

# «Às portas da lei»(?): reflexos do diálogo divergente entre West e Posner sobre as possíveis leituras de Kafka na perspetivação do Homem perante o Direito \*

Ana Gaudêncio

Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

\* O texto ora publicado corresponde à participação, em 30 de março de 2007, nas *Conferências Jurídicas* organizadas pelo Departamento de Direito da Universidade Lusófona do Porto, sob o tema «Filosofia do Direito, Teoria do Direito e Metodologia Jurídica», em 30 e 31 de março de 2007.

«Vor dem Gesetz steht ein Türhüter. Zu diesem Türhüter kommt ein Mann vom Lande und bittet um Eintritt in das Gesetz. Aber der Türhüter sagt, daß er ihm jetzt den Eintritt nicht gewähren könne. Der Mann überlegt und fragt dann, ob er also später werde eintreten dürfen. "Es ist möglich", sagt der Türhüter, "jetzt aber nicht."»

Franz KAFKA, *Vor dem Gesetz*<sup>1</sup>

«(...) Das Gericht will nichts von dir. Es nimmt dich auf, wenn du kommst, und es entläßt dich, wenn du gehst.»

Franz KAFKA, *Der Proceß*<sup>2</sup>

## RESUMO

Considerando duas diferentes perspetivas acerca da relevância do *Movimento Law and Literature* na sua configuração *Law in Literature*, a de Robin WEST e a de Richard POSNER, especificamente confrontando as suas divergentes leituras de Franz KAFKA, o presente artigo propõe uma *leitura crítica* das consequências das correspondentemente conflituantes compreensões antropológicas para os problemas do sentido do direito e da posição do homem perante o direito.

## ABSTRACT

Considering two different perspectives on the relevance of *The Law and Literature Movement* in its *Law in Literature* configuration, those of Robin WEST and Richard POSNER, specifically confronting their divergent readings of Franz KAFKA, the present essay proposes a *critical reading* of the consequences of the correspondingly conflicting anthropological understandings to the problems of the meaning of law and of the position of man before the law.

<sup>1</sup> Esta *parábola*, escrita em 1914, foi publicada no jornal *Selbstwehr* (Praga), IX, No. 34 (Sept. 7, 1915), e depois juntamente com outros contos, in *Ein Landarzt: Kleine Erzählungen* [1914-17], München, Leipzig, 1919, e in *Ein Landarzt und andere Drucke zu Lebzeiten*, estando incluída no romance, publicado *post-mortem*, *Der Proceß*; cit. aqui na publicação in *Gesammelte Werke in zwölf Bänden (Aufgrund der Kritischen Ausgabe)/ Franz Kafka*, hrsg. von Hans-Gerd Koch, Frankfurt am Main, 1994, Band 1 – «*Ein Landarzt und andere Drucke zu Lebzeiten*», pp. 211-212; encontra-se no cap. IX de *Der Proceß*, Berlin, 1925, cit. na publicação in *Gesammelte Werke in zwölf Bänden (Aufgrund der Kritischen Ausgabe)/ Franz Kafka*, hrsg. von Hans-Gerd Koch, Frankfurt am Main, 1994, Band 3, p. 226-227); também em trad. portuguesa, *O processo*, trad. de Gervásio ÁLVARO, Livros do Brasil, Lisboa, 2002, pp. 91-95.

<sup>2</sup> Franz KAFKA, *Der Proceß*, cit., cap. IX, pp. 234-235.

Perante uma epígrafe como a que apresenta a minha alocução – «O confronto POSNER/WEST sobre KAFKA e a perspetivação do Homem perante o Direito» – poderá prenunciar-se um regresso a um contexto espaço-temporal – o da Europa Central na década de 20 do século passado – que, pelas suas especificidades político-sociais, terá produzido *pessoas* – em si e como *autores* – e *obras* do tipo daquela que KAFKA, no seu *ensimesmamento*, em certos casos deliberadamente, noutros talvez não, nos legou. Com um profundo e paradoxal *sarcasmo*, é certo, mas também com não menos, antes talvez até muito mais, profunda e paradoxal *angústia* perante uma *eventual* antevisão que o futuro – relativamente próximo, mas a que KAFKA já não assistiu – viria a desvelar. Porém, a minha presente convocação de KAFKA e da sua obra não pretende levar a cabo esse regresso, ou a estrita reflexão – que se adivinha tarefa interessantíssima, e já por muitos ensaiada – acerca dele. O que aqui e agora se propõe é a análise – *inevitavelmente crítica* – de duas projeções da leitura de KAFKA na problemática do sentido do Direito, e da perspetivação do Homem perante o Direito: o confronto entre duas compreensões antropológicas abertamente conflitantes, a proposta pelo *comunitarismo* de Robin WEST e a enunciada pelo *neoliberalismo* de Richard POSNER.

Assim, a questão que aqui me proponho abordar poderá equacionar-se, talvez, como a de saber *que leitura* fazer – e que contributos dela retirar – da compreensão do homem – e, claro, do *Homem perante o Direito* – subjacente à *recuperação* da literatura *kafkiana*, no confronto estabelecido entre Robin WEST e Richard POSNER para a reconstituição-justificação das respetivas configurações da intersubjetividade e, correspondentemente, do *Direito*. Polémica esta que se desenvolve em consecutivos artigos publicados na *Harvard Law Review*, em 1985 e 1986, em jeito de recíproca pergunta e resposta, proporcionando um autêntico *frente-a-frente*<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Vide Robin WEST, “*Authority, Autonomy, and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner*”, in *Harvard Law Review*, vol. 99, n.º 2, December 1985, pp. 384-428; Richard POSNER, “*The Ethical Significance of Free Choice: A Reply to Professor West*”, in *Harvard Law Review*, vol. 99, n.º 7, May 1986, pp. 1431-1448; Robin WEST, “*Submission, Choice and Ethics: a Rejoinder to Judge Posner*”, in *Harvard Law Review*, vol. 99, n.º 7, May 1986, pp. 1449-1456; *Idem*, “*Foreword: Taking Freedom Seriously*”, in *Harvard Law Review*, vol. 104, n.º 1, November 1990, pp. 43-106, mas também Richard POSNER, *Law and Literature – A Misunderstood Relation*, Harvard, 1988, pp. 115 ss. e 176 ss. (Cap. 4, “*Two Legal Perspectives on Kafka*”), e em *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, Harvard, 1998, pp. 127 ss. e 182 ss. (Cap. 6, “*Two Legal Perspectives on Kafka*”). Vide também José Manuel AROSO LINHARES, “*A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício – um diálogo com a Law & Economics Scholarship*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVIII, 2002, pp. 65-178, pp. 146-149, n. 161.

O ponto de partida é, portanto, a reconstituição do *diálogo divergente* entre estes dois autores – contemplando os pressupostos que cada um deles perscruta para o Direito – acerca da natureza e sentido de uma certa *autonomia* – e, talvez, ou talvez nem sempre, *liberdade* – e de um certo *consentimento* – e, em determinado sentido, simultânea *submissão* (e mesmo *alienação*) – que perpassam a acção das personagens através das quais KAFKA pretende *comunicar* com os seus leitores. Ponto de partida este que não nos dispensa de uma outra confrontação, prévia, a que nos coloca face a um emblemático movimento de confrontação do direito com a literatura – *Law and Literature* –, mais especificamente a sua vertente *Law in Literature*, em que a *narrativa* encerra e explora o tema *direito*<sup>4</sup>. E confrontação que aqui privilegia a complexa, soturna e sórdida representação do *absurdo* vivenciada pelas personagens propostas por Franz KAFKA em obras como *Um artista da fome* (“*Ein Hungerkünstler*”)<sup>5</sup>, *A metamorfose* (“*Die Verwandlung*”)<sup>6</sup>,

<sup>4</sup> Sobre a distinção entre *Law as Literature* e *Law in Literature*, vide, entre outros, o próprio Richard POSNER, por exemplo in *Law and Literature – A Misunderstood Relation*, Harvard, 1988, p. ix ss., I ss., 71 ss., 209 ss.; *Idem*, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard, 1990, pp. 393 ss., e *Law and Literature (Revised and Enlarged Version)*, cit., pp. 11 ss., 209 ss.; François OST, *Raconter la Loi: aux sources de l’imaginaire juridique*, Paris, 2004, p. 7-49. Vide ainda José Manuel AROSO LINHARES, *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de “passagem” nos limites da juridicidade (imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso)*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – STV-DIA IVRIDICA*, 59, Coimbra, 2001, especialmente p. 667, n. 222; Gary MINDA, “*Law and Literature*”, in *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century’s End*, New York, London, 1995, pp. 149-166, pp. 150-153; Joana Aguiar e SILVA, *A prática judiciária entre direito e literatura*, Coimbra, 2001, especialmente pp. 61 ss..

<sup>5</sup> “*Ein Hungerkünstler*”, Berlin/Leipzig, 1922, cit. na publicação in *Gesammelte Werke in zwölf Bänden (Aufgrund der Kritischen Ausgabe)*/ Franz Kafka, hrsg. von Hans-Gerd Koch, Frankfurt am Main, 1994, Band 1 – “*Ein Landarzt und andere Drucke zu Lebzeiten*”, pp. 261-273.

<sup>6</sup> “*Die Verwandlung*” (1912), Leipzig, 1915, cit. na publicação in *Gesammelte Werke in zwölf Bänden (Aufgrund der Kritischen Ausgabe)*/ Franz Kafka, hrsg. von Hans-Gerd Koch, Frankfurt am Main, 1994, Band 1 – “*Ein Landarzt und andere Drucke zu Lebzeiten*”, pp. 91-158. Este conto foi publicado, pela primeira vez, em outubro de 1915, na revista *Die Weißen Blätter*, e em novembro do mesmo ano em livro, na coleção “*Der Jünste Tag*”. – Vide Franz Kafka, *Os contos*, trad. de Álvaro GONÇALVES, José Maria Vieira MENDES e Manuel RESENDE (conforme o texto da edição crítica organizada por Hans-Gerd Koch, Wolf Kittler e Gerhard NEUMANN), Lisboa, 2004, 1º vol. (*Textos publicados em vida do autor*). Quanto ao título adotado na tradução portuguesa aqui citada, não “*A metamorfose*”, mas “*A transformação*”, esclarecem os tradutores: «Este conto, um dos mais lidos de Franz Kafka, tem vindo a ser traduzido, e assim conhecido, sobretudo nas línguas francesa e inglesa, com o título *La Métamorphose*/(*The*) *Metamorphosis*, tendo as primeiras versões portuguesas adotado esta variante, ou por terem sido

Na colónia penal (“*In der Strafkolonie*”)<sup>7</sup>, A sentença (“*Das Urteil*”)<sup>8</sup>, e, privilegiadamente, O processo (*Der Prozeß*)<sup>9</sup>. Não tanto para explorar a compreensão (ou, talvez mais propriamente, *incompreensão*) do direito enquanto tema central, designadamente nestas duas últimas obras (e com dúvidas, que o próprio POSNER enuncia, quanto à questão de saber se é o direito o tema central dessas obras, para concluir negativamente, e reconhecer aí, diferentemente, diversas abordagens de um mundo de contornos pouco definidos, perpassado por angústia, culpabilidade, pesadelo, obsessão, sadismo, masoquismo...<sup>10</sup>), mas sobretudo para encetar uma tentativa de compreensão da representação do homem presente nessa obra através de leituras completamente diversas. Com o objetivo de procurar concluir, sendo possível, se alguma dessas leituras poderá *abrir caminho* para a percepção do *homo juridicus* que o actual horizonte da prática social e, concomitantemente, jurídica, exige.

De um lado, os reconhecidos traços, em Robin WEST, de uma *leitura crítica do pensamento jurídico neoliberal*, mobilizadora de exemplos literários que a colocam dentro das fronteiras da *Law and Literature* (agora projetados na leitura de KAFKA), e desvelando uma orientação *feminista* (no quadro das *Feminist Jurisprudences*) que entronca numa já tradição *comunitarista* – congregando o homem numa experiência de

realização na coletividade, com apelo a um certo *altruísmo ético-jurídico*, recuperando – não repetindo, antes divergindo – seletivamente aquilo por que o próprio *núcleo duro* dos *Critical Legal Scholars* havia propugnado<sup>11</sup>. Do outro, o – apelidado de “*legal liberalism*”, de índole *formalista*<sup>12</sup> –

<sup>11</sup> Vide, entre outros, Roberto Mangabeira UNGER, *What Should Legal Analysis Become?*, London, New York, 1996; Duncan KENNEDY, “*Form and Substance in Private Law Adjudication*”, in *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976, pp. 1685-1778; *Idem*, *Sexy Dressing, Etc. – Essays on the Power and Politics of Cultural Identity*, Harvard, 1993; *Idem*, *A Critique of Adjudication (Fin de Siècle)*, Harvard, 1998; Jack BALKIN, “*Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice*”, in *Michigan Law Review*, vol. 92, n.º 5, March 1994, pp. 1131-1186, cit. na versão online, disponível em: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/transdecon1.pdf> (acedido em 07-08-2003); *Idem*, “*Deconstruction’s Legal Career*”, 1998, disponível online em: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/opeds/Deconstruction’s Legal Career – Part I.htm>, Parte I, e <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/opeds/Deconstruction’s Legal Career – Part II.htm>, Parte II (acedido em 07-08-2003), Parte II; José Manuel AROSO LINHARES, “*O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos – da convergência com a literatura (Law as Literature, Literature as Law) à analogia com uma poiésis-techné de realização (Law as Musical and Dramatic Performance)*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXX, 2004, pp. 59-135, pp. 130-131.

<sup>12</sup> «West begins by describing a formalistic conception of law that she calls ‘legal liberalism’ (Critics of liberalism like to assume that it depends on a formalistic approach to law; as pointed out in Chapter 1, it does not). West stresses the importance that the legal liberal ascribes to autonomy (individual liberty) as a value served by law and the legal liberal’s dread of having his individuality submerged in the community. The radical males of the critical legal studies movement relabel autonomy as alienation and turn it from an object of longing to one of dread; and relabeling annihilation as connection, they perform a similar inversion of the liberal’s dread. Women differ fundamentally from men in that their basic experience is of connection (because of pregnancy and breast-feeding and because women are penetrated, rather than penetrating, in the sexual intercourse) rather than of individuality. The liberal feminist, who is basically satisfied with this order of things, replaces the liberal legalist’s value of autonomy with the value of intimacy and the liberal legalist’s dread of annihilation with a dread of separation. The radical feminists, however, unlike the radical male, longs for autonomy and dreads not alienation but invasion, intrusion». – Richard POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, cit., pp. 409-410. «What I have called the average differences between men and women are related, and could well be a product of natural selection. Biological or not, they do not appear to be mere artefacts of discrimination. [...] But what, if any, implications these differences have for law – beyond the trivial conjecture that women are less likely to be excessively combative in litigation or to be willing to work the absurd hours demanded of partners and associates at some law firms – are obscure. Nor are these the differences that interest West. But her idea that ‘connectedness’ is the defining characteristic to the female experience, and her attribution of this characteristic to the female role in reproduction, are neither well supported by empirical evidence nor, on the whole, highly plausible. Women may be on average less selfish than men, but it does not follow that most women lack a sense of themselves as individuals or that this sense is diminished by pregnancy and breast-feeding. The point about penetration is unconvincing; one could as well describe the female as ingesting as the male as penetrating. The fact that girls are raised

traduzidas a partir destas línguas ou por influência das mesmas. Nesta edição, porém, optou-se pelo título *A transformação*, que, para além de ser fiel ao título original, vai ao encontro, por um lado, da simplicidade e transparência da escrita de Kafka, e por outro, sublinha o processo de “transformação” rápida (um ser humano transforma-se num inseto) e imprevisível que se dá com Gregor Samsa, por oposição à ideia de uma “metamorfose” lenta, faseada e previsível». – *Idem*, p. 12.

<sup>7</sup> “*In der Strafkolonie*” (1914), Leipzig, 1919. – Vide Franz Kafka, *Os contos*, cit., 1.º vol., p. 12.

<sup>8</sup> “*Das Urteil*” (1912), in *Arkadia*, Leipzig, 1913, cit. na publicação in *Gesammelte Werke in zwölf Bänden (Aufgrund der Kritischen Ausgabe)*/ Franz Kafka, hrsg. von Hans-Gerd KOCH, Frankfurt am Main, 1994, Band 1 – «*Ein Landarzt und andere Drucke zu Lebzeiten*», p. 37-52. Este conto foi publicado pela primeira vez em 1913, num número especial da revista *Arkadia*, organizado por Max BROD. – Vide Franz Kafka, *Os contos*, cit., 1.º vol., p. 11.

<sup>9</sup> *Der Prozeß*, Berlin, 1925, cit..

<sup>10</sup> Não seria, portanto, para POSNER, o direito o núcleo temático das obras de KAFKA, e muito concretamente de *Der Prozeß*: Richard POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, cit., p. 127 ss. «I do not mean that *The Trial* is devoid of legal interest. [...] The heart of *The Trial* lies elsewhere, however – in K.’s futile efforts to find a human meaning in a universe, symbolized by the court, that has not been created to be accommodating or intelligible to man but is arbitrary, impersonal, cruel, deceiving, and elusive. This universe is like the doorkeeper in “Before the Law”, who not only thwarts the effort of the man from the country to reach the source of the ‘radiance that streams inextinguishably from the door of the Law but makes the man’s effort ridiculous and pathetic». – *Idem*, pp. 135-136.

*neoliberalismo* assumido por Richard POSNER, na sua versão *pragmatist* da *Law and Economics Scholarship*, a configurar as relações jurídicas e as próprias decisões judiciais como *transações de mercado*, e a pressupor um *individualismo* que atomiza o sujeito enquanto *rational maximizer* de todos os seus comportamentos. O que se procura, então, é explorar as consequências destes dois universos (praticamente antagónicos) de compreensão do mundo, do homem – da interação deste com aquele e com os outros – e, consequentemente, do direito.

Assim, propostas as relações intersubjetivas como *transações de mercado*, POSNER apresenta o *consentimento* como *princípio* essencial para a sua legitimação e, acima de tudo, justificação *moral*, enquanto *transações livres* (assumindo assim as *transações consensuais* maximizadoras da riqueza como *moralmente desejáveis*, por promotoras do bem-estar e da *autonomia* individual e, consequentemente, coletiva). A que, decorrendo da *matriz* individualista característica de uma liberal (e *neoliberal*) construção da *societas* como artefato, corresponde uma perspetivação do homem e da sociedade *des-vinculada* do *cenário*-coletivo envolvente. Assim, os – *egoisticamente* definidos como autónomos – sujeitos da relação jurídica, consciente ou inconscientemente *maximizadores racionais*<sup>13</sup> – o verda-

primarily by the parent of the same sex, and boys primarily by the parent of the opposite sex, provides a more plausible but speculative, ground for thinking that boys may grow up to be more individualistic in their orientation than girls.

Supposing West's analysis to be correct, the implications for feminist jurisprudence would still be modest. They would not include making law feminine, either in Gilligan's (or Sherry's or Bender's or Michelman's) sense or in West's version of Gilligan's thesis. West's analysis implies that the law should become more protective of women's interests, by recognizing the vulnerabilities that the woman's sense of connectedness creates; the legal profession, the judiciary, and legislatures should at least try to understand women's distinctive experience, just as they should try to understand the distinctive experiences of blacks or Jews, Asians or Mormons». – *Idem*, p. 410-412.

<sup>13</sup> «It is true that most thieves, spouses, litigants, pedestrians, trespassers, rescuers, and other nonmarket actors encountered in the economic analysis of law do not consciously engage in cost-benefit analysis. But neither do most consumers consciously maximize consumer surplus or most businessmen consciously equate marginal revenue to marginal cost. Rational choice in economics does not mean self-consciously economic choice, or even conscious choice, let alone the articulation of choice in the language of economics, a language of scholarship rather than of everyday life, commercial or otherwise. The concern of economics is not with states of mind but with what people do.

But forget all this and assume that West's Kafka has presented a gallery of examples of real people transacting. We are now far from any meaningful engagement with Kafka's fiction, which she is treating as muckraking journalism. This is reductionism with a vengeance, but it is West's method, and let us see where it leads». – Richard POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, cit., p. 190.

deiro *homo oeconomicus* –, agiriam sempre e em qualquer domínio com vista à maximização da sua pretensão<sup>14</sup>. Em POSNER as transações maximizadoras de riqueza assentam, para a sua legitimação moral, não apenas em considerações utilitaristas, mas também na consideração independente de que promovem a autonomia: prefere esta segunda justificação, assente na *tradição moral kantiana*, àquela primeira, herança dos utilitaristas tradicionais pelo que identifica na compatibilidade que enuncia entre a maximização da riqueza e os compromissos morais *pró-autonomia* (*pro-autonomy*)

<sup>14</sup> Apesar de o critério de maximização da riqueza ser determinante na atuação dos sujeitos-agentes, o *pragmatic turn* levado a cabo por POSNER posterior aos artigos em que discute com WEST a leitura ética de KAFKA e também a ambas as edições de *Law and Literature*, conduziu-o a critério pragmático, não já critério ético fundamentante. Vide José Manuel AROSO LINHARES, “A unidade dos problemas da jurisdição...”, cit., p. 66, n. 2. «Um *pragmatic turn* explicitamente associado à «trilogia» *The Problems of Jurisprudence* (1990)/ *Overcoming Law* (1995)/ *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999) – e a culminar em duas importantes reflexões-síntese (*Frontiers of Legal Theory*, Harvard, 2001, *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard, 2003) – ... e que constitui uma das mais ambiciosas tentativas de adaptação-correção (e neste sentido também de preservação) da *Chicago Trend*. Como se à possibilidade de superar o «individualismo libertário» dos *right wing scholars* – confirmada pela assunção (*hierarquicamente*) prioritária de um «bem» de (*aggregate societal*) *wealth maximization* (já em *The Economics of Justice*, Harvard, 1981) – se acrescentasse agora a reavaliação drástica das pretensões de cientificidade e de objetividade que dominaram a primeira etapa do movimento». – José Manuel AROSO LINHARES, *O pragmatismo interdisciplinar* de POSNER (enquanto específica *theory of adjudication*), Coimbra, 2006, p. 1. «O *pragmatic manifesto* proclamado em *The Problems of Jurisprudence* introduz também aqui uma mudança significativa. Como se à preocupação condutora de descobrir (e de autonomizar) no *wealth maximization criterion* (entenda-se, na «satisfação agregada de preferências» a que este critério confere uma relevância *positiva*) uma autêntica opção ética – suficientemente autónoma para poder desafiar (e assimilar «seletivamente») os contributos inconfundíveis do *utilitarismo* e da *moralidade* kantiana e das éticas que invocam as tradições correspondentes (através precisamente de uma reinvenção das exigências da *utilidade* e do *consentimento*) [«Law and Economics represents a fruitful synthesis of the best of utilitarianism and Kantianism»: *The Economics of Justice*, cit., 55-60, 60 e ss. («Wealth Maximization as an Ethical Concept»), 88 e ss. («The Consensual Basis of Efficiency»), 107 e ss. («Dworkin's Critique of Wealth Maximization») / «Wealth maximization combines, as I have said, elements of utilitarianism and individualism, and in so doing comes closer to being a consensus political philosophy (I do not suggest it is one) in our contentiously pluralistic society than any other overarching political principle...» («Wealth Maximization Revisited», cit., 71)] – se contrapusesse agora explicitamente o processo de reconhecimento de uma opção-*aposta* (entre outras possíveis)... e este assumido na sua legitimação *estritamente* pragmática: «The justification for such a system, if there is one, is not ethical but pragmatic. And there is a pragmatic justification...» (*Frontiers of Legal Theory*, cit., 102). «The judicial pragmatist has different priorities. He wants to come up with the decision that will be best with regard to present and future needs...» (*The Problematics of Moral and Legal Theory*, cit., 242)». – Vide José Manuel AROSO LINHARES, “A unidade dos problemas da jurisdição...”, cit., p. 107, n. 88.

uma prova importante da atração moral do critério de maximização da riqueza como “*rule of judicial decision-making*”<sup>15</sup>.

Pontos todos estes merecedores de críticas por parte de WEST, generalizando-se essas críticas a todas as construções políticas e jurídicas liberais, caracterizadas pela aprovação da autonomia e desaprovação da autoridade, incluindo, para além de POSNER, DWORKIN, entre outros<sup>16</sup>. A mobilização exemplar das personagens kafkianas que WEST leva a cabo visa, então, questionar a sustentabilidade de uma moral individualista do tipo da assumida como pilar da intersubjetividade em POSNER, assente num consentimento cujas motivações subjacentes são desprovidas de qualquer relevância prática. Partindo daquelas personagens para concluir que os indivíduos, quando consentem numa transação, muitas vezes fazem-no mais devido a um suposto desejo de se submeterem a uma autoridade do que com vista a uma qualquer maximização do seu bem-estar e/ou autonomia<sup>17</sup>. Compreensão que, criticamente, reconduz a

definição de *consentimento* enunciada por POSNER, como justificação moral para a maximização da riqueza, a uma perspetiva inadequada da motivação dos comportamentos<sup>18</sup>. Diferentemente, a ausência de qualquer disjunção entre o sistema jurídico e moral de POSNER e os mundos internos de “*welfare-maximizing*” das suas personagens torná-las-iam hipotéticas, desligadas da realidade.

Para WEST, sendo radicalmente distintos, como se verá, o mundo fictício de KAFKA e o mundo ideal de POSNER assemelham-se, não obstante, num aspeto essencial: na maioria das narrativas de KAFKA, o que acontece às personagens é completamente consentido, dir-se-á mesmo consensual<sup>19</sup>, tal como acontece com os “*actors*” de POSNER.

risked loss morally superior to the world that preceded the allocation of risk». – *Idem*, p. 411. Veja-se, nesse sentido, a voluntária submissão à autoridade-alea da sorte do apostador na lotaria, exemplo que WEST toma do próprio POSNER para rebater a por este último proposta relação direta entre consentimento e autonomia, consentimento e moral: «(...) Posner’s lottery example highlights the gross disjunction between consensual acceptance of risk and the autonomous values that consent purportedly promotes. Even assuming that the bettor is fully informed of the risk and fully cognizant of alternative uses of his money, the purchase of a particular bundle of risks may result from a compelling or compulsive urge to relinquish control over his future. Regardless of one’s definition of well-being, assumption of risk is the very antithesis of autonomy when it entails abandonment, not enrichment, of personal responsibility. (...) Indeed, the pleasure of submitting one’s faith to the spin of the wheel – the authority of luck – is often precisely what the casual and occasional bettor buys. When we bet we give full reign to our impulse to abandon the pursuit of autonomy and submit instead to forces outside of our control. No authority is as absolute, or as blind to individuating circumstance, as luck. Like the urge to submit to the dictates of personal authority, the inclination to submit to the authority of fate may manifest a relinquishment, not an enrichment, of autonomy». – *Idem*, p. 412. Vide ainda GARY MINDA, “*Law and Literature*”, *cit.*, p. 158, 159-160.

18 «Posner’s attempt to defend wealth maximization on principles of consent rests on a simplistic and false psychological theory of human motivation». – Robin WEST, “*Authority, Autonomy, and Choice...*”, *cit.*, p. 385. Quer no mundo fictício e horrendo de KAFKA, quer no teórico e ideal de POSNER, o consentimento surge como um trunfo moral; em ambos o bem e o mal, o certo e o errado perdem todo o sentido, porque o que interessa é saber se e até que ponto os sujeitos conseguem exactamente o que pensam querer. – *Idem*, p. 386. «If Kafka’s descriptions of consensual transactions reveal a truth about the complexity of human motivations, Posner’s claim that express consent reinforces one’s sense of autonomy and by definition maximizes one’s well-being is simply untenable». – *Idem*, p. 399. «If it follows from the fact of consent that the relationships or transactions to which we have consented strengthen our sense of autonomy or leave us better off, they do so by virtue of our human motivations and capabilities. At best, then, it is only contingently and not analytically true that expressly consensual states of affairs are congenial to autonomy or that they maximize the well-being of those who consent». – *Idem*, p. 400.

19 Segundo POSNER, esta afirmação de WEST nem sempre se verifica: «This statement not only ignores what happens to Gregor when he is changed into a bug and to Joseph K. when he is arrested, but also ascribes meaningful consent to decisions made under the influence of a mental disease or extorted». – Richard POSNER, *Law and Literature (Revised and*

15 Segundo WEST, «For Kant and the modern Kantians, freedom and autonomy, not wealth, happiness, or other measures of “goodness”, are the desired ends of moral decisionmaking; autonomous will is the necessary condition for a moral decision». – Robin WEST, “*Authority, Autonomy, and Choice...*”, *cit.*, p. 385, n. 5.

16 «Modern arguments for the moral grounds of democracy, for the legitimacy and moral worth of the free market, for the justification of criminal punishment, for limitations upon paternalistic applications of state power, for the priority of individual rights over collective welfare, and even for the legitimacy of law itself all rest on a commitment to the virtues of individual autonomy and an antipathy toward authority». – *Idem*, p. 384. «“Choice” and “autonomy” are becoming synonyms for “right” and “good”, while “submission”, “obedience”, “authority”, and “authoritarian” conjure up the good German, the Nazi soldier, the Stalinist, and the intolerant Falwellian social leader». – *Idem*, p. 385. Vide também Robin WEST, “*Foreword: Taking Freedom Seriously*”, *cit.*, especialmente p. 52-53: «Liberal legalism, as represented powerfully in the writings of Ronald Dworkin, essentially joins the natural rights theories of classical liberalism with a distinctly American notion of constitutional legalism». *Idem*, p. 52. WEST refere-se, aqui, à posição assumida por DWORKIN em *Taking Rights Seriously* (London, 1977).

17 Robin WEST, “*Authority, Autonomy, and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner*”, in *Harvard Law Review*, vol. 99, n.º 2, December 1985, p. 384-428, p. 384. «If we grant Posner’s normative assumption that any consensual state of affairs is moral because of the fact of consent, then his conclusion that consensually assumed risk is moral readily follows. If consensual transactions necessarily promote one’s sense of autonomy and increase well-being – thus leaving the world a morally superior place – then there is no reason to believe that the world is not improved just as much by consensual allocations of risk as by consensual allocations of tangible resources. The problem with Posner’s argument is that even if these losses have been impliedly consented to, he has not shown that anything of moral significance follows from that fact. Posner has not shown that implied consent to a risk of loss morally validates our failure to compensate losers. Nor has he shown that consent to a risk of loss renders the world containing the

Paradoxalmente, os seus protagonistas vivem num *mundo* criado por eles próprios, mas que é, por opção, um mundo que não têm poder para mudar<sup>20</sup>. Estes dois autores apresentam, assim, as mesmas *transações* de pontos de vista radicalmente divergentes<sup>21</sup>. Estas opostas *definições* do mundo decorrem, obviamente, de diferentes representações da natureza humana: enquanto as personagens de POSNER prosseguem inexoravelmente a *autonomia* e o bem-estar pessoal, as personagens de KAFKA desejam, necessitam e, em último termo, procuram também inexoravelmente a *autoridade*<sup>22</sup>.

Em POSNER, a fundamentação *moral* das *transações intersubjetivas* vai ainda mais longe, quando, em consonância com a sua representação da prática em geral – e não apenas da prática judicial – como mercado, recorre a uma

---

*Enlarged Edition*), *cit.*, p. 193. O consentimento, em POSNER, é uma expressão de liberdade e afirmação pessoal consciente, pelo que não será verdadeiro consentimento aquele que for dado sob pressão ou por pessoas que não estejam no pleno exercício das suas faculdades. – *Vide idem*, p. 202.

<sup>20</sup> Robin WEST, “*Authority, Autonomy, and Choice...*”, *cit.*, p. 390.

<sup>21</sup> Robin WEST estabelece um contraste entre a representação elaborada por POSNER acerca da função *moralmente* legitimadora do consentimento e as descrições dramáticas de KAFKA acerca das experiências internas da pessoa para cada tipo de consentimento: na medida em que as descrições de KAFKA sejam verosímeis, destroem a premissa normativa de POSNER segundo a qual o consentimento tem um valor moral. A ficção de KAFKA sugere que a argumentação de POSNER assenta num retrato severamente inadequado da natureza e motivação humanas. Para POSNER, as transações ou instituições maximizadoras da riqueza, ainda que em último termo prejudiquem uma classe de pessoas, são moralmente desejáveis porque aumentam a riqueza coletiva e dirigem um certo tipo de consentimento de todas as partes afetadas na troca. – *Idem*, p. 389. Para POSNER, nem uma demonstração da maximização da utilidade nem uma demonstração da superioridade de PARETO é necessária à justificação moral das transações “wealth-maximizing”, mas sim uma determinada forma de *consenso* (através de consentimento expresso, implícito ou hipotético). Assim, a maximização da riqueza não se funda nem em bases puramente utilitaristas nem na base puramente kantiana de afirmação de autonomia através do consentimento expresso, mas sim nas virtudes de uma consideração atenuada do consentimento para a sua fundamentação moral. – *Idem*, p. 389-390.

<sup>22</sup> O que WEST pretende demonstrar recorrendo, por exemplo, aos contos “*Ein Hungerkünstler*” e “*Das Urteil*”: «Nor is the well-being of the hunger artist or George’s friend in any meaningful sense increased by the chance for success or the Premium of gain received during their early success. Their subsequent loss, discounted by the risk of its occurrence, is simply not compensated ex post by their early success or the chance for success initially purchased. The hunger artist himself expresses the point; he knows that he has been abandoned by his fickle public and not compensated either ex post or ex ante for his eventual failure (...)». – *Idem*, p. 408. A disjunção, que se encontra nas obras de KAFKA, entre um sistema que formal e externamente insiste na função legitimante do consentimento e uma personalidade humana que interna e persistentemente procura a segurança da autoridade responde pela alienação nas vidas das personagens. – *Idem*, p. 387.

categorização de diversas modalidades de consentimento, que justificariam a voluntariedade da posição assumida por eventuais terceiros relativamente a uma determinada relação jurídica. Assim, as transações de mercado sem efeitos para terceiros estariam justificadas por um *consentimento expresso* de todas as partes envolvidas na transação. Já as transações de mercado eventualmente producentes de efeitos nocivos para terceiros estariam justificadas por um *consentimento implícito* daqueles terceiros que nalgum momento anterior tivessem voluntariamente assumido o risco de eventuais perdas; e, para transações ditas *fora do mercado* – aquelas que, nesta expressamente assumida prática-mercado, teriam lugar nos *mercados implícitos hipotéticos*<sup>23</sup> –, encontrar-se-ia um *consentimento hipotético* de todas as partes eventualmente afetadas – tal como no domínio da responsabilidade civil extracontratual (mas apenas “(...) the negligence system of tort law (...)”)<sup>24</sup> –, em virtude de se pressupor o consentimento relativamente aos imperativos jurídicos – e eventuais perdas decorrentes da sua efetivação prática – referentes a domínios alheios às *transações expressas*<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Note-se que, sendo a prática genericamente compreendida como *mercado*, o que aqui se pretenderá referir é o conjunto de situações que, não pertencendo nem ao *mercado explícito*, das efetivas transações comerciais, nem aos domínios correspondentes aos *mercados implícitos* do direito contratual, do direito da família, e do direito penal, por exemplo, se inserem nos chamados *mercados implícitos hipotéticos*, em que se insere o problema da responsabilidade civil extracontratual. – *Vide* Richard POSNER, *The Economics of Justice*, *cit.*, pp. 90, 92-99; A. CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de Teoria do Direito – sumários e textos*, Coimbra, 1998-99, pp. 31-41; José Manuel AROSO LINHARES, “*A unidade dos problemas da jurisdição...*”, *cit.*, p. 106, e n. 87.

<sup>24</sup> Para uma distinção entre «the negligence system of tort law» e «strict liability rule», *vide* Richard POSNER, *The Economics of Justice*, *cit.*, pp. 192-203. *Vide* ainda Mafalda MIRANDA BARBOSA, *Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, LXXXI, pp. 511-600, especialmente 524 ss..

<sup>25</sup> «As Posner concedes, however, each class of transfers involves a different kind of consent. First, he notes, wealth-maximizing market transactions with no third-party effects elicit the express consent of all parties affected by the exchange. Second, Posner argues, wealth-maximizing market transfers with adverse third-party effects elicit the implied consent of those third parties who have at some earlier time voluntarily assumed the risk of the loss. Third, Posner argues, wealth-maximizing institutions that operate outside the market altogether, such as the negligence system of tort law, command the hypothetical consent of all affected parties: if asked, all affected parties, including eventual losers, would consent to the imposition upon them of the nonmarket imperatives. Such hypothetical consent can be imputed to parties whenever the nonmarket imperative in question is wealth maximizing. Even nonmarket wealth-maximizing institutions, then, are morally justified because they are grounded on the consent – albeit on an attenuated, hypothetical consent – of even their eventual victims.

Por outras palavras, para POSNER, as transações ou instituições maximizadoras da riqueza que em último termo lesem terceiros serão *moralmente desejáveis* na medida em que aumentem a riqueza coletiva, e implicarão um determinado *tipo de consentimento* por parte de todos os intervenientes. Reconhecendo embora que uma transferência “wealth-maximizing” pode não aumentar necessariamente o

bem-estar coletivo: uma vez que a felicidade subjetiva de uma pessoa não é quantificavelmente comparável com a dor subjetiva de outra, a *quantidade* de bem-estar geral ou de utilidade subjetiva será simplesmente incognoscível. Daí que a *justificação moral* dos efeitos das relações intersubjetivas não devesse ser encontrada em bases puramente utilitaristas<sup>26</sup>. Porém, essas transferências “wealth-maximizing” nem sempre seriam justificadas com base numa *autonomia consensual pura*, posto que nem sempre o *consentimento* seria (necessariamente) *expresso*<sup>27</sup>. Portanto, para POSNER, nem uma demonstração da maximização da utilidade nem uma demonstração da superioridade de PARETO é necessária à *justificação moral* das transações “wealth-maximizing”, mas sim uma determinada forma de *consentimento (expresso, implícito ou hipotético)*. Assim, a maximização da riqueza fundar-se-ia numa *perspetivação atenuada do consentimento*. O que, para WEST, não constituiria prova de que o tipo de relações intersubjetivas enunciadas fosse efetivamente *consensual*, nomeadamente quando estivesse em causa a *significação implícita e/ou hipotética de consentimento*<sup>28</sup>.

Thus, in all three types of wealth maximizing transfers, winners and losers either expressly, impliedly, or hypothetically consent to the gains or losses they ultimately sustain. Even wealth-maximizing transactions or institutions that ultimately hurt a class of people are morally desirable both because they increase the collective wealth and because they command some sort of consent from all parties affected by the exchange. Posner concedes that a wealth-maximizing transfer does not necessarily increase the collective well-being, as opposed to the wealth, of the affected parties. Because one person's subjective happiness cannot be quantifiably compared with another's subjective pain, the quantity of overall well-being or subjective utility is simply unknowable. As a class, then, wealth-maximizing transactions cannot be justified on pure utilitarian grounds. Nor, Posner argues, does every wealth-maximizing transfer command the express consent of all affected parties. Wealth-maximizing transfers therefore cannot be justified as a class on the ground of pure consensual autonomy. Posner argues that, contrary to conventional wisdom, neither a showing of utility maximization nor a showing of Pareto superiority is necessary to the moral justification of wealth-maximizing transactions. All wealth-maximizing transfers elicit from all affected parties some form of consent – either express, implied, or hypothetical – any species of which is sufficient to legitimate the resulting state of affairs. Therefore, in Posner's view, wealth maximization rests neither on pure utilitarian grounds nor on the pure Kantian ground of achieving autonomy through express consent; it rests instead upon the virtues of an attenuated vision of consent for its moral foundation. Because they are consensual, wealth-maximizing transfers both leave people wealthier and foster their sense of autonomy. And, because all wealth-maximizing transfers are consensual, they are morally justified as well». – Robin WEST, “*Authority, Autonomy, and Choice...*”, *cit.*, pp. 388-390. E WEST esclarece, em nota: «Posner sometimes speaks in terms of a single category of nonexpress consent, variously described as “implied”, “implicit”, and “hypothetical”. In this Article, I use the phrase “implied consent” to designate the type of consent involved in transfers imposing losses on third parties who earlier consented to the risk of the ultimate loss, and “hypothetical consent” to designate the type of consent involved in nonmarket transfers imposing losses or gains on parties who would consent, if asked, to the legal imperatives in question». *Idem*, p. 389, n. 18. E prossegue, mais adiante: «Although the Pareto morality of expressly consensual transactions constitutes Posner's ethical ideal, he willingly concedes that only a small subset of the wealth-maximizing transfers he wishes to justify have been expressly consented to by all affected parties. Most wealth-maximizing transactions have both intentional and unintentional effects on third parties who have not expressly consented to the transaction. Such transactions cannot be justified by reference to express consent and the automatic increase in well-being that such consent definitionally entails. Nor can they be justified with a utilitarian calculus if we insist, as Posner does, upon the incomparability of subjective utility values. Society is, of course, collectively wealthier if the transaction is wealth-maximizing, but there may nevertheless be a loser; therefore, we cannot infer that the transaction has increased the collective well-being – as opposed to the wealth – of the community. The loss as felt by the loser may outweigh the gains experienced by the winners.

Nevertheless, Posner argues, in “[m]any” of these cases, the losing parties have impliedly consented to the wealth-maximizing transaction. “The version of consent used here”, Posner writes, “is ex ante compensation”. By “ex ante compensation” Posner does not mean that the losing parties received beforehand a benefit equal to the full value of the loss subsequently suffered. Instead, in an earlier transaction, the eventual loser received some benefit in exchange for the voluntary decision to assume the risk of the subsequent loss». – *Idem*, p. 404.

<sup>26</sup> «(...) Kafka's stories illustrate a simple truth: to say that the risk of a loss is consensually assumed is not to imply that the subsequent “ownership” of a set of risks promotes either one's well-being or one's sense of autonomy. Nor does the loser's consent insulate community and friends from a moral obligation to relieve the impact of personal tragedy or to ease suffering». – *Idem*, p. 410.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 389.

<sup>28</sup> Ronald DWORKIN e Jules COLEMAN, segundo WEST, criticam POSNER por não demonstrar a existência de consentimento *significativo* em todo os três tipos de transações, sobretudo ao nível do *consentimento implícito e hipotético*, acabando por afirmar a existência de consentimento em transações que parecem ser não consensuais. WEST não pretende seguir a linha de DWORKIN na crítica a POSNER, antes considera que cada um dos argumentos construídos por POSNER para a moralidade das transações “wealth-maximizing” falha por outra razão: mesmo assumindo que um consentimento significativo possa encontrar-se nas transações que pretende justificar, POSNER não prova que a existência de consentimento implique um aumento do bem-estar ou promova o sentido individual de autonomia. Embora POSNER tenha distinguido com sucesso o seu sistema de moralidade fundado no consentimento das tradições utilitarista e kantiana, não demonstrou que o seu sistema retenha as virtudes daqueles. – *Idem*, p. 390. Para WEST, as afirmações de POSNER de que o consentimento promove a autonomia e potencia o bem-estar escondem a necessidade de um argumento empírico. Assim, a segunda afirmação dependeria de duas premissas empíricas distintas, ou seja, defender que as escolhas maximizam o bem-estar depende, primeiro, da capacidade de preferir e de escolher, e segundo, da motivação para preferir e escolher. E, para

Em suma, o postulado *ético* fundamental de POSNER consistiria, portanto, nesta primeira fase – e mesmo após o *pragmatic turn*<sup>29</sup>... –, em tomar como *moralmente justificados* os resultados de uma transação *expressamente consentida*<sup>30</sup> – numa argumentação *consequencialista*, visando a atribuição de um valor *moral* ao *consentimento*, e assim postulando a *maximização da riqueza* como resultado da transação... – por duas ordens de razões: em primeiro lugar, em virtude de se assumir o *consentimento expresso* como potenciador do sentido de *autonomia* dos sujeitos; em segundo lugar, devido à consideração das *transações expressamente consensuais*, por sua vez, e por definição, como potenciadoras do bem-estar dos que nelas consentiram<sup>31</sup>. Porém, na *leitura* de WEST, não só nem sempre, ou não necessariamente, o *consentimento livre*, mesmo que *expresso*, conduz a situações de aumento de bem-estar<sup>32</sup>, como, se se compreende a mobilização do *consentimento* para as transações de mercado explícito, já dificilmente se poderá aceitá-la para justificar “nonmarket institutions”, mesmo que “wealth-maximizing”<sup>33</sup> – tal como POSNER as

WEST, ambas estas afirmações são contestáveis. Quanto à primeira afirmação, de que as transações consensuais promovem a autonomia, falha por uma razão semelhante: «We may consent to a transaction not to foster our autonomy, but rather solely to please or defer to a perceived authority. Whether or not the resulting transaction promotes autonomy depends on the authoritarian relationship thereby created. Some such relationships promote autonomy. Many, however, do not». – Robin WEST, “*Authority, Autonomy, and Choice...*”, *cit.*, p. 400.

<sup>29</sup> Neste sentido, *vide*, especialmente, Richard POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, *cit.*, p. 454 ss., *The Problematics of Moral and Legal Theory*, *cit.*, p. 3 ss., 227 ss., *Frontiers of Legal Theory*, *cit.*, p. 95-141, e *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard, 2003, p.

<sup>30</sup> *Vide* Richard POSNER, *The Economics of Justice*, *cit.*, p. 48-115.

<sup>31</sup> Robin WEST, “*Authority, Autonomy, and Choice...*”, *cit.*, p. 391. *Vide idem*, n. 24, p. 391-392.

<sup>32</sup> O que pretende ilustrar mobilizando as personagens construídas por KAFKA: «Kafka provides several examples of failed entrepreneurs who have consented ex ante to the loss they suffer ex post in just the manner Posner describes. Kafka’s entrepreneurs, like Posner’s, are compensated during their early successful days for the risk of the losses that subsequently befall them. Like Posner’s actors, these businessmen voluntarily assume the risk of the failure they ultimately suffer». – *Idem*, p. 406.

<sup>33</sup> «The sort of consent such institutions command, however, is neither express nor implied: affected parties neither expressly bargain for the reallocation the transfer entails, nor do they impliedly assume the risks of that reallocation. Rather, nonmarket wealth-maximizing institutions, if they are truly wealth-maximizing, command the hypothetical consent of affected parties, including potential losers. If a citizen were to be asked, counterfactually, whether she would prefer to accept the bundle presented by the wealth-maximizing institution – for example the high benefits in savings, combined with the low probability of devastating losses, inherent in the negligence system – rather than the bundle of benefits and risks entailed by systems that are not wealth-maximizing, she would prefer, and hence consent to, the bundle presented by the wealth-maximizing institution (...). Posner concludes that the cheaper system will command the

assume –, ideia esta última que, só por si, cria outro problema, a que WEST procura dar resposta, mesmo sem sair da discussão da relevância dos diversos tipos de *consentimento supra* enunciados, assumindo que aquele *consentimento*, nos termos e com o sentido em que POSNER o mobiliza, apenas seria conferido face a “nonmarket wealth-maximizing institutions”<sup>34-35</sup>. E, voltando a KAFKA, muito concretamente no que toca ao referido *consentimento hipotético*, remete WEST a obediência das respetivas personagens a uma atração não por uma qualquer maximização da riqueza, mas pela submissão, e mesmo punição, como se da expiação de uma qualquer culpa involuntariamente assumida se tratasse<sup>36</sup>.

hypothetical consent of all affected parties. Therefore, even nonmarket wealth-maximizing institutions are consensual and justifiable according to ethics of personal autonomy (...). – *Idem*, p. 415. *Vide* também Richard POSNER, *The Economics of Justice*, *cit.*, p. 95 ss.

<sup>34</sup> «Thus, although we might obey a wide array of nonmarket legal imperatives, we would consent only to those nonmarket imperatives that are wealth-maximizing. It is only this subset of nonmarket legal imperatives – those that are wealth maximizing – that command not just our obedience but also our hypothetical consent. Therefore, only wealth-maximizing nonmarket imperatives are morally justifiable. (...) If asked, we would give our consent to cheap, rather than expensive, legal imperatives, because we are psychologically constituted in such a way as to prefer that which maximizes our wealth. Wealth-maximizing legal institutions that satisfy the “cheapness criterion” are thus morally desirable not only because they are cheaper, but also because they are consensual and support autonomy». – Robin WEST, “*Authority, Autonomy, and Choice...*”, *cit.*, p. 416.

<sup>35</sup> «Posner has not shown that we would consent, if asked, only to those legal imperatives that leave us better off, or that reinforce autonomous virtues, or that are morally superior, or even that are cheaper. He simply assumes that we would give our consent to all legal imperatives that are wealth-maximizing, and to none that are not. A nonmarket legal imperative indeed may be morally preferable if it is cheaper. But the argument supporting such a proposition can draw nothing from the consent that we may be inclined to give it. (...) if asked, we might be inclined to consent to wealth-maximizing legal imperatives of the state not because they are wealth-maximizing, but simply because we are attracted to the authoritarian structure of law». – *Idem*, p. 423. «An assessment of the moral value of that to which we would hypothetically consent must include an assessment of the relationship flowing from the transaction. Hypothetically consensual submission to legal authority does not necessarily imply a change for the better. As with our expressly consensual submission to personal authority, and impliedly consensual submission to risk, our willingness to legitimate – through our hypothetical consent – the relinquishment of a measure of our autonomy to legal imperatives has obvious prudential, moral, and social value. When we hypothetically consent to the imposition upon us of a state imperative, we are freed from the burden of resolving on our own course of action». – *Idem*, p. 423.

<sup>36</sup> «Kafka is also convinced that people would give their consent, were they asked, to many of the nonmarket legal imperatives that they obey. (...) Their obedience is not typically coerced; Kafka makes clear that, if asked, these citizens would consent to the norms they obey. (...) The reasons for which Kafka’s citizens would give their consent, however, differ markedly from the considerations that Posner supposes would be



Na tentativa de ilustrar a meramente exterior e formal compreensão da autonomia-*individualidade* e respetiva compreensão atomística da interação social, que aponta à *intersubjetividade posneriana*, Robin WEST mobiliza exemplarmente várias personagens «kafkianas» que, agindo exteriormente de forma consensual e, conseqüentemente – de acordo com a exposta compreensão liberal-individualista proposta por POSNER –, autónoma e livre, se tornam, paradoxalmente, *prisioneiras* daquela *escolha livre* inicial – não logrando libertar-se dos efeitos nefastos decorrentes da mesma –, demonstrando, assim, que não apenas não se está, muitas vezes, inicialmente, perante uma verdadeira escolha autónoma, como outras tantas, mesmo que com origem em consentimento efetivamente livre e expresso, os seus efeitos, mesmo que – numa e noutra das hipóteses – consentidos, não só não são maximizadores da sua riqueza subjetiva – ou mesmo da riqueza global – como vêm mesmo a revelar-se fatais na destituição própria da condição humana, e, em último termo, da própria vida. Pelo que a justificação moral dos gradualmente enunciados *aquiescência* – como consentimento *implícito*, ou até mesmo *hipotético*, se agora nos libertarmos das significações estritamente assumidas por estes conceitos em POSNER – e *consentimento expresso* – de novo para não nos afastarmos da designação assumida por POSNER, na forma, ainda que nem sempre no conteúdo, mas exatamente porque em POSNER, mas não já em KAFKA, nem mesmo em WEST, é aquela, e não este, que releva... – não residiria já em pura e simplesmente imotivadas expressões de autonomia, mas sim numa efetiva *submissão* – a uma autoridade (*interna* ou *externa*...) ou a um conjunto de exigências comunitárias (nas personagens kafkianas existirão *motivos* para lá do *motivo – tautológico* – da maximização da riqueza) – a que o sujeito não quer, ou não pode, furtar-se...

Estaria naquela primeira situação – de escolha autónoma, perfeitamente *consensual*, *expressa*, no seio de uma autêntica *transação voluntária de mercado*, de que o

decisive. (...) Kafka's characters, if asked, would consent to impersonal state imperatives in order to satisfy an unquenchable thirst, not for wealth, but for judgment and ultimately for punishment». – *Idem*, p. 416. «Because of this dramatically non-Posnerian psychological assumption, the legal imperatives to which Kafka's characters would hypothetically consent, and which they do in fact emphatically obey, promote neither their well-being nor their autonomy. The legal imperatives that command the actual obedience and the hypothetical consent of Kafka's characters promote instead their feelings of guilt, inadequacy, and punitive self-doubt. In Kafka's psychologically complex world, unlike Posner's, nothing of moral significance follows from the bare fact that a citizen would, if asked, consent to the imposition upon him of any of the many legal imperatives that he dutifully obeys». – Robin WEST, “*Authority, Autonomy, and Choice...*”, *cit.*, pp. 416-417.

sujeito, a longo prazo, não consegue libertar-se, e cujos efeitos se revelam pessoal e socialmente fatais –, segundo a leitura de WEST, a personagem principal de *Um artista da fome*<sup>37</sup>. Assim, a longo prazo, o consentimento deste *artista* não exprime qualquer autonomia, antes a referida personagem se torna, paradoxalmente, *escravo* da sua “sede” de autonomia no momento inicial, não conseguindo libertar-se da conseqüência mortífera dessa liberdade afinal *vazia*. E mesmo os efeitos comunitariamente relevantes perante o choque provocado pela opção-*sujeição* daquela personagem (a assumidamente condenada moralmente, no conto, omissão de intervenção da comunidade) acabam por representar o *mundo ideal* de POSNER: as razões subjetivas que levam o artista a jejuar não afetam a racionalidade da sua decisão nem a legitimidade da omissão de intervenção por parte da comunidade. O que interessaria aqui seria apenas a delineação *externa*: aquele jejum foi *consensual*, *expressamente* consentido *ab initio*. Os motivos seriam tão irrelevantes quanto as conseqüências da escolha, e estas, de um ponto de vista económico, decorreriam de uma deficiente avaliação da procura, por parte do artista, que teria determinado que o produto-*jejum* deixasse de ser uma oferta atrativa para os consumidores. Aquilo que no *mundo* de POSNER é uma expressão de respeito pelo indivíduo tornar-se-ia em KAFKA – acompanhando a *leitura* de WEST – um exemplo de *fracasso moral* da comunidade<sup>38</sup>. Por outro lado, em

<sup>37</sup> O “*Hungerkünstler*” de KAFKA representa, para WEST, o «(...) ultimate Posnerian entrepreneur (...)», e a sua audiência seria constituída por consumidores definidos em termos posnerianos. *Vide idem*, p. 393. *Vide* ainda a crítica de POSNER a esta leitura de WEST, in Richard POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, *cit.*, p. 184: «Of “A Hunger Artist” West writes: “Kafka’s hunger artist is the ultimate Posnerian entrepreneur, and the artist’s audience consists of Posnerian consumers” (p. 393). This is an eccentric reading, mistaking Kafka for a lecturer at the Harvard Business School. The hunger artist is tormented not by commercial failure but by his inability to convince an indifferent world of his artistic integrity, inability to explain oneself being a recurrent theme of Kafka’s fiction; people thinks he sneaks food on the side». A citação é de WEST, “*Authority, Autonomy, and Choice...*”, *cit.*, p. 393.

<sup>38</sup> «The carnival exhibitor consensually provides the artist with space and by so doing earns profits from the consenting and amused public, who in turn reap more pleasure from the spectacle than they surrender from the price of admission. Everyone expressly consents to the transactions and as a consequence, on Posner’s assumptions, is better off and more autonomous. When the hunger artist finally wills himself – voluntarily – to death by starvation, his actions are still consensual and wealth maximizing.(...) Nevertheless, unlike the happy stories Posner tells of theoretical markets, “A Hunger Artist” is a tragic story. Unlike Posner, Kafka provides stories beyond mere “moments of choice” for our evaluation. At all times other than the moments of choice, the hunger artist is not only not better off; he is sickly, malnourished, starving, or dead. And, at all times other than the moment of choice, the hunger artist’s consent does not strengthen his

O processo, KAFKA explora exemplificativamente determinadas ramificações de uma submissão masoquista à autoridade, encetando uma abordagem satírica desta<sup>39</sup>. Joseph K. nunca é

sense of autonomy; instead, he becomes increasingly enslaved by his obsession. (...) Kafka shows the reader that, viewed over the long run, the hunger artist's consent is not "congenial" to autonomy; in a quintessentially Kafkaesque paradox, he becomes enslaved by his "thirst" for autonomy at the moment of choice. He is a consensual slave to his moment-to-moment passion for self-control, and he eventually allows that passion to destroy him». – Robin WEST, "Authority, Autonomy, and Choice...", cit., p. 394. «Kafka's novels and stories contain other dramatic depictions of expressly consensual private transactions». – *Idem*, p. 395. «Kafka's depictions of commercial, employment, and sexual transactions illustrate a simple truth: the consensual bargain that underlies commerce, labor, and sex may save those transactions from being theft, slavery, or rape, but it hardly accords them positive moral value. Consensual acts of commerce, labor, or sexual intercourse are not morally good simply because they are not coerced (...). The morality of any of these consensual transactions depends upon the value of the worlds they create, which in turn depends in part upon the worth of the relationships they contain». – Robin WEST, "Authority, Autonomy, and Choice...", cit., p. 399. No sentido de que a escolha continua, não obstante, a ser livre, afirma Richard POSNER: «The hunger artist, if Kafka's story is read literally as a marketing report on a declining industry, failed to predict consumer preference correctly and found himself displaced by a panther, just as a comedian might find himself displaced in popular favor by a talking cat. In a figurative sense every failed entrepreneur "starves". But if he chose entrepreneurship with his eyes open, must we feel sorry for him? Do we feel sorry for the person who buys a lottery and doesn't win?». – Richard POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, cit., p. 196. Para POSNER, o consentimento que o trabalhador dá ao vender o seu trabalho ao empregador é "wealth-maximizing", conducente à autonomia, e moral, porque consensual. Para WEST, «The resulting world is not primarily a place in which prior preferences have been satiated – although it is that. It is not the wealthy, autonomous employment Posner depicts; instead, it is primarily a world of powerful, hierarchical, relationships that are humiliating, stifling, and painful...». – Robin WEST, "Authority, Autonomy, and Choice...", cit., p. 395. Por outro lado, e de novo, procurando rebater a ideia de submissão subjacente à actuação das personagens kafkianas, no sentido de que os textos de KAFKA oferecem uma multiplicidade de interpretações, consoante as perspectivas de abordagem, afirma POSNER: «West argues that in another late story, "The Problem of Our Laws", "Kafka straightforward describes his vision of the nature of law and legal authority, and the mechanism of legitimation upon which it depends. The authority of law, Kafka tells us, is ultimately sustained not by force, but by the craving of the governed for judgment by lawful, 'noble', authority" (p. 422). This two-page parable describes a society in which the law is kept secret by the small group of nobles that rules the society. So people begin to wonder, how do we know there are any laws? Some decide the only law is: what the nobility does is law. Most reject this view, instead diligently search the acts of the nobles for clues that those acts are manifestations of the secret laws, and hoping eventually to understand the laws – at which point, they believe, the nobility will vanish. The deference and passivity of the population support West's interpretation, but "straightforward" the parable is not. One might for example read "judiciary" for "nobility" and interpret "The Problem of Our Laws" as a parable about legal formalism and legal realism, or about natural law and positive law». – Richard POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, cit., p. 200, citando Robin WEST, "Authority, Autonomy, and Choice...", cit., p. 422.

forçado fisicamente a fazer o que quer que seja: é detido mas não preso; é interrogado mas nunca forçado a apresentar-se; é experimentado mas nunca retido contra a sua vontade. Em vez disso, acaba por aceitar como legítimo um tribunal que representa um sistema jurídico afinal "sem direito", ao qual se sente impotente para reagir, parecendo conformar-se com uma execução ignóbil<sup>40</sup>... Apesar desta aquiescência, não se poderá dizer que houve um efetivo *consentimento*, muito menos *livre*, diferentemente do que, na leitura que WEST pretende propor, POSNER consideraria<sup>41</sup>.

Se, como se viu, para POSNER, qualquer *transação consensual* deveria fortalecer e incrementar o sentido de autonomia das partes, aumentando assim o bem-estar e, concomitantemente, tornando o mundo *mais moral*, já para WEST, na ficção de KAFKA, certas *transações consensuais* podem não ter aquelas implicações<sup>42</sup>. O que POSNER critica, por infundado, na medida em que WEST não parte das ciências sociais, mas daquela ficção, para afirmar que as opções dos sujeitos, frequentemente, talvez mesmo tipicamente, os tornam *miseráveis*<sup>43</sup>... Por outro lado, se no mundo de POSNER as razões do consentimento são rigorosamente

<sup>39</sup> «The state and its officials are unpredictable and sadistic». – Robin WEST, "Authority, Autonomy, and Choice...", cit., p. 420.

<sup>40</sup> «Instead, he comes to accept the jurisdiction and legality of the court, its authority, its legitimacy, and ultimately its omnipotence and omniscience. Thus, Joseph does not simply obey the state's imperatives; his acquiescence is far more complete. By the end of the year, Joseph acknowledges the court's and law's authority, concurs in the verdict against him, and complies in his own death sentence.

The horror and the familiarity of *The Trial* stem only superficially from the lawlessness of the legal system and the state's exercise of power. More fundamentally, the horror stems from Joseph's willing acquiescence to this corrupt authority – his hypothetical consent to, or legitimation of, the mindless, sadistic force being applied against him. In the last paragraphs, as Joseph is being led to the spot of his execution, his acquiescence is total, his identification with his warders complete. The sole comfort he allows himself is contemplation of the lesson that acquiescence has taught him (...). Only at the moment of execution does Joseph refuse to lend his affirmative assistance in what is happening to him. He experiences even this refusal, however, as an inability, rather than as an affirmative act of resistance (...). – *Idem*, pp. 420-421.

<sup>41</sup> «What motivates Joseph K.'s compliance? As in so much of Kafka's legal fiction, it is neither fear nor threat of force; Joseph's obedience is not coerced from him. Instead, Joseph K. complies with his trial and execution because (...) he concurs in the verdict against him and in the appropriateness of the punishment. In Posnerian terms, Joseph K. would consent, if asked, to the verdict of guilt and would agree that death is the appropriate sanction for his unspecified crime. (...) Joseph K. would consent to the punitive norms imposed upon him not because those norms in the long run maximize his wealth, but because they acknowledge his sense of guilt and satisfy his craving for punishment». – *Idem*, p. 421.

<sup>42</sup> *Idem*, p. 397.

<sup>43</sup> Richard POSNER, "The Ethical Significance of Free Choice...", cit., p. 1432.

irrelevantes, para WEST, na respetiva interpretação a partir das personagens de KAFKA, as transações, embora pudessem ser, em parte, *consensuais* e, em certo sentido, satisfatórias, não seriam, muitas vezes, conducentes à autonomia ou ao bem-estar individual, nem o seu resultado seria, neste sentido, *moral*<sup>44</sup>. Aliás, a *moralidade* das relações intersubjetivas, em WEST, baseia-se antes na submissão a uma autoridade comunitária *congregante*, pelo que, se certas hierarquias são

assumidas como *alienantes*, outras se compreendem como participantes na construção de uma autonomia que não é senão por referência à e no contexto da integração comunitária<sup>45</sup>. O que determina a relevância conferida às motivações internas da ação humana, mais propriamente, no que agora importa, da submissão a uma autoridade, numa relação hierárquica que perpassa toda a intersubjetividade, ou a uma comunidade, enquanto cimento agregador conferente de sentido material à prática intersubjetiva. Nesta compreensão, o puro e simples *consentimento*, tal como a pura e simples *submissão*, em si e por si, sem referência àquela motivação material, não envolvem quaisquer elementos que permitam aferir da fundamentação da *praxis*<sup>46</sup>. O que, em WEST, se projeta na mobilização de imperativos que possibilitem a *convivência* humana<sup>47</sup>.

Tudo o que permite concluir que a defesa normativa da *wealth-maximization* de POSNER assenta, para WEST, numa configuração inadequada da natureza humana, fundada numa particular *teoria científica*<sup>48</sup>, e que, e consequen-

<sup>44</sup> «In all of these market transactions – commercial, employment, and sexual – Kafka portrays one party consenting to a transfer of power over that party's body, and in each instance the transfer, although consensual, is horrifying. In none of Kafka's depictions does consent entail an increase in well-being. (...) Nor do these consensual transactions leave the parties more autonomous than before the transfer». – Robin WEST, *Authority, Autonomy, and Choice...*, cit., p. 399. Concomitantemente, diferentemente de POSNER, em KAFKA, «The participants are often motivated by a desire to submit to authority, not to enhance autonomy, and in each case, the authoritarian relationship they create proves to be a damaging one». – *Ibidem*. Robin WEST recorre a três exemplos, na literatura kafkiana, para ilustrar esta tomada de posição: «*Ein Hungerkünstler*», e, em *Der Prozeß*, os episódios da mulher, no cap. III, e dos guardas, no cap. V. POSNER refere-se àquele episódio da mulher para referir que, ao contrário de uma submissão a uma autoridade, a significar a exploração das mulheres, como WEST pretende, o que se encontra aqui é «(...) a mordant reverie about desire and diffidence». – Richard POSNER, *The Ethical Significance of Free Choice...*, cit., p. 1431-1448, p. 1440, e *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, cit., p. 191-192. «Suppose, coming back to the incident between the law student and the washerwoman, that Kafka was trying to depict sexual harassment by supervisory employees. Such harassment (whether of a female worker or, as in *The Trial*, of a male worker's wife) is not, as West appears to believe, economically efficient and so proof of the Pareto principle's moral inadequacy. Sexual harassment by superiors of subordinates is a market failure caused by what economists call 'agency costs'. It is a form of extortion, which is non-consensual, and it is inefficient because it reduces the output of both worker and supervisor and forces the employer to pay higher wages to workers to compensate them for the unpleasantness of the workplace, much as employers are forced to do when the workplace carries a risk of illness or injury. (...) The fact that sexual harassment is inefficient does not mean that competition and the profit motive will eliminate it without any assistance from law. The costs of detecting and providing it are high, and anyway not every potential efficiency is achieved in every market. (...) This analysis does not show that harassment is either a voluntary practice (that is, one that is consented to) or a value-maximizing one. It is neither; it is a market abuse». – *Idem*, p. 192-193. Uma outra peculiaridade apontada por POSNER à análise do assédio sexual apresentada por WEST prende-se com o facto de esta análise ligar o assédio sexual ao capitalismo, e não à autoridade em geral: «A further peculiarity of West's treatment of sexual harassment is her associating it with capitalism, rather than with authority generally». – *Idem*, p. 193. POSNER refere ainda um artigo de BECK, feminista, intitulado «*Kafka's Traffic in Women: Gender, Power, and Sexuality*» (*in Literary Review*, 26, 1983, p. 565 ss.), em que precisamente se lê KAFKA como insensível à exploração das mulheres. – *Vide* Richard POSNER, *The Ethical Significance of Free Choice...*, cit., p. 1440, n. 27. Em *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, cit., p. 191 ss., POSNER rebate, portanto, a interpretação feminista que WEST pretende dar ao episódio de assédio sexual sobre uma mulher, em *Der Prozeß*, cit., cap. III: «This is not, as West believes, a depiction of the exploitation of women». – *Idem*, p. 191.

<sup>45</sup> «Hierarchical relationships can strengthen our autonomy and leave us better off if they help us grow, develop talents, improve our mental health, our physical health, our store of knowledge, or our wisdom...». – Robin WEST, *Authority, Autonomy, and Choice...*, cit., p. 401. «Our major moral traditions (...) rely upon authoritarian urges: to behave morally is, centrally, to submit to the authority of higher rules of moral conduct – duties imposed upon us by force of those rules, Kant's formulation of the "categorical imperative", or the utilitarian mandate to contribute to the community's happiness. Furthermore, we often regard a morally submissive attitude as exemplary of virtue...». – *Idem*, p. 403.

<sup>46</sup> «If, as Kafka suggests, we are motivationally inclined to submit to authority, we must examine the value of the hierarchical relationships that the act of submission creates. The fact of submission, like the fact of consent, in itself implies nothing». – *Idem*, p. 423.

<sup>47</sup> «If we want to lead moral lives, both for the sake of virtue and for the sake of others, the best way to do so may be simply to obey – whether we choose to obey God's commandments, Kant's categorical imperative, the utilitarian's command to maximize the community's happiness, or the state's criminal code. The impulse to legitimate those imperatives by tendering our hypothetical consent facilitates that obedience. The impulse to legitimate our submission to imperative authority also has within it, of course, the seeds of tragedy. That impulse is the means by which we most commonly victimize ourselves, and the means by which we allow ourselves to become tools that enable those who use us to destroy others. Thus, hypothetically consensual submission to legal authority and the loss of power and responsibility that follows may have morally desirable or morally abhorrent consequences». – *Idem*, p. 424.

<sup>48</sup> «Posner and Kafka both examine world in which citizens typically consent to an array of authorities – family, state, employer. Their characters, however, evince drastically different human personalities, and the moral attractiveness of the worlds they inhabit varies accordingly. Posner's hypothetical legal actors expressly, impliedly, and hypothetically consent to changes in their circumstances with a view toward the improvement of their own welfare, whereas Kafka's protagonists expressly, impliedly, and hypothetically consent because of a felt compulsion to legitimate the will of an authority. Perhaps both portraits are caricatures; Kafka's

temente, o *consentimento*, em si, não pode ser a justificação, a legitimação *moral* da acção, antes haverá essa legitimação de assentar nas razões que sustentam esse consentimento<sup>49</sup>, já que o homem é *motivacionalmente complexo*. Assim, a justificação da acção há de ser *interna*, não *externa*<sup>50</sup>. Apenas num aspeto são estas díspares *decisões consensuais* subjetivamente semelhantes: nenhuma delas constitui, por si só, a essência da experiência de se ser *humano*; nenhum destes atos *consensuais* – e certamente também o próprio ato de consentir – deveriam definir a experiência essencial da *moralidade*; a *teoria moral*, se não *teoria científica*, deverá versar, para WEST, a *verdade*, não a *necessidade*. A *significação moral* das instituições jurídicas não poderia, então, basear-se em configurações *necessárias* da natureza humana<sup>51</sup>...

protagonists may be as unrealistically masochistic as Posner's are unrealistically egoistic. (...) It may be true, as Bentham thought, that "all men calculate". It is not true, as Posner blithely assumes, that all men calculate all of the time». – *Idem*, p. 425.

49 «Alternatively, we may occasionally consent to transactions neither to increase our individual well-being nor to create a hierarchy, but instead to create an equal community of some sort. Noncommercial consensual transactions, such as the equalizing bonds of marriage, friendship, love, and family, are not motivated exclusively by either hierarchy or self-interest, but by an inclination to create a shared point of view or equality of outlook. If so, a consequentialist account of such a transaction must evaluate the moral quality of the community thereby created». – *Idem*, p. 426, n. 93. «(...) if asked, we would also consent to the authority of nonmarket institutions for many reasons: because we recognize the virtue of the values the institutions reflects, because we think of the institution as operating for the most part in our self-interest, or because consenting to authority confirms our feeling of guilt and meets our need for punishment. It is not obvious why consent motivated by the latter two reasons should compel the same respect as does consent to a morally defensible authority motivated by rational desires». – *Idem*, p. 427. «It is not obvious why we should assume that all of these consensual changes in the world are moral changes on the ground that they promote autonomy. It does not follow from the fact that coerced states are immoral by virtue of their coercive element that voluntary world states are of positive moral value by virtue of their voluntariness». – *Idem*, p. 427.

50 «Our subjective experiences of the consensual transactions we enter do not accord with Posner's external descriptions of those transactions». – *Idem*, p. 427. «Submission, imposition, and agreement imply a conscious will to create a new community through human interaction at the same time that they evidence a will to effect a reallocation of resources. That implication is lacking in the starkly solitary act of choice. Submission and imposition also imply a will to create a hierarchical community through human interaction. (...) The act of consent is a broad description that only outwardly, and only transparently, embraces all of these radically different subjective experiences». – *Idem*, p. 428.

51 «Moral theory, if not scientific theory, must be about truth, not necessity. Our assessment to the moral significance of our legal institutions cannot be based upon necessary depictions of human nature. We must attain a true depiction, indeed we must attain many true depictions, of the joys and sufferings to which we give our consent. Only then can we assess the wisdom of imposing those experiences upon others». – *Idem*, p. 428. *Vide*, para um confronto com a posição assumida por POSNER, *The*

POSNER vê nesta apreciação da *literatura kafkiana* uma visão *literal*, *reduzida*, resultante de uma *intencionalidade política*<sup>52</sup>, circunscrevendo a temática a uma estrita consideração do direito, ou melhor, de *um certo direito* – talvez nunca propriamente realizado *enquanto tal* –, filtrada pela experiência jurídica do próprio KAFKA, enquanto funcionário de uma companhia de seguros e enquanto jornalista, e com o objetivo de atingir criticamente as formulações *paretianas* através da crítica à sua noção de *consentimento*<sup>53</sup>. A temática desenvolvida por KAFKA não seria,

*Economics of Justice*, cit., pp. 60 ss., e *Idem*, "The Ethical Significance of Free Choice...", cit., p. 1442: «Among the "fully consensual" transactions listed in the conclusion to Professor West's article, many are not consensual at all, and some would be consensual only if there were compensation, and we are not told whether there is compensation».

52 POSNER não aceita, assim, uma leitura política de KAFKA, considerando não ser este um escritor político: «Even though he was a lawyer, worked most of his adult life for an insurance institute, and borrowed scenes, symbols, and vocabulary from law and business, his fiction belongs primarily to the literature of private feeling. West reads Kafka so literally that the incidents and metaphors from business and law in his fiction become its meaning». – RICHARD POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, cit., p. 183-184.

53 Vejamos a síntese que POSNER faz das intenções de WEST: «Her target is a principle basic to classical liberalism as well as to the law and economics movement: government should not interfere with voluntary transactions that impose no uncompensated costs on third parties – "Pareto-superior" transactions, as economists say. Which is not to say that every consensual transaction between informed and competent adults that has no uncompensated third-party effects is beyond ethical reproach; the purpose of the Pareto concept, when conceived as a principle of political philosophy, is to define the proper role of the state rather than to guide personal choice. (...) voluntary transactions are quite bad enough in West's view even if everyone affected by them is fully compensated. This is because she believes that our choices very often, perhaps typically, make us miserable – a belief that she grounds in Kafka's fiction». – *Idem*, p. 183.

«The particular target of Professor West's criticism is not some idiosyncratic view of mine; it is the fundamental tenet of classical liberalism: that the government generally should not interfere with voluntary transactions that impose no uncompensated costs on non-parties – what economists today call Pareto-superior transactions. This is not to say that every such transaction is beyond ethical reproach. But the function of Pareto superiority when conceived as a principle of political philosophy is not to provide the ultimate standard for ethical choice but merely to delimit the proper role of the state.

In some of my academic writings, I have defended under the name of "wealth maximization" what many consider an extreme version of classical liberalism. In particular, I have defended the proposition that transactions that raise the aggregate wealth of society are entitled to respect even if they are not Pareto-superior because there are uncompensated losers. But Professor West's attack is on mainstream liberalism, and mainstream liberalism is therefore what shall defend here. For she is not much interested in the differences between Pareto-superior and merely wealth-maximizing transactions. Voluntary transactions are quite bad enough in her view even if everyone is compensated. This is because she thinks that our choices very often, perhaps typically, make us miserable». – RICHARD POSNER, "The Ethical Significance of Free Choice...", cit., pp. 1431-1432.

então, o direito propriamente dito, enquanto sistema de normas, mas enquanto “visão maléfica”<sup>54</sup>. E WEST, não admitindo que o Direito possa ser simplesmente um sistema de normas, recoloca a questão de saber o que deverá ser o Direito<sup>55</sup>, na sequência da crítica apontada por POSNER à leitura crítica do capitalismo (da alienação capitalista), através de KAFKA<sup>56</sup>. E POSNER imputa mesmo a WEST uma leitura tendenciosa de KAFKA neste sentido, ao identificar nesses escritos uma crítica ao capitalismo. Diferentemente, vê como

objecto de *O processo*, por exemplo, não alguém (Joseph K.) que se encontra alienado pelo trabalho, mas antes que está, e pretende estar, abstraído do seu trabalho pela obsessão que resulta do misterioso “processo judicial” em que se encontra envolvido<sup>57</sup>. Paralelamente, “A sentença”, “Um artista da fome” e “A metamorfose” seriam narrativas não acerca do mercado (capitalista), mas antes do modo como nos reconhecemos(-compreendemos) a nós próprios e como os outros nos reconhecem(-in)compreendem<sup>58-59</sup>. Pelo que

«Professor West gives us a reduced-form version of the politically engaged Kafka; she gives us Kafka the investigate reporter for the *Washington Post*, writing sensitively if weirdly about such things as poverty, the exploitation of women, consumer tastes, and the perils of being an entrepreneur. She diminishes Kafka. The target of her attack is Pareto, misnamed Posner; the principal casualty, however, is Kafka». – Richard POSNER, “*The Ethical Significance of Free Choice...*”, *cit.*, p. 1432.

<sup>54</sup> «From the fact that Kafka studied law and worked most of his adult life for an insurance company, it does not follow that his writing is in any essential sense about law and business, although he borrowed scenes, symbols, and vocabulary from these fields. [...] “Law” in Kafka’s fiction is, for the most part, not law as we think of it, a system of rules; it is malevolent whimsy, as in his marvellous parable “Before the Law” (...). Perhaps it is how American law strikes Professor West». – *Idem*, p. 1432-1433, n. 8. «*The Trial*, (...) written in 1914, faithfully reproduces many details of Austro-Hungarian criminal procedure. Yet law is not at the heart of this work either». – Richard POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, *cit.*, p. 129-130.

<sup>55</sup> «First, Posner argues, the “law” depicted in Kafka’s fiction is not really true law at all. True law, Posner claims, is a “system of rules”. The “law” that Kafka describes in, for example, his parable “Before the Law”, is “malevolent whimsy”. Therefore, what Kafka calls “law” is not really law at all. Posner’s premises are correct: Kafka does depict something well described as “malevolent whimsy”, and malevolent whimsy is surely not what we think of when we think of law as a “system of rules”. But Posner’s conclusion – that what Kafka depicts as malevolent whimsy is not really law – completely begs the question of the nature of “real” law. Is law a system of rules or is law malevolent whimsy?». – Robin WEST, “*Submission, Choice and Ethics...*”, *cit.*, p. 1451.

<sup>56</sup> «Professor West is not completely alone in interpreting Kafka’s fiction as a criticism of capitalism. While some Marxist critics consign Kafka to the “cultural dung heap of reaction”, others have claimed him as one of their own.

Professor West’s approach, however, seems particularly eccentric. She reads Kafka so literally that the incidents and metaphors from business and law in his fiction become its meaning». – Richard POSNER, “*The Ethical Significance of Free Choice...*”, *cit.*, p. 1433. Esta será, assim, mais uma, entre tantas leituras políticas da literatura kafkiana, muitas delas admitindo KAFKA como profetizador, através da sua ficção, das vicissitudes do capitalismo e do nacional-socialismo. Como o próprio POSNER constata: «Kafka is often regarded as an oracular figure, like George Orwell; ‘In the Penal Colony’ is considered a prophecy of the nazi concentration camps, *The Trial* a prophecy of the state terrorism practiced by Hitler and Stalin». – Richard POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, *cit.*, p. 129. «I do not mean to deny the parallels between the legal process depicted in *The Trial* and the legal processes employed by Hitler’s Germany, Stalin’s U.R.S.S., and other totalitarian regimes in dealing with political crimes. (...) These are all premonitions of totalitarian “justice” (...). But the essential features of a totalitarian system are missing». – *Idem*, p. 137.

<sup>57</sup> «West quotes a passage from *The Trial* about Joseph K.’s rivalry with the Assistant Manager of the bank to show that ‘although K. suffers no physical abuse on the job, he is humiliated and dehumanised, not enriched, by his collar-white employment as Chief Clerk in a bank (p. 396). Actually the passage merely reflects the standing rivalry between K. and the Assistant Manager – in which K. gives as good as he gets. K. is not ground down by his job. He is a big shot at work; that is one of the ironies of his situation. The passage shows not that K. is alienated from his work but how distracted he is by the mysterious ‘judicial’ proceeding in which he has become enmeshed. *The Trial* is a novel about obsession». – Richard POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, *cit.*, pp. 184-185. A citação é de WEST, “*Authority, Autonomy, and Choice...*”, *cit.*, p. 396. «This is after all a book about obsession». – Richard POSNER, “*The Ethical Significance of Free Choice...*”, *cit.*, p. 1434. *Vide idem*, p. 1434-1435.

<sup>58</sup> Richard POSNER, “*The Ethical Significance of Free Choice...*”, *cit.*, p. 1437. «Of Kafka’s “A Hunger Artist” Professor west writes: “Kafka’s hunger artist is the ultimate Posnerian entrepreneur, and the artist’s audience consists of Posnerian consumers”. Such an interpretation trivializes and disfigures an exquisite parable about people’s indifference to the interior lives of strangers. The hunger artist is tormented by his inability to convince an indifferent world of his artistic integrity; they think he sneaks food on the side. Eventually his spirit is so crushed that he pretends (or perhaps comes to believe) that he fasted not because of the challenge but because he was too fastidious to eat. He dies, is buried unceremoniously, and is replaced in his cage by a panther, which has no interior life. “A Hunger Artist” may also be about the world’s indifference to Kafka’s own artistic scruples; it may, indeed, be about many things. But only superficially is it about hunger, poverty, the pitfalls of entrepreneurship, and the fickleness of consumers». – *Idem*, p. 1434. «The continuity between the stories and fragments that Professor West discusses and “The Metamorphosis” suggests the superficiality of emphasizing voluntary transactions in Kafka’s fiction. The transactional element in Kafka is adventitious. What happens to Gregor is neither voluntary nor transactional. The torture machine in “The Penal Colony” is not a capitalist device either, nor is the arrest of Joseph K. on unspecified charges. Professor West has not come near the nerve of Kafka’s work». – *Idem*, p. 1438. E, acerca do conto “*Die Verwandlung*”, afirma: «West does not discuss “The Metamorphosis”, and this is odd, because it furnishes stronger evidence that any work she does discuss for thinking that Kafka’s fiction is indeed about capitalist alienation». – Richard POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, *cit.*, p. 186. Recusando a interpretação que WEST faz desta história como sendo acerca do capitalismo, bem como de uma outra, “*Das Urteil*” (*vide idem*, p. 188, e também POSNER, Richard, *Law and Literature – A Misunderstood Relation*, Chapter 4, «*Two Legal Perspectives on Kafka*», p. 176 ss.; *vide* ainda Robin WEST, in “*Authority, Autonomy, and Choice...*”, *cit.*, pp. 410-411), contrapõe: «A mind preoccupied with politics can easily “find” political meaning in Kafka’s fiction, overriding the feeble opposition put up by such enigmatic texts. But the more idiosyncratic an interpretation, the less authority it can draw from the author. If Kafka reminds Robin West of how much she dislikes capitalism and thereby

pretender, como WEST, reconstituir uma representação da fundamentação da intersubjetividade, e da organização social – ou, mais propriamente, na construção de WEST, *comunitária* – corresponderia a uma interpretação *forçada* da temática explorada por KAFKA<sup>60</sup>. Apesar de tudo, POSNER assume, hipoteticamente, que os escritos de KAFKA possam ser lidos naquele sentido – que diz *literal e redutor* –, mas então questiona a sua relevância para a compreensão do *significado ético da escolha livre* na sociedade, concluindo que são *irrealistas*<sup>61</sup>. Não obstante, procura deprender até onde leva

stimulates her to critical reflections about it, that is fine, but she shouldn't wrap her criticisms in the mantle of Kafka's prestige». – Richard POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, cit., p. 188.

<sup>59</sup> «In both *The Trial* and “The Metamorphosis” something at once awful, incomprehensible, and absurd happens to the protagonist and we watch him struggle absurdly and pathetically and finally go down to ignominious defeat. At the same time we are made to feel, as with the torturer in “In the Penal Colony”, that the protagonist's grotesque dilemma is somehow emblematic to the human condition. This is easier to accept in the novel than in the story because Joseph K. is colorless and mediocre, very much an Everyman – or less. Most of Kafka's protagonists have something of the *sblemiel* about them». – *Idem*, p. 135. «In *The Trial*, Dante, who at age 30 escapes from a leopard and travels through Hell and Purgatory to the portals of Heaven, and Christ, who at age 30 is arrested, executed and resurrected, reappear in the guise of a petit bourgeois who at age 30 is arrested, undertakes a journey that takes him no higher than a tenement attic, and dies like a dog. Satires on modernity, these works evoke what some intellectuals consider the social, cultural, and even metaphysical isolation and mediocrity of the modern urbanite». – *Idem*, p. 136.

<sup>60</sup> «If you do not read Kafka tendentiously, looking for support for one ethical or political position or another – if you abandon yourself to the fiction – you will not, I think, be inclined to draw inferences about the proper organization of society». – Richard POSNER, “*The Ethical Significance of Free Choice...*”, cit., p. 1435. «There are plenty of distinguished places in literature to find criticisms of bourgeois values, but Kafka's fiction is not one of them». – Richard POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, cit., p. 189, e também *Law and Literature – A Misunderstood Relation*, cit., p. 176 ss.

<sup>61</sup> «When read so, what do they tell us about the ethical significance of free choice in our society? They are not realistic...». – Richard POSNER, “*The Ethical Significance of Free Choice...*”, cit., p. 1438. E POSNER continua: «Maybe Professor West's point is an ironic one – that economists have so unrealistic a conception of human nature that even the literal Kafka, the Kafka who is “Kafkaesque”, is more realistic. Even Kafka's strangest characters (the officer in “The Penal Colony”, for example) have a more recognizably human personality than a calculating machine. Thieves, spouses, litigants, pedestrians, trespassers, rescuers, and other nonmarket actors encountered in economics do not consciously engage in cost-benefit analysis. But neither do consumers consciously maximize consumer surplus, nor businessmen consciously equate marginal revenue to marginal cost. Rational choice in economics does not mean self-consciously economic choice, or even conscious choice. Economics does not seek to depict states of mind; it is concerned with what people (even animals) do, not what they feel or think. To complain that economics does not paint a realistic picture of the conscious mind is to miss the point of economics, just as to treat Kafka as a realist is to miss the point of Kafka». – *Idem*, p. 1439. O termo “economics” surge aqui, segundo POSNER, no seu sentido mais amplo, como ciência da escolha racional, incluindo

a argumentação de WEST contra o *significado ético das transações consensuais* – cujo objetivo consiste no agrupamento de narrativas-exemplo à luz do critério da voluntariedade nas *transações* que conduzem a uma depauperamento da situação dos intervenientes<sup>62</sup> –, enunciando a possibilidade de ter esta efectivamente pretendido oferecer exemplos de *transações* reais, ainda que utilizando erroneamente a ficção kafkiana como seu relato *jornalístico*<sup>63</sup>. Assim, apresenta várias categorias de *transações*. Em primeiro lugar, uma categoria em se encontrariam *transações não maximizadoras da riqueza*. Todavia, considera que WEST mobiliza aqui exemplos de pessoas com problemas psíquicos – seria o caso do “artista da fome”, agora visto como *anorético* –, cujas escolhas os economistas não presumem “value maximizing”, por se tratar de “mentally incompetent people”<sup>64</sup>. Numa segunda categoria encontrar-se-iam situações suscetíveis de produzir a felicidade *ex ante*, mas que se tornam negativas em virtude da incapacidade dos intervenientes para predizer e controlar o futuro. Estaria aqui em questão, portanto, a *escolha em situação de risco* (“the hard or risky choice”)<sup>65</sup>.

comportamentos no mercado e fora dele. – *Idem*, p. 1439, n. 22. «I emphasize once again that, in suggesting that primitive people are economically rational, I am not making any statement about their conscious states. Rational behavior to an economist is a matter of consequences rather than intentions and in that respect resembles the concept of functionality in traditional anthropology». – Richard POSNER, *The Economics of Justice*, cit., p. 204, n. 72. «For the sake of argument, though, I shall now assume with Robin West that Kafka's works should be read literally as tracts on entrepreneurship, suicide, and so on. When read so, what do they tell us about bourgeois values and the legal order based on them? Nothing. Kafka's works are not realistic in the style of the nineteenth-century social novel; read literally, they provide as much insight into modern American life as would Dracula to “The Cask of Amontillado”. (Or would West think Count Dracula a symbol of blood-sucking capitalism?) Maybe, though, her point is an ironic one – that economists have so unrealistic a conception of human nature (a common view) that even the literal Kafka, the Kafka who is ‘Kafkaesque’, is more realistic than an economist». – Richard POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, cit., p. 189-190.

<sup>62</sup> «She groups all of her illustrations together under the rubric of voluntary transactions that make people worse off». – Richard POSNER, “*The Ethical Significance of Free Choice...*”, cit., p. 1439.

<sup>63</sup> *Idem*, p. 1439.

<sup>64</sup> No mesmo sentido, Richard POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, cit., p. 191. «Economists do not presume that choices made by mentally incompetent people are value maximizing. But let us not be too quick to pronounce people who make odd or even self-destructive choices incompetent. (...) The impersonality of market transactions protects privacy and freedom». – Richard POSNER, “*The Ethical Significance of Free Choice...*”, cit., p. 1439-1440.

<sup>65</sup> Este tipo de escolha surge ilustrado pelo comportamento de um homossexual, que mantém a sua conduta apesar de conhecer o risco de vir a contrair uma doença fatal. E POSNER afirma, generalizando: «...I do not argue that every consensual transaction between informed adults having no effects on third parties should receive our moral approbation. The only issue is whether it should be free from government interference». – *Idem*, p. 1442.

Efetivamente, para POSNER, as escolhas podem ser *boas*, ou *más*, ter *bons* ou *maus* efeitos, serem *consensuais*, e *livres*, mesmo quando não sejam completamente conhecidas as suas consequências<sup>66</sup>. Concomitantemente, na maioria das *situações de incerteza*, o risco seria compensado<sup>67</sup>. Além disso, entre a escolha *incompetente* de uma pessoa mentalmente doente e a escolha *difícil* (*hard choice*) encontrar-se-ia o caso do vício (“the perplexive case of addiction”)<sup>68</sup>, que implica algumas questões no que diz respeito à conexão desta situação com a noção de *consentimento livre*, a *escolha livre* em sentido *paretiano* («...“free” choice in Pareto sense...»<sup>69</sup>). A opção por uma certa prática viciante poderia, então, ser completamente *livre*, se o sujeito se encontrasse perfeitamente informado acerca da atitude que pretendeu tomar e conformado com as respetivas consequências (*certas*, e mesmo *eventuais*). O mesmo já não se dirá para a situação em que o sujeito opta sem completa informação, ou em que a sua opção implica custos não compensados para terceiros – situações em que já não estaríamos perante uma *escolha livre*, ainda em sentido *paretiano*<sup>70</sup>. Por fim, entre o caso de vício e a pura *escolha difícil* encontrar-se-ia ainda a compulsiva escolha “irracional”<sup>71</sup>, situação em que parece já problemático considerar haver

consentimento *livre*... WEST considera ainda discutível uma terceira categoria de escolhas, que para POSNER seria *aprobemática*. O problema residiria agora não nos eventuais condicionalismos e/ou na incerteza dos efeitos da *escolha*, mas na *escolha* em si própria. E isto porque, e mobilizando de novo o exemplo das personagens de KAFKA, os sujeitos se encontram, muitas vezes, por influência da sua própria vivência, em situações de forte submissão<sup>72</sup>. O que para POSNER implicaria confundir desejo de cedência do poder de escolher as condições essenciais da vida com a decisão de submissão parcial e temporária a um determinado poder. Se para WEST ambas as situações são incompatíveis com uma *ética da escolha livre*, para POSNER só a primeira o é, mas já não a segunda, em virtude do livre consentimento que a sustenta e da sua revogabilidade<sup>73</sup>.

Perante tudo isto, POSNER conclui que, feita a crítica à sua construção de uma *ética* baseada na *escolha livre*, WEST não propõe autenticamente uma alternativa<sup>74</sup>. Parece não rejeitar, todavia, um exercício de *politicizing literature*, numa aparente aproximação a uma compreensão *socialista*, porém não assumida nem postulada, que coartaria a liberdade individual, submetendo os indivíduos à *voluntas* de uma *auctoritas* política<sup>75</sup>.

<sup>66</sup> *Idem*, p. 1442-1443.

<sup>67</sup> «The risk one takes when one buys a lottery ticket is not compensated, because the cost of the ticket exceeds the expect payoff (the prize if you win multiplied by the probability of winning)». – *Idem*, p. 1444. «Another hard choice is the choice between the lesser of two evils. This is also a characteristic of some choices under uncertainty. (...) The feasible set of choices is always limited, but it does not follow that people should not be allowed to make choices within their feasible set, or that the choices they make lack ethical significance merely because other people have larger feasible sets. Notice also that the wealthier the society is, the larger the feasible set is for most people. Wealth promotes freedom». – *Ibidem*.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 1445. Exemplo este também referido em RICHARD POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, cit., p. 198.

<sup>69</sup> RICHARD POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, cit., p. 198.

<sup>70</sup> «Between the incompetent choice of the mentally ill person and the merely hard choice lies the case of addiction. An alcoholic surrenders an important part of his freedom, and, it might seem, gets little in return. Yet to prohibit people from becoming alcoholics would infringe their freedom to choose a particular, if to the temperate a revolting, mode of life. If the choice to become an alcoholic or some other sort of addict is made on incomplete information or involves uncompensated costs to third parties (for example, in the form of accidents caused by drunk driving), then it is not a “free” choice in the Pareto sense; and perhaps that is the typical case of addiction. But the fact that it is a choice to pursue an unfree type of life does not make the choice itself unfree. It is another example of a choice that entails commitment, and such choices, as I have pointed out, are not inherently unfree». – *Idem*, p. 198.

<sup>71</sup> *Ibidem*. «Arrayed from least to most free, the different kinds of choice I am considering are: the insane person’s choice, the addict’s choice, the occasional “irrational” choice of the normal, person, the hard choice (for example, a choice between a bad job and no job), and the easy choice (such as the risk preferrer’s choice to bear risk)». – *Ibidem*, n. 22.

<sup>72</sup> RICHARD POSNER, “*The Ethical Significance of Free Choice...*”, cit., p. 1445. «Even the least problematic choices are difficult in West’s version of Kafka’s fictive world because its denizens do not like to make choices; they crave submission to authority». – RICHARD POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, cit., p. 199.

<sup>73</sup> «In finding submission everywhere, Professor West confuses the desire to surrender the power of choice over the essential conditions of one’s life with the decision to submit to partial and temporary direction or instruction by others. She considers both types of decision inconsistent with the ethic of free choice that I defend. But the second type surely is not. One submits to hierarchical direction by going to work for a company, rather than remaining an independent contractor, only if one’s expected welfare is higher as an employee than as an independent contractor. The status is freely chosen and the choice is not irrevocable». – RICHARD POSNER, “*The Ethical Significance of Free Choice...*”, cit., p. 1446.

<sup>74</sup> «Someone trying to decide whether to reject the ethic of free choice might want to know what Professor West proposes to put in its place. She does not say». – *Ibidem*.

<sup>75</sup> «Professor West’s skepticism about choices made in market settings suggests that she may prefer a system in which more choices are made politically: she seems, after all, not averse to politicizing literature. But she does not argue the case for such a system, and the history and current practice of socialism do not make the case for her. It does not follow that because many people make some bad choices most people would be better off if they were forbidden to make as many choices. The choices would still be made, but by politicians rather than by the individuals directly affected». – *Ibidem*. Veja-se, diferentemente, a *leitura* de DAVID WESTBROOK: «Indeed, Kafka’s understanding of alienation is sufficiently independent of markets to have made his writing quite relevant to life under communism». – DAVID A. WESTBROOK, “*Kafka’s Laughter: Markets, Alienation, and the Possibility of Affection*”, in <http://www.law.buffalo.edu/dwestro/KafkaLaughter.htm> (acedido em 15-05-2003), p. 3.

Assim, conjugando KAFKA e WEST, procura POSNER refutar a tese da *irrelevância ética* do *consentimento* como fundamento da *praxis*, todavia com argumentos que não ultrapassam a *forma* desse consentimento, que permanece, ele próprio, por *opção*, *imotivado*. E assumindo como fundamental a conclusão de que, se se seguir WEST, perante o provavelmente correspondente risco de submissão a um poder autoritário, concluir-se-á que, se o consentimento for eticamente relevante, aquele poder será legítimo se consentido, e se for eticamente irrelevante, um tal poder autoritário que suprima a liberdade não poderá por isso ser criticado com base nesse critério. Finalizando com uma veemente afirmação: a de que WEST vive num mundo diferente do seu, e do *nosso*<sup>76</sup>. O que serviu de mote à contrarresposta

<sup>76</sup> «If West really believes that Americans have the same desire to be ruled with an iron hand as some of Kafka's fictitious characters express (...) then one can understand why she is troubled by a political philosophy which assumes that people are on the whole competent judges of their self-interest». – Richard POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, cit., p. 202. Vide Robin WEST, in *«Authority, Autonomy, and Choice...»*, cit., pp. 422-424. «The problems of many of the people whose freedom of choice she questions, notably the promiscuous homosexual and the bulimic consumer, have nothing to do with poverty and therefore could not be solved by a redistribution of wealth, the current socialist panacea. It is not much use saying things are bad without being able to say how they can be made better. Professor West is worried about the state's doing too much as well as too little. She is worried that an ethic of consent could be used to legitimise authoritarianism, because Kafka's fictional characters suggest to her that people may be willing to surrender their freedom of political choice forever (...). Put aside the fact that government in Kafka is metaphor rather than actuality, and notice the pickle in which Professor West's analysis puts her: if consent is ethically significant, then authoritarian government is legitimate if consented to; if consent is not ethically significant, then an authoritarian government that suppresses freedom cannot be criticized on that account. The simplest way out of the dilemma is to recognize that most people do not want an authoritarian government». – Richard POSNER, *«The Ethical Significance of Free Choice...»*, cit., p. 1447. «If Professor West believes that Americans have the same desire to be ruled with an iron hand as that expressed by some of Kafka's fictitious characters – if she believes that we have “cravings for judgment and punishment by noble authority” – if she believes that the citizens of the freest society in the history of the world are “attracted to the authoritarian structure of law”, to “the authoritarian structure of fate”, and to “the power and punitive authority of the state” – if our world, like Kafka's, “is peopled by excessively authoritarian personalities” – then I see why she is troubled by a philosophy that assumes that people are on the whole competent judges of their self-interest. But if she believes these things, she lives in a different world from yours and mine». – *Idem*, p. 1448. As citações são de Robin WEST, *«Authority, Autonomy, and Choice...»*, cit., pp. 422, 423, 424, 387. E, na resposta, WEST afirma: «Posner insists, and I agree, that he and I live in different worlds. In his world, because abused wives are free to leave, their chosen worlds must be wealth maximizing; in my world, their evident misery demands community intervention. In his world, we do not and should not indulge the 'bellyaching' of others; in my world, we can and should pay close heed to the pains and pleasures of others; we are a community, and their pains and pleasures are ours.

de WEST, reconhecendo o cerne da questão na divergência existente entre a sua posição e a de POSNER acerca do *significado ético da escolha* (*the ethical significance of choice*), e, mais especificamente, nas diferentes perspetivas *éticas* do homem que lhes corresponde: por um lado, aquela que parte de uma *hierarquia* – uma efetiva *relação de poder* – *imane*nte a todas as relações intersubjetivas, a subentender uma situação de *supra-infraordenação* (e respetiva *submissão*), e, por outro, a que assenta numa *autonomia* atomística de cariz *individualista-liberal*<sup>77</sup>.

E é exatamente este o núcleo do problema que me propus abordar... Cumprindo agora assumir as corresponsabilidades, que permitam, pelo menos, vislumbrar algum trilho

In his world, 'our' political decision to affirm each other's choices is better than 'their' political decision to brand dissidents insane; in my world, this is a false dilemma – these are surely not our only political options. In his world, in short, the state is by definition rational; in my world the state has the potential for good and the individual for submissive, as opposed to rational, free choice. Posner's world strikes me as flat and radically counter-experiential; it misdescribes our external social life and our internal motivational nature. My world, I suppose, strikes Posner as too bizarre to reckon with. There must be a way to cure our mutual ignorance – there must be a way to talk across the descriptive and normative divide. I thought literature might provide the bridge. That hope may have been naive: literature, like politics, may be endlessly contested. The use of literature may have merely shifted the battleground. And yet Posner obviously shares my passion for Kafka. That alone makes us two a community of sorts». – Robin WEST, *«Submission, Choice and Ethics...»*, cit., pp. 1455-1456. Vide ainda POSNER, *«The Ethical Significance of Free Choice...»*, cit., p. 1440, 1444.

<sup>77</sup> «I am sorry that judge Posner did not begin his response with his closing true insight: that he and I live in different worlds. I wish he had defended the vision of personality that he so passionately holds and that so clearly motivates his unique claims about law and ethics. And I am disappointed that he left unchallenged the very different vision of personality that underlies my own ethical positions: the belief that we as people are more authoritarian and submissive than the depictions of our nature relied upon by mainstream liberal theorists». – Robin WEST, *«Submission, Choice and Ethics...»*, cit., p. 1449. Vide ainda Richard POSNER, *The Economics of Justice*, cit., pp. 88-115. Sobre as mobilizadas noções de *hierarquia*, *poder (imane*nte) e *relação de poder*, vide Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, Paris, 1976, vol. I, *La volonté de savoir*; p. 109 ss.; *Idem*, *«L'éthique du souci de soi comme pratique de la liberté»*, in Daniel DEFERT, François EWALD, Jacques LAGRANGE (dir.), *Michel Foucault, Dits et Écrits. 1954-1988*, Paris, 1994, vol. IV, 1980-1988, pp. 708-729, especialmente pp. 719-720; François EWALD, *Foucault, la norme et le droit*, cit. na trad. portuguesa *Foucault, a norma e o Direito*, trad. de António Fernando CASCAIS, Lisboa, 1993, p. 11-12. Vide ainda Alan HUNT e Gary WICKHAM, *Foucault and Law*, Colorado, 1994, p. 14-22; Colin GORDON (dir.), *Power/Knowledge. Selected Interviews and Other Writings 1972-1977*. Michel Foucault, Worcester, 1980, p. 134-145 (7. *«Power and Strategies»*); José Manuel AROSO LINHARES, *«O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos...»*, cit., pp. 112-114, e n. 127, pp. 113-114. E, para uma análise explicativa, José Manuel AROSO LINHARES, *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de passagem nos limites da juridicidade*, cit., p. 122 ss..



que possa indicar uma possível – também agora – opção (escolha). Percorramos ainda um pouco mais do trilho traçado por WEST, a rejeitar a estrita individualidade como possível opção ética de base para a intersubjetividade<sup>78</sup>. POSNER, tal como outros leitores e/ou críticos de KAFKA, considera que o tema dos seus contos se centra em relações de autoridade e submissão, excluindo especificamente, segundo WEST, das autoridades possíveis versadas nas narrativas kafkianas as figuras do Estado, do Direito e do empregador<sup>79</sup>. Assim, seria a visão da natureza humana adotada por POSNER a condicionar a sua leitura de KAFKA<sup>80</sup>. Reconhecendo, apesar de tudo, em POSNER, diferenças entre as afirmações de *The Economics of Justice* e as do confronto sobre KAFKA ora analisado<sup>81</sup>. Nesta opinião, POSNER aferia, inicialmente, o critério do significado ético da escolha em termos racionais, defendendo que uma transação Pareto-superior assenta numa motivação racional da escolha consensual<sup>82</sup>, ao passo que, no presente confronto, POSNER afirma que o significado ético da transação Pareto-superior é meramente um princípio de filosofia política, que delimitaria o papel específico do Estado. Não obstante, ambas

as tomadas de posição falhariam, por infundadas, na conferência de um critério material para a escolha: assim, se primeiramente se procurava justificar a escolha numa compreensão empírica da natureza motivacional do homem, o que depois se procurou foi essa justificação na compreensão do tipo de integração no coletivo. Em nenhuma destas posições encontra WEST, como igualmente não encontramos nós, uma segunda vertente, fundamental, para a compreensão da interação: para além da afirmação da dimensão de individualidade, ao homem, enquanto ser social, corresponde uma imprescindível dimensão de integração comunitária. O que lhe confere, concomitantemente, uma específica responsabilidade<sup>83</sup>, sem a qual a própria afirmação de liberdades (direitos-rights) corre sérios riscos<sup>84</sup>. Estamos

<sup>78</sup> «(...) indeed, Posner's response does not pursue the claims that such rational, consensual transactions "by definition" leave people better off and more autonomous and that they thus satisfy both utilitarian and Kantian notions of value. Instead, and far more modestly, he argues that the ethical significance of the Pareto-superior transaction is merely a "principle of political philosophy... [that] delimit[s] the proper role of the state"». – *Idem*, p. 1453-1454, citando POSNER, "The Ethical Significance of Free Choice...", *cit.*, p. 1431. «What do these two theories – the new political philosophy approach and the old descriptive economics approach – leave the ethical significance of free choice? Reflect again on the abused wife who, Posner reminds us, in "our" society is always free to leave. We now have two Posnerian arguments against intervening in these private domestic tragedies. The old descriptive economics argument is this: the wife is a rational creature who will choose the best course open to her; she has chosen to stay with her assaultive husband; she is therefore best off doing so, and we ought not to interfere with that wealth-maximization decision. The argument rests on an unsupported empirical assumption about the wife's motivational nature: that she chooses rationally. That assumption was the target of my article. The new political philosophy approach advanced in Posner's response is, however, agnostic on motivation. It allows no inference of rationality from the wife's behavior and thus no inference about the comparative value of her decision to stay home. Instead, the argument for nonintervention that emerges from the new political philosophy approach is this: by definition, the only possible intervention in the wife's action is state intervention; by definition, state intervention is horrible. Regardless of the rationality of her motivation, therefore, and regardless of the comparative value of her alternative courses of action, the wife is better off enduring brutal domestic assaults than enduring any state interference with her choice. But this new fiction is just cruel: there are obviously no such "definitions". Both the truth of the political claim that the only alternative to individual freedom is unpalatable state oppression, and the merit of the political judgment that choice must therefore be protected against all intervention, depend on the nature of the state, the nature of the individual, and the nature of our collective political life. Posner fails to provide the necessary empirical support for his new definitional claims; indeed, he gives no reason beyond jingoistic appeals to patriotism to concur in his denunciation of state power. His new argument is consequently as weak as the old: the old one rests on an unsupported empirical assumption about our motivational nature; the new one rests on equally unsupported assumptions about the nature of our collective political life». – Robin WEST, "Submission, Choice and Ethics...", *cit.*, p. 1454-1455.

<sup>78</sup> «Surely some readers, perhaps most, know that when and if we reach the point where we decide not to hear people cry, whether out of concern for "privacy and freedom" or out of a reluctance to indulge the "bellyaching" of those in pain, we will have given up a central part of our humanity. We will have alienated our moral lives». – Robin WEST, "Submission, Choice and Ethics...", *cit.*, p. 1450. As expressões entre aspas são citações de Richard POSNER, "The Ethical Significance of Free Choice...", *cit.*, pp. 1440 e 1444, respectivamente.

<sup>79</sup> «Posner's reading of Kafka simply places three authorities off limits: the state, the law, and the employer. Whatever Kafka's odd stories are about, they are not, in Posner's view, about governmental authority, law, markets, workplaces, or business». – Robin WEST, "Submission, Choice and Ethics...", *cit.*, p. 1450.

<sup>80</sup> «Kafka, of all modern writers, understands and portrays the unity between our tumultuous inner lives, the outer world, and the role of choice in mediating the two». – *Idem*, p. 1452.

<sup>81</sup> «The philosophical argument for freedom and choice that Posner makes in his response is far more modest than the one advanced in *The Economics of Justice*, the target of my article. Most strikingly, the new argument is explicitly – even aggressively – independent of all descriptive claims about the rationality of our motivational nature. The new argument does not pursue Posner's earlier suggestion that people behave as rationally in marriage, friendship, procreation, and crime as they do in traditional economic markets. Indeed, Posner now tells us that such a claim about the nature of our motivation could not be justified within the terms of the discipline: "Economics does not seek to depict states of mind; it is concerned with what people ... do, not what they feel or think"». – *Idem*, p. 1453. Vide, no sentido da posição inicial, POSNER, *The Economics of Justice*, *cit.*, p. 237. A citação é de POSNER, "The Ethical Significance of Free Choice...", *cit.*, p. 1439.

<sup>82</sup> «(...) the Pareto-superior transaction rested on the motivational rationality of the consensual choice that underlies such transactions». – Robin WEST, "Submission, Choice and Ethics...", *cit.*, p. 1453.

<sup>84</sup> «(...) I argue that a robust respect for rights is not only a necessary condition for individual liberty, as Dworkin has persuasively argued, but is

ainda aqui perante uma compreensão que mobiliza, apesar de tudo, a linguagem dos *direitos* – e, neste sentido, que assume sempre *o indivíduo* como ponto de partida –, partilhada também quer pela mencionada *teoria liberal*, quer pelos próprios *Critical Legal Scholars*, quer mesmo por DWORKIN<sup>85</sup>. Para, afinal, colocar a tónica na assunção de uma *responsabilidade comunitária* como base de uma proposta *reconstrução* de uma *praxis* que pretenda afirmar-se humanossocialmente, em termos de procurar um ponto de equilíbrio materialmente sustentável para a relação direitos/ deveres, tanto individual como coletivamente<sup>86</sup>.

E mobilizando agora, a fim de tomar posição, o contexto de compreensão da intersubjetividade num mundo globalizado como é o nosso<sup>87</sup>, com o correlativo pluralismo de *horizontes de referência* possíveis e do confronto estabelecido entre eles, nomeadamente ao nível da multiplicidade étnico-cultural, e mesmo, mais alargadamente, intercivilizacional, um problema urge equacionar: o da *responsabilização* de todos – e, neste sentido, também do direito – na tarefa de evitar a (*desumana*) *desagregação* dos referentes básicos da nossa *construção humana*, em sentido materialmente cultural. E se este é um incontornável problema do nosso momento histórico, cumpre sobretudo apontar possíveis caminhos, ainda que sempre suscetíveis de *falsificação*, dadas as possíveis frustrações que as eventuais opções possam acarretar. O que de novo nos remete para a proposta de WEST, a reconhecer os riscos que correm os próprios afirmados valores *liberais*, tal como a *tolerância*, a *pluralidade* e a *diversidade*, quando alheados de uma *contraface* – e mesmo de correspondentes *contraprincípios*, para o dizer agora com Roberto UNGER<sup>88</sup> –, a da necessária assunção de uma *responsabilidade comunitária* que possi-

bilite a sua efetiva realização prática<sup>89</sup>. Mas em WEST a *responsabilidade comunitária* reconhece-se como uma *base ideologicamente cumbada*, a assumir um projeto de crítica das *hierarquias* estabelecidas nas atuais sociedades, e a ver no Direito um elemento a mobilizar, *politicamente*, para um projeto de *emancipação* de certas *minorias*<sup>90</sup>. Efetivamente, esta *leitura política* é-o enquanto *reconstituição* de um *programa*, também este, *político*, de tutela de grupos *periféricos*, pretensamente *vítimas* das aparentes *apoliticidade* e *neutralidade* do Direito e do pensamento jurídico dito *dominante (liberal)*, assumindo uma perspetiva pragmática que entende ter origem no *Realismo Jurídico Americano*, mas enveredando por desenvolvimentos que divergem completamente dos assumidos pela própria Análise Económica do Direito, e muito concretamente por POSNER, permitindo justificar tanto a *politicização* das decisões judiciais proposta por aquelas correntes de pensamento, que se assumem como *críticas* – seria este o caso não só do *Critical Legal Studies Movement*, mas também da própria *Feminist Jurisprudence* – como a neutralidade e imparcialidade do juiz proposto por este último, cuja função consistiria em decidir mobilizando um *critério de maximização da riqueza*<sup>91</sup>. *Confronto* este agora em que se coloca frente a frente a *imparcialidade do juiz* propugnada por POSNER e uma *“jurisprudence of empathy”* sustentada por WEST, cujos critérios aquele rejeita por incertos, sobretudo em virtude de lhes apontar uma *inspiração feminista*<sup>92</sup> e uma concomitante aspiração, que

also a condition for the exercise of individual responsibility, without which freedom is either inconsequential or morally unpalatable. (...) I argue that a strong respect for rights, although *necessary* for the protection of liberty, is not *sufficient*, particularly if the people rather than the courts are to be charged with the duty of protecting freedom. Unless we also deepen our respect for the responsibilities entailed by the freedoms of a liberal society, those liberties will remain insecure». – Robin WEST, *Foreword: Taking Freedom Seriously*, *cit.*, p. 79.

<sup>85</sup> «The impetus for individual freedom and the protection of civil liberties in a postdemocratic society (...) must come from the responsible citizen, the thoughtful and empathetic juror, the caring parent, and the careful legislator, not from Herculean judges». – *Idem*, p. 103.

<sup>86</sup> «(...) the liberal values of tolerance, plurality, and diversity (...) may be weakened, not strengthened, by taking rights so “super-seriously” that we come to stop examining our sense of responsibility». – *Idem*, p. 106.

<sup>87</sup> «Globalization is, to use an old fashioned word, alienating. And my point today is that it is precisely its alienating qualities that make globalization so funny». – David. A. WESTBROOK, *Kafka’s Laughter...*, *cit.*, p. 2.

<sup>88</sup> Roberto MANGABEIRA UNGER, *“The Critical Legal Studies Movement”*, in *Harvard Law Review*, vol. 96, January 1983, n.º 3, p. 563-675, p. 616-648, *Idem*, *Law in Modern Society*, New York, London, 1976, p. 43-44.

<sup>89</sup> «(...) the liberal values of tolerance, plurality, and diversity (...) may be weakened, not strengthened, by taking rights so “super-seriously” that we come to stop examining our sense of responsibility». – Robin WEST, *Foreword: Taking Freedom Seriously*, *cit.*, p. 106.

<sup>90</sup> «West likes Freud’s theory to extent that it emphasizes the role of law in protecting the weak from the strong». – Richard POSNER, *Law and Literature (Revised and Enlarged Edition)*, *cit.*, p. 205.

<sup>91</sup> «West’s use of Kafka shows how far the legal academic left has strayed from its roots in the legal realist movement of the 1920s and the 1930s. The legal realists were meliorists. They attacked a form of conceptualism that viewed law as a closed logical system which ideas of public policy must not be allowed to penetrate. (...) Some of the realists notably Jerome Frank, were unduly hostile to “ruledness”, which they associated, as Shakespeare may have done, with psychological insecurity. But they were not utopian dreamers; they did not believe in the perfectibility of human nature and society. And they had a clear idea of specific legal reforms that they wanted to and in large measure did achieve. They would have gotten little help from reading Kafka». – *Idem*, p. 205.

<sup>92</sup> «The masculine outlook abstracts from the rich particulars of a dispute a few salient facts and makes them legally determinative. That is law by rules – that is what rules *do*. The feminine outlook prefers to base judgment on the total circumstances of a case, unhampered by rules that require a blinkered vision, untroubled by a felt need to conform decision to general, ‘neutral’ principles. The emphasis on particulars establishes another link between the feminist and literary approaches to law. Literary expression is characteristically concrete, and many feminists are critical

diz *irrealista*, a um *altruísmo*<sup>93</sup> assente em pretensões *comunitaristas*<sup>94</sup>.

E se este *comunitarismo* se propõe obviar à *alienação* provocada pela absolutização da *lógica de mercado capitalista*, em nome do reconhecimento da *humanidade do*

of abstraction, regarding it as a distinctively masculine method of apprehending reality. Feminist legal scholars have both contributed to the law and literature movement and used literary examples in their other writing.

In the view I am expounding, the masculine outlook is that of legal positivism, the feminine that of natural law. At the 'masculine' end of the spectrum of legal conceptions, law is monstrous, inhuman; this is a common layperson's conception of law and one well represented in imaginative literature. At the 'feminine' end, law turns into the anarchy of 'popular justice', symbolized by the trial of Socrates and by the kangaroo courts of totalitarian regimes, such as Mao's 'people's courts'. A mature legal system rejects both extremes in favor of a mixture of rules and discretion, law and equity, rule and standard, positive laws and ethical principles (corresponding to natural law), logic and practical reason, professional judges and lay judges, objectivity and subjectivity». — Richard POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, cit., pp. 404-405. «The women's movement is not a testament to the plasticity of human nature after all. Radical communitarians chip away at legal concepts thought to supply the underpinnings of the liberal state, in the hope that Utopia will raise from the ashes. Increasingly the hope seems a forlorn one». — *Idem*, p. 419.

<sup>93</sup> *Idem*, p. 418-419.

<sup>94</sup> «The basic problems concern objectivity and feasibility. It is hard enough to get agreement on premises within a group of persons committed to liberal norms; it seems quite impossible to get agreement on premises once those norms are rejected. The irony of critical legal studies is that having demonstrated to its own satisfaction that American law is totally devoid of objectivity, is totally manipulable and politicized, it asks that the law be oriented in accordance with the utterly plastic tenets of communitarianism. Plasticity is a two-edged sword. The critical legal studies movement is reluctant to acknowledge that communitarianism comes in conservative and reactionary as well as liberal and radical forms, that there are no simple ways of choosing between them, and that the rejection of liberal values in the hope of replacing them with something — as yet unknown — better is reckless». (...) The communitarians have chosen community before investigating what that choice entails». (...) «The other big problem of communitarianism is that of feasibility (it is a more serious problem, the more radical the communitarian vision). The communitarians advocate in effect a 'supermorality', that is, a code of individual behavior that is substantially more demanding than the code followed by most members of contemporary society. Experience suggests that communitarian ethics are unworkable except in small, isolated communities, and then only temporarily; world history is littered with the ruins of communitarian experiments. But reliance on experience is open to Richard Rorty's objection that such reliance keeps us in our accustomed groove, preventing us from discovering entirely new ways of looking at things». — *Idem*, pp. 414-415. «Whatever its merits, the jurisprudence of empathy is a natural culmination of West's contributions to the law and literature movement, and underlines the continuity between the literary and feminist perspectives on jurisprudence. (...) I went to urge, much in the spirit of West, that judges and lawyers ought to cultivate their empathetic faculties. But this is a far cry from urging judges to discard the conventional principles of legality, as I understand West to be doing. Her advice confuses the judiciary and literary roles». — *Idem*, p. 412. Vide ainda Richard POSNER, *Law and Literature — A Misunderstood Relation*, cit., pp. 304-305.

*bomem*, então cumpre perceber se a compreensão do direito que advoga será hoje sustentável como vetor de orientação fundamentante da juridicidade. O que talvez possa ainda tentar-se através de *uma leitura* de KAFKA<sup>95</sup>. Desde logo, haveria que compreender a fundamentação material do direito à luz da submissão, introspeção e mesmo autoacusação, que em personagens «kafkianas», como o “artista da fome”, Gregor Samsa, o preso da Colônia Penal, Georg ou Joseph K., se apresentam tanto como hetero- quanto como autoimpostas. Depois, haveria que questionar a própria legitimação das instituições judiciárias, mais concretamente quanto a esta última personagem, alvo de um processo em que o conteúdo da acusação nunca vem a ser desvendado, e em que os atos processuais se sucedem sem qualquer explicação<sup>96</sup>. Com uma nota que perpassa toda a *literatura kafkiana*: a de que cada um destes “condenados” — e cada um da sua forma — se reconhece — apesar da irracionalidade de toda a situação, quer material, quer processual<sup>97</sup> — como,

<sup>95</sup> Veja-se a seguinte reflexão de WESTBROOK, com Walter BENJAMIN, a partir de KAFKA, acerca da ligação entre mercado e alienação, propondo uma superação *humanizante* desta última: «As Walter Benjamin put it, paraphrasing Berthold Brecht, Kafka “had only one problem, that of organization. What seized him was fear of the ant-colony state: how people become estranged from themselves by the forms of their communal life”. Let me be clear. I think the hoary arguments about the dehumanization of life in the marketplace are, in important respects, correct. In a market society, the forms of our communal life that estrange us from ourselves are the property entitlements and the embodiments of value called money that together compromise the price mechanism. Markets are not the only things that alienate, but markets do indeed alienate. To repeat the thought: Kafka reads well today, we are alienated, because capitalism requires us to understand life in terms of prices. At a deeper level, we understand our situation within a market in terms of the interrelationships between those claims we understand to be money, and those claims we understand to be property. Our true selves, however, cannot be recognized behind our entitlements. The translation of the human situation — the man in community — into our legal individuality — is the mechanism of our alienation». — David A. WESTBROOK, *Kafka's Laughter...*, cit., pp. 4-5. A citação é de Walter BENJAMIN, *Reflections: Essays, Aphorisms, Autobiographical Writings* (Peter Demetz ed., Edmund Jephcott trans., 1978), p. 205.

<sup>96</sup> «Despite the contradictory and inconsistent body of interpretation that has been written by commentators about *The Trial*, judicial references to *The Trial* are generally consistent. [In the cases discussed below], judges write about individuals trapped in a bureaucratic or legal web of confusion and ambiguity». — Scott FINET, “*Franz Kafka's Trial as Symbol in Judicial Opinions*”, in *Legal Studies Forum*, vol. 12, n.º 1, 1988, pp. 23-32 (acedido online em <http://www.law.utexas.edu/lpoptext/lst/finet12.htm>, em 15-05-2003), p. 28. «Judges apply the integrating power of *The Trial* to demonstrate their commitment to the shared belief in the utility of informed, rational, intelligent choice. The act is one of self-legitimization». — *Idem*, p. 27.

<sup>97</sup> Note-se a mobilização, por FINNET, da *escolha racional* — ainda que agora não, pelo menos aparentemente, em sentido economicista — para afastar a *irracionalidade* da tramitação processual em *Der Prozeß*, na afirmação da necessidade de uma base *valorativa* material para as decisões

em certo sentido, *culpado*, e expiando uma qualquer espécie de *culpa* através do cumprimento de uma *sentença* que não constitui consequência da prática de qualquer crime...

A específica construção *kafkiana* da *Lei*, da Justiça e do Direito poderá ser ilustrada, exemplarmente, através da *parábola* «Ante a Lei» («*Vor dem Gesetz*») – numa *analogia* com a compreensão das Escrituras –, no penúltimo capítulo de *O Processo*, intitulado «Na Catedral». Nesta parábola, um camponês, a quem o acesso à Lei é impedido por um guarda, que o informa, quando por aquele instado, de que *ainda* não pode entrar, e o retém com o argumento de que outros guardas se lhe seguem na proteção da Lei, espera anos a fio sentado à porta, estando esta aberta, mas sem que consiga autorização para entrar. Para, no fim da vida, ainda perguntando, receber como resposta do guarda que a Lei lhe estava exclusivamente destinada, e que, quando o seu fim chegar, fechará a porta e partirá... Parábola complexa esta, que tem suscitado inúmeras interpretações – *leituras*, digamos –, e que coloca diversos problemas acerca da compreensão da mencionada Lei. Em primeiro lugar, encontramos aqui uma *Lei* autoritária, rígida e inacessível: esta parábola apresenta o *espectro formalista*, a dimensão autoritária, da Lei, a subversão do sentido de justiça e do próprio processo, procurando especificamente denunciar injustiças materiais e perseguições que em nome da Lei sempre se verificavam. Consequentemente, e em segundo lugar, a Lei terá sempre dois sentidos, paradoxalmente opostos e reciprocamente imbricados: por um lado, uma Lei formalizada, procedimentalizada, austera, de realização prática arbitrária e implacavelmente imposta – como se de um regresso a uma *lei arcaica de necessidade* e a uma *justiça imanente* se tratasse<sup>98</sup> – ou, pelo menos, como um regresso a um qualquer *formalismo* –, e, por outro, uma Lei que, para além de tudo, constitui materialmente uma figura de ascese, todavia inacessível ao homem, mas que surge como libertadora, e que aquele impõe a si próprio e à sua existência. Com o que se associam, de forma mais ou mesmo indiferenciada, conteúdos ético-morais e jurídicos, dificultando a necessária delimitação de fronteiras. E, em terceiro lugar, o caráter estritamente individual da Lei de que se fala na

judiciais: «The uses of references to *The Trial* demonstrates that judges realize that judicial decisions must be consistent with and integrate values shared among those directly affected by the decisions, as well as informed onlookers. First among those shared values is the central value of rational choice. The alternative to rational decision making is the legal system described in *The Trial*: isolated, incomprehensible and irrelevant to Joseph K. and utterly unhelpful in his search for information and meaning». – *Idem*, p. 32.

<sup>98</sup> François Ost, *Raconter la Loi...*, cit., pp. 337 ss., especialmente 385 ss.

parábola em questão coloca o problema da generalidade e abstração da lei, o solipsismo de KAFKA e a absolutizada ipseidade das suas personagens, projetando-se assim aquém da Lei mas já para lá do Direito, parecendo afastar a relativização e a necessária *mediação comunitária* na constituição da juridicidade<sup>99</sup>, mas simultaneamente remetendo para a universalização através da projeção caricatural da sua própria pessoa nas suas personagens, e na acentuação contínua, ao lado do acento tónico na ipseidade dessa representação, do problema das relações intersubjetivas. Enfim, para KAFKA, como para as suas personagens, as «portas da lei» sempre estiveram abertas... Porém, nem ele próprio, enquanto *homem* ou enquanto *autor*, nem as suas personagens, que o espelham, chegaram a transpô-las<sup>100-101</sup>...

Tudo o que nos remete, portanto, para um binómio fundamental na construção da intersubjetividade, em geral, e da intersubjetividade jurídica, em particular: o binómio subjetividade/comunidade, ou, noutros termos, autonomia/integração e responsabilidade comunitárias<sup>102</sup>. Questão esta que exige agora alguma definição de posições, a fim de cumprir o objetivo enunciado no início desta intervenção, e

<sup>99</sup> *Idem*, p. 384.

<sup>100</sup> «La légende qui clôtüre Le Procès le rappelle nettement: les portes de la Loi sont restées ouvertes durant toute la vie de Joseph K. Et pourtant, celui-ci ne les franchira jamais. (...) C'est que si le personnage kafkaïen fait bien l'épreuve se l'arbitraire de la loi et de l'injustice de ceux qui s'en disent les représentants, il n'a pas d'autre monde à sa disposition – la loi qu'il exhume de son fond personnel n'est-elle pas plus tyrannique encore? Entre la loi commune qui semble le frapper de bannissement, et la loi personnelle qui le châtie plus durement encore, n'est-il pas «écrasé à la frontière» ?». – *Idem*, p. 381.

<sup>101</sup> «As the expression of authority, the law could judge a person's life, and thereby relieve the wretch of his terrible uncertainty as to whether he has lived well, or more generally, whether his life means anything at all. The yearning for law reflects the human desire to locate our individuality within a broader framework of communal meaning. But in Kafka, the law withholds judgment. The law does not actually recognize the man, does not tell him what he means, thereby giving him status in the community. The law waits, or at most, recognizes the man's social role – petitioner, messenger, accused, clerk, and even son – always somebody whose existence is derived from others. The wretch never musters the courage to force the law to acknowledge him for what he is, and so he dies begging or waiting for recognition». – David. A. WESTBROOK, «*Kafka's Laughter...*», cit., p. 4.

<sup>102</sup> Uma responsabilidade que não se reduz a um *neminem laedere*, mas que se assume enquanto “*responsabilidade perante as condições da existência comunitária*”, “*responsabilidade por reciprocidade*” e “*responsabilidade de integração comunitária*”, no sentido definido põe A. CASTANHEIRA NEVES, “*Pessoa, Direito e responsabilidade*”, (abril 1995), in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 6, 1996, pp. 9-43, pp. 32-43, especialmente 40-43; *Idem*, “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições da emergência do Direito como Direito*”, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, vol. II, Coimbra, 2002, pp. 837-871, pp. 867-868.

que agora se recupera: a de saber *que leitura* fazer, e que contributos dela retirar, da compreensão do homem e, claro, do *Homem perante o Direito*, a partir da *recuperação* da literatura *kafkaiana*, no confronto estabelecido entre Robin WEST e Richard POSNER para a reconstrução-*justificação* das respetivas configurações da intersubjetividade e, correspondentemente, do *Direito*. Ora, a matriz agregadora que se convoque como base desta construção resultará, inevitavelmente, de uma opção, que se pretende especificamente cultural-civilizacional. Matriz essa que só poderá ser, adiante-se já, de índole substancial-*material*, sob pena de o Direito se transformar num *formalismo procedimental* – veja-se, exemplarmente, a proposta de LUHMANN –, perdendo assim a sua *normatividade material* própria. E matriz essa ainda que procura o seu sentido para além da autonomização individualista proposta pelo pensamento moderno-iluminista – embora não a esquecendo nem lhe renunciando –, cujo corolário foi, a este nível, a construção de uma *societas*, enquanto *artefacto* humano traduzido na vinculação livre de vontades autónomas, e em que o neoliberalismo de POSNER se inspirou, na sua configuração contratualizada de toda a intersubjetividade juridicamente relevante. Mas não tão longe que dissolva a autonomia numa hipertrofia comunitarista politizada, que no polo oposto implique uma redução ao coletivo. O que, não constituindo direta e necessariamente o resultado da perspetiva definida por Robin WEST, mantém, pelo menos, latente o risco de reduzir em muito a esfera da autonomia, transformando o sujeito num continuamente participante na *comunidade*, que unicamente *nela* e *através dela* se compreende e realiza.

O caminho que procurará agora esboçar-se não opta, então, por nenhuma das duas posições aqui observadas: nem um estrito *individualismo*, que isole o *homem*, nem um absoluto *comunitarismo*, que o dilua. O homem não o será plenamente – isto é, não será *pessoa*, no sentido em que CASTANHEIRA NEVES no-la apresenta, na sua ineliminável *dignidade ética* (a *condição ética* da *emergência do direito*<sup>103</sup>) – senão por mediação da comunidade. E deixará igualmente de o ser – e agora especificamente no que diz respeito ao direito – no momento que perca a noção da fronteira, ainda que mais ou menos oscilante, entre a sua individualidade e a sua integração comunitária<sup>104</sup>. A *comunidade*

assume aqui um relevo inquestionável, como condição *vital, existencial* e *ontológica* da compreensão do homem como *pessoa*, para o dizermos de novo com A. CASTANHEIRA NEVES<sup>105</sup>.

fundamentação racionalista sob os diversos modelos de autoconstituídas racionalidades procedimentais, implicava afinal pressuposições que a invalidam nesse sentido, não fica excluído que se reconheça na experiência (poderá dizer-se, humano-hermenêutica) da histórico-cultural prática humana e da corresponsabilizante coexistência uma específica intencionalidade à validade em resposta ao problema vital do sentido, e estruturalmente constituída pela distinção entre o humano e o inumano, o válido e o inválido, o justo e o injusto, intencionalidade que refere sempre e convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios normativos que pertencem ao *etbos* fundamental ou ao seu *episteme* prático de uma certa cultura numa certa época. E que assim, sem se lhes poder ignorar a historicidade e sem deixarem de ser da responsabilidade da autonomia cultural humana, se revelam em pressuposição problemáticamente fundamentante e constitutiva perante as contingentes positivities normativas que se exprimem nessa cultura e nessa época – são os valores e princípios metapositivos e pressupostos dessa mesma positividade, como que numa autotranscendência ou transcendentalidade prático-cultural, em que ela reconhece os seus fundamentos de validade e a que refere os seus regulativo-normativos critérios de constituição prática. Pelo que a exclusão da necessidade ontológica no domínio da *praxis* – que temos de reconhecer como consequência e herança excessivamente gregas da compreensão da mesma *praxis* – não nos condena à mera contingência político-social, no domínio do prático-jurídico. A posição exacta é a de um *tertium genus* dado numa transcendental autopressuposição axiológico-normativa fundamentante e regulativamente constitutiva». – *Idem*, *A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, STVDIA IVRIDICA, 72, Coimbra, 2003, pp. 146-147. Vide ainda José Manuel AROSO LINHARES, “O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do *etbos* e do *pathos*...”, *cit.*, pp. 116-121.

<sup>105</sup> Segue-se aqui a noção de *pessoa* no sentido definido por A. CASTANHEIRA NEVES, com múltiplas convocações, como as que exemplarmente se seguem: «(...) *pessoa* e não substância, ser pessoal e não ser individual, não apenas o ser titular da liberdade e dos interesses, mas o ser da dignidade ética que é chamado por isso mesmo ao diálogo ético e à responsabilidade. Pessoa que no seu absoluto ético transcende o político e o económico e que nessa sua eticidade, com que unicamente tem sentido e se reintegra em si e com os outros reconstituirá uma nova validade com que na intersubjetividade se vinculará axiológicamente a fundamentos normativos que darão também sentido aos seus direitos, aos seus deveres e à sua responsabilidade. A pessoa como núcleo autêntico de um novo universo prático de sentido e também de um novo direito, de um verdadeiro direito – o direito que recuse o mero juridismo e se não confunda com uma política ou instrumental legalidade...». – “*A imagem do homem no universo prático*”, in *Digesta...*, *cit.*, vol. I, pp. 311-336, p. 336; «(...) para acedermos da individualidade à pessoa temos de passar do plano simplesmente antropológico para o mundo da coexistência ética, pois a pessoa não é uma categoria ontológica, é uma categoria ética – numa outra palavra, a primeira é uma *entidade antropológica*, a segunda é uma *aquisição axiológica*». – “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito...*”, *cit.*, pp. 848-861 e 863-866, pp. 863-864; vide ainda A. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica) – I. A crise*, Coimbra, 1967, p. 539-540, 571-573, “*O papel do jurista no nosso tempo*”, “*O papel do jurista no nosso tempo*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLIV, 1968, p. 83-142, e também in *Digesta – escritos*

<sup>103</sup> Quanto às *condições de emergência do direito* – condições *mundanal, antropológico-existencial* e *ética* –, segue-se, de novo, A. CASTANHEIRA NEVES, “*Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito...*”, *cit.*, especialmente pp. 841 ss.

<sup>104</sup> «Se a fundamentação jusnaturalista invocava uma acrítica referência já ontológico-metafísica, já antropológica que se revelou insustentável, e a

E é na dialética entre os dois pólos que constituem a *peessoa* – o polo do *suum* e o polo do *commune* – que compreenderemos a intersubjetividade própria do Direito<sup>106</sup>. E os atuais problemas decorrentes do pluralismo cultural e civilizacional, com o subjacente permanentemente estabelecido *diálogo* – ou, deverá talvez dizer-se, *confronto* – *intercivilizacional* e *intercomunitário*, não poderá pacificar-se senão sob a égide do respeito pela *diferença*. Mas não num sentido meramente *formal*, podendo degenerar em *indiferença* ou mesmo em *albeamento*. Cumpre antes assumir esse respeito mútuo enquanto *reconhecimento*<sup>107</sup>, percorrendo a distância do *eu* ao *outro* e na mediação dessa distância procurar elementos materialmente congregantes que permitam estabelecer um diálogo material e efetivo. Será possível esse diálogo sem sobreposições, hierarquias, hegemonias? Para esta questão, para já, a resposta só poderá construir-se a partir do diálogo<sup>108</sup>... Assim como a resposta à nossa questão principal remanesce em construção: não concebendo a vinculação social e jurídica nem por via estritamente contratual nem por imposição de qualquer entidade heterónoma, mas aceitando a construção de uma *comunidade complexa* – talvez mesmo uma *comunidade de comunidades* – que congregue *diferenças* e crie a sua *identidade* a partir delas<sup>109</sup>... Sem

---

acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra, 1995, vol. I, pp. 9-50, especialmente pp. 38-41; “O Direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”, *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, ano IV, 1988, p. 10 e ss., e também in *Digesta – escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra, 1995, vol. I, p. 287-310; “Pessoa, Direito e responsabilidade”, *cit.*, pp. 32-43; *A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia...*, *cit.*, p. 105; *O Direito boje e com que sentido?*, Lisboa, 2002.

<sup>106</sup> A. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e responsabilidade”, *cit.*, p. 32-43; José Manuel Aroso LINHARES, “Sumários desenvolvidos (C)”: “O Jurisprudencialismo”, Coimbra, 2001-2002, pp. 6-9.

<sup>107</sup> Cfr., acerca do *reconhecimento*, enquanto fundamento da *dignidade ética* da *peessoa*, entroncando na linha de HEGEL, ainda que criticamente, entre outros, Hannah ARENDT, *The Human Condition*, Chicago, 1958; Emmanuel LÉVINAS, *Totalité et infini. Essai sur l'extériorité*, La Haye, 1961, e *Entre nous. Ecrits sur le penser à l'autre*, Paris, 1991; Hans JONAS, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main, 1979; Paul RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, (1986-88), Paris, 1990; Axel HONNETH, *Kampf um Anerkennung*, Frankfurt am Main, 1992, e ainda A. CASTANHEIRA NEVES, entre outros textos, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito...”, *cit.*, pp. 864-866, e “Pessoa, Direito e responsabilidade”, *cit.*, especialmente pp. 32 ss..

<sup>108</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*, Porto, 2006, p. 401 ss..

<sup>109</sup> Exemplos de outras propostas *comunitaristas*, assentes numa construção comunitária politizada, são: a proposta de uma *ética de alteridade*, do *Critical Legal Scholar* Duncan KENNEDY – vide Duncan KENNEDY, “Form and Substance in Private Law Adjudication”, in *Harvard Law*

esquecer, todavia, que o que está em causa é a construção da juridicidade, e que um dos mais iminentes perigos das vertentes comunitaristas consiste precisamente em transformar o direito num discurso ético-político de consideração de *diferenças* que perde completamente de vista a dimensão normativa, com as suas implicadas significações de *princípio*, mas também de *critério-medida*, mecanismo de relativização que não permite a estiolamento da liberdade.

Assim, contra, por um lado, uma diluição do homem-*peessoa* no seio de uma qualquer *comunidade* política ou eticamente concebida, e, por outro lado, um individualismo que renuncie a qualquer vinculação comunitária, situações extremas ambas susceptíveis de conduzir à impossibilidade de aceder ao Direito, ainda que ambas mobilizando como instrumento a lei, propõe-se agora uma construção comunitária que assuma a *diferença como tolerância*, e assente numa *responsabilização individual e comunitária* pelas respetivas condições de *coexistência* e *convivência*. Em suma, não uma *transcendentalização* da Lei, que a transforme em inacessível e incompreensível arbitrariedade e que mantenha o homem “às suas portas”, mas antes uma afirmação material de *referentes de sentido* que confira um “verdadeiro acesso” ao Direito, para a construção de um *projeto humano* comum... Enfim, uma tentativa de *agregação* na *desagregação* que só pode partir, seja qual for a origem cultural e civilizacional dos *sujeitos dialogantes*, de um material substrato historicamente construído, assente no *reconhecimento do outro* na sua *condição humana*, do outro como o *outro de si mesmo*...

---

*Review*, vol. 89, 1976, pp. 1685-1778, pp. 1717 ss. –, ou mesmo de Jack BALKIN – vide Jack BALKIN, “Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice”, *cit.*, pp. 1164-1167, e também José Manuel Aroso LINHARES, *Entre a re-escrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de “passagem” nos limites da juridicidade (imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso)*, *cit.*, pp. 679 ss., 714-715, e *Idem*, “O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos...”, *cit.*, pp. 130-131) –, ou ainda a construção de uma *responsive society*, sugerida por Amitai ETZIONI – vide Amitai ETZIONI, “Liberals and Communitarians”, in *Partisan Review*, 1990, 57 (2), pp. 215-227, e in *A Responsive Society*, San Francisco, Oxford, 1991, p. 127-152, especialmente pp. 146-148.