/pagina1.html>> - Acesso em: 05/07/2010

²⁰ Vide artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a” da CF.

²¹ “Entrar na lei”, assim como é expresso no livro, tem o sentido de acesso e conhecimento do Direito. Estes elementos devem estar presentes de forma simultânea, pois não basta para o indivíduo ter conhecimento dos seus direitos se não encontra formas de exercê-los; assim como não é possível exercer direitos cujo agente desconheça a existência.

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2368/Prisao-civil-no-novo-Codigo-Civil->>.

Acesso em: 05/07/2010

<<http://www.mp.gov.mo/pt/question/question3m.htm>>. - Acesso em: 06/07/2010

<<http://oprocesso penal.blogspot.com/>>. Acesso em: 07/07/2010

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4538>>. Acesso em: 07/07/2010.

