

## GARANTISMO E LITERATURA: REFLEXÕES SOBRE A FIGURA DO *PEQUENO JUIZ*, DE LEONARDO SCIASCIA<sup>1</sup>

MANUELI OLIVEIRA<sup>2</sup>

**RESUMO:** O estudo do Direito e Literatura se apresenta como uma alternativa relevante para se repensar o direito contemporâneo, o que, na atualidade, é um dos maiores desafios que se colocam aos juristas. Através da interdisciplinaridade do estudo do Direito e Literatura podemos ampliar nossos horizontes, possibilitando novas interpretações ao modelo tradicional de direito. O presente artigo propõe a leitura e análise da figura do juiz – e do papel por ele desempenhado na realização da justiça – a partir da obra *Portas Abertas*, de Leonardo Sciascia, tendo em vista o modo como é colocado o problema da decisão.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito e literatura; garantismo; modelos de juiz.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo apresentar a possibilidade crítica e criativa que a Literatura pode contribuir ao estudo do Direito. Isso será realizado a partir da obra *Portas Abertas* em que é possível identificar o papel participativo do juiz na interpretação do Direito.

Ao analisar a postura do juiz é possível caracterizá-la como embrionária à proposta garantista, desenvolvida na Teoria do Direito por Luigi Ferrajoli, por exemplo. Pergunta-se, assim: poderia ele ser tomado como estereótipo de um juiz garantista?

Assim, o texto orientado pela pesquisa bibliográfica foi desenvolvido em três partes, responsáveis, respectivamente, por demonstrar

<sup>1</sup> O presente trabalho é o resultado parcial do projeto de pesquisa intitulado “Direito na literatura: a representação dos juizes nas narrativas literárias”, sob orientação do Prof. Dr. André Karam Trindade e do Prof. Me. Fausto Santos de Moraes.

<sup>2</sup> Graduanda do 8º semestre do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. Membro do KATHÁRSIS – Centro de Estudos em Direito e Literatura da IMED.

a relação entre Direito e Literatura, contar o julgamento e as questões que o juiz enfrenta e associar a concepção de Direito do juiz presente na obra, as principais ideias da teoria garantista.

## 2 DIREITO E LITERATURA

O estudo do Direito e Literatura se apresenta como uma alternativa relevante para se repensar o direito contemporâneo, o que, na atualidade, é um dos maiores desafios que se colocam aos juristas. O estudo do Direito na Literatura, infelizmente, é recente no Brasil, visto que em outros lugares do mundo, como Europa e Estados Unidos, já estudava desde o Século XX.

Através da interdisciplinaridade do estudo do Direito e Literatura, onde ambos encontram-se ligados através da linguagem, podemos ampliar nossos horizontes, possibilitando novas interpretações ao modelo tradicional de direito. Sendo, portanto, uma nova alternativa de racionalidade, permitindo que os juristas desenvolvam “uma série de questões éticas e morais, cujas respostas não se encontram nos manuais e muito menos nos códigos” (TRINDADE; GUBERT, 2008, p. 19).

O Direito e Literatura se apresentam, também, como importante instrumento de registro, temporal e histórico, de determinada época ou local. Mais do que isso, através do Direito e Literatura é possível se repensar o direito de forma crítica, permitindo, assim, que os juristas compreendam o “sentido do direito e sua conexão com a justiça” (TRINDADE; GUBERT, 2008, p. 50).

“À literatura, portanto atribui-se a difícil missão de possibilitar a reconstrução dos lugares do sentido, que no direito estão dominados por senso comum teórico, que amputa, castra, tolhe as possibilidades interpretativas do jurista, na medida em que opera com um conjunto de pré-conceitos, crenças” (TRINDADE; GUBERT, 2008, p. 15).

Com o auxílio da literatura os leitores – no caso os juristas – se tornam pessoas mais críticas, pois possibilita que estes ampliem seus horizontes.

Seguindo o modelo tradicional, segundo Trindade e Gubert (2008), o estudo do Direito e Literatura pode ser dividido em três categorias distintas:

(a) Direito *na* literatura (*Law in literature*) corrente que estuda a partir da literatura como o direito, a problemática jurídica, é representada.

(b) Direito *como* Literatura (*Law as literature*), correte ligada a dimensão hermenêutica, pela qual se observa a qualidade literária do direito, examinando-se os textos e discursos jurídicos a partir de análises literárias.

(c) Direito *da* literatura (*Law of literature*) categoria que estuda as disciplinas de direito privado, no que diz respeito à propriedade intelectual, direitos autorais, *copyrights*, etc.

Neste ensaio, privilegiaremos o Direito *na* Literatura, através do qual se analisara a conduta adotada pelos juizes na narrativa de Leonardo Sciascia.

### 3 O DIREITO EM *PORTAS ABERTAS*, DE SCIASCIA

*Portas abertas*, publicado no ano de 1987, pelo italiano Leonardo Sciascia. Sciascia publicou diversos artigos, poemas, resenhas, sempre abordando temas polêmicos, fatos políticos e culturais da época, tendo publicado cerca de onze livros. Nos últimos anos de sua vida, embora com dificuldade de continuar seu trabalho como escritor, devido sua doença, é possível perceber cargas autobiográficas, principalmente nos contos policiais: *Portas Abertas* (1987), *O cavaleiro e Morte* (1988), textos que contém uma narrativa da difícil e confusa situação que a Itália vivia.

O enredo se desenvolve na Itália, durante o período do regime fascista, cujo medo e repressão eram revestidos de extrema confiança. O texto relata o julgamento de um homem que cometeu três homicídios, sendo eles cronologicamente: o de sua esposa, o homem que ocupara seu lugar na repartição de onde havia sido despedido, e por último uma das figuras mais representativas de Palermo o advogado Bruno.

Devido às circunstâncias do crime, como já era previsto nenhum defensor de confiança (assim eram chamados os advogados) queriam defender o acusado, devido a amizade, ao saudoso advogado Bruno. Quando finalmente conseguiu encontrar um defensor este não utilizou todos os meios de prova possíveis, este nem tentou invocar o instituto

da “suspeita legítima” para que o processo fosse transferido para outro Tribunal, nem tão pouco o advogado solicitou uma perícia psiquiátrica. Para o juiz “qualquer que seja o juízo que o advogado faz *in pectore* do acusado que ele aceitou defender, o seu dever é justamente defendê-lo com todos os meios que a lei coloca ao seu alcance” (SCIASCIA, 1987, p. 44).

Meditando sobre o andamento técnico daquele processo e relacionando alguns dos seus momentos com a memória de coisas lidas ou pensadas a partir das leituras, o pequeno juiz ia se aproximando pouco a pouco do acusado, da sua retorcida e feroz humanidade, da sua loucura.

No decorrer do julgamento o pequeno juiz não deixava de pensar que se no lugar do advogado Bruno o acusado tivesse assassinado outro funcionário do escritório, ou qualquer outra pessoa, o processo teria seguido em frente muito mais assepticamente, com a mesma rotina de tantos outros. Porém o advogado Bruno “pertencia a uma corporação da qual era, na província, o mais eminente representante: impossível que a corporação não se levantasse, com todo seu poder, com todos os seus recursos, para que o máximo de pena recaísse sobre o culpado” (SCIASCIA, 1987, p. 45).

Sorteados os cinco jurados para aquele processo, o juiz reconhecia em alguns deles algum sinal, quase imperceptível, de humana ternura “não em relação ao acusado, pois era impossível que alguém sentisse qualquer tipo de ternura por ele; mas sim em relação a vida”. Contrariando as autoridades e a sociedade local que faziam questão que o Tribunal sentenciasse o homem a pena de morte, ao homem foi aplicada outra pena que não a de morte.

Alguns meses após o processo em uma conversa com o procurador o juiz confessa que estava convencido de que cumprirá seu dever de homem e de juiz “estou convencido de que trabalhei, tecnicamente, com os argumentos jurídicos, como melhor não teria sido”. Afirma também sentir medo do que poderá acontecer ao acusado (SCIASCIA, 1987, p. 84).

Procurador lhe afirma que sabe exatamente o que ocorrerá,

“o Superior Tribunal vai anular a sua sentença, confiará o processo as Tribunal de Recursos de Agrigento, onde há um

presidente que, fico ate constringido ao admiti-lo, tem uma certa afeição pela pena de morte. Há também, em Agrigento, um advogado socialista [...] um bom advogado e, não preciso dizer, apontado por todos como antifascista. Este advogado irá certamente assumir a defesa do acusado: que é justamente o que eles querem para demonstrar que existe, no processo, uma contraposição entre o fascismo que esmaga esqualidamente os crimes bestiais eo o antifascismo que esqualidamente os defende; o que não podemos esquecer, acabará tendo um efeito secundário e retroativo sobre o senhor, sobre sua sentença. Concluindo: haverá sentença de morte, o acusado será fuzilado” (SCIASCIA, 1987, p. 84).

Ao final da conversa o juiz concorda que para ele a defesa de um princípio contou mais que a vida do acusado, afirmando ter salvado sua alma, os jurados as deles, imaginando o que aconteceria se todos os juízes fizessem a mesma coisa, o procurador afirma que isso não irá acontecer, o pequeno juiz afirma saber disso e esse ser o seu medo.

#### 4 GARANTISMO A PARTIR DA DECISÃO DO PEQUENO JUIZ

Neste seção, analisaremos o processo jurídico a partir do Direito na Literatura, estudando a forma como foi representada a figura do juiz na obra literária *Portas abertas*. No texto de Sciascia é possível identificar um “juiz garantista” – de nítida inspiração iluminista. Um juiz que está consciente de sua função de zelar pelas garantias fundamentais independente da pressão política e de eventuais maiorias.

Mas o que isto significa, de fato?

Como se sabe, a teoria geral garantista possui nítida influencia iluminista, uma vez que busca contrapor o poder arbitrário à razão. O sistema *garantista* busca, portanto, restringir os limites punitivos do Estado de Direito em nome da liberdade do cidadão. Tais limites buscam coibir a violação dos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos.

Segundo Cademartori,

“Uma organização jurídica pode-se dizer garantista quando inclui estruturas e institutos aptos a sustentar, oferecer reparo, defesa e tutela das liberdades individuais e aos direitos sociais e coletivos. Um operador jurídico dir-se-á garantista quando dedica a sua atividade a aumentar o

número ou a eficácia das estruturas e instrumentos oferecidos pelo sistema jurídico para tutelar ou promover aquelas liberdades e aqueles direitos” (CADEMARTORI, 1999).

Cabendo ao Direito Penal e ao Processo Penal tutelar tais direitos e garantias, inseridas nos princípios constitucionais. Neste sentido Lopes Júnior (2011) destaca que o Processo Penal seria utilizado, de certa forma, como um meio de limitação do poder de punir, atuando com dupla função, tornando “viável a aplicação da pena, e de outro, servindo como efetivo instrumento de garantias dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado.” Sendo assim, o processo penal deve garantir a plena efetividade dos direitos individuais previstos em nosso ordenamento jurídico (MORAIS D A ROSA, 2011).

O magistrado possui a função de garantir a eficácia dos direitos e das garantias fundamentais do acusado no processo penal, expressas nos seguintes princípios: acusatório, jurisdicionalidade, contraditório e inocência.

O princípio acusatório é considerado pela doutrina garantista porque requer que o modelo de persecução penal reclame um juiz imparcial, procurando estabelecer uma estrita cisão nas funções de julgar e acusar. Para tanto, Ferrajoli (2006) afirma que

A separação rígida entre o juiz e a acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento, o mesmo não se pode dizer de outros elementos que, pertencendo historicamente também à tradição do processo acusatório, não são logicamente essenciais ao seu modelo teórico: como a discricionariedade da ação penal, a elegibilidade do juiz, a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo, a exclusão da motivação dos julgamentos do jurado dentre outros. (FERRAJOLI, 2006).

É possível entender que o princípio acusatório requer outras posturas, também compreendidas como princípios da teoria garantista. Assim, quando se fala num modelo acusatório seria necessário prestar atenção à publicidade, devido processo legal, motivação das decisões judiciais e oralidade.

Observando-se a doutrina Ferrajoli, destaque especial poderia ser dado à publicidade, devendo ser compreendida como a garantia das garantias. Isto porque:

Somente se a instrução probatória se desenvolver em público e, portanto de forma oral e concentrada, e se ademais for conforme ao rito voltado a tal fim predisposto, e enfim a decisão for vinculada de modo a dar conta de todos os eventos processuais além das provas e contraprovas que a motivam, pode-se ter de fato uma relativa certeza de que tenha sido satisfeitas garantias (FERRAJOLI, 2006, p.567).

Em nosso ordenamento jurídico o processo terá publicidade interna (entre as partes) e externa (para o público em geral), entretanto, se necessário, poderá o processo ser sigiloso, tal princípio está previsto no artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

O princípio da jurisdicionalidade, por sua vez, implicaria na necessidade do devido processo penal para que haja sentença, o magistrado terá a função de zelar pela eficácia das garantias fundamentais do acusado.

Quanto ao contraditório, também compreendido como direito de defesa, estaria no direito que o acusado possui de se manifestar sobre qualquer prova que fosse produzida contra ele. Assim, seria obrigatório oferecer a possibilidade de conhecimento e manifestação do acusado sobre as provas produzidas para sua condenação. Nesse sentido, Ferrajoli afirma que:

a defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consiste precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas. (FERRAJOLI, 2006)

Pode-se entender que o princípio garantista do contraditório estaria está previsto em nosso ordenamento jurídico no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Sendo assim, o contraditório nada mais é do que o direito a ser informado e ter conhecimento completo da acusação e de todos os atos processuais para poder defender-se. Contraditório, também, implica na possibilidade de ambas as partes terem as mesmas possibilidades de produção de provas e contraprovas.

Outro pilar do modelo garantista seria a presunção de inocência. Ela decorreria da necessidade de proteger o cidadão do poder punitivo do Estado que presumia culpado e determinava culpado o acusado. A presunção de inocência encontra-se disciplinada na Declaração Universal do Homem e do cidadão, em seu artigo 9º, com a seguinte redação: “Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei”.

Em nosso ordenamento também se encontra disciplinado no artigo 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Sobre este princípio, Ferrajoli (2006) refere que a culpa, e a não inocência, deve ser demonstrada; porque é a inocência, e não a culpa, que se presume desde o princípio. O jurista italiano considera a prisão cautelar como uma forma de pena antecipada, defendendo sua exclusão do ordenamento jurídico

Segundo Ferrajoli, o modelo de juiz garantista deveria reunir algumas características que já haviam sido enumeradas por Hobbes, sendo elas:

Um justo entendimento da lei principal da natureza chamada equidade, que depende não da leitura de escritos de outro homens mas da bondade da própria razão natural e da própria meditação. O desprezo por inúteis opulências e promoções. Ser capaz de julgar, de se desvencilhar de todo o temor fúria, ódio, amor e compaixão (FERRAJOLI, 2006, p.531).

Ferrajoli (2006) qualifica outra qualidade do juiz garantista: a sua imparcialidade. Nesse sentido:

O juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma outra solução da controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é



verdadeira qual delas é falsa. Ao mesmo tempo ele não deve ser sujeito “representativo”, não devendo nenhum interesse ou desejo – nem mesmo da maioria ou da totalidade dos cidadãos – condicionar seu julgamento que está unicamente em tutela dos direitos subjetivos dos lesado, [...] o juiz julga em nome do povo, mas não da maioria, em tutela das liberdades também das minorias (FERRAJOLI, 2006, p. 534).

Outra exigência do modelo garantista ao juiz, seria a sua *equidistância*, ou seja, a necessidade dele se manter afastamento das partes. Portanto, “esse distanciamento do juiz relativamente aos escopos perseguidos pelas partes deve ser tanto pessoal como institucional”. (FERRAJOLI, 2006, p.535). Nesse sentido, o autor acrescenta que o juiz garantista deve possuir *independência* ao sistema político e em geral e a todo sistema de poderes:

A independência do juiz de todos os outros poderes, [...] se a legitimidade do juízo se funda na verdade processual, cuja decisão depende da determinação semântica das leis e, portanto, dos vínculos estritamente legais da jurisdição, é claro que ela exige a independência do juiz tanto quanto ser distanciamento, em garantia da imparcialidade e, portanto, da igualdade dos cidadãos (FERRAJOLI, 2006, p.538)

Diante das características do garantismo, analisar-se-á a conduta do pequeno juiz com maior clareza. Um dos temas abordado no desenrolar do processo é o descaso do defensor de confiança (advogado) do acusado. Isto porque teria o defensor deixado de alegar a “suspeita legítima”.

Na ordem jurídica brasileira existe uma categoria parecida, conhecida como “desaforamento”. Tem direito ao desaforamento o acusado que colocar em dúvida a imparcialidade do júri – sejam por motivos de interesse social ou pessoal, permitindo que o acusado venha a ser julgado por outro corpo de jurados imparciais.

Outro problema verificado na atuação do defensor seria a sua incompetência funcional ao deixar de solicitar a realização de prova pericial-psiquiátrica do acusado. Essa prova poderia ser utilizada em favor do acusado, o que implicaria na sua indispensabilidade junto ao procedimento processual penal.

Apontado esses dois vícios na defesa do acusado, seria imperioso reconhecer que não teria ocorrido uma boa defesa. Esse é o grande dilema. Para o pequeno juiz, pensado como um juiz que presa pelas garantias do acusado, não se poderia pensar numa defesa mínima ao acusado sem esses dois elementos mínimos a serem também considerados no processo. Inclusive, eles são considerados óbvios a qualquer tipo de defesa.

Na visão do pequeno juiz, haveria, ainda, outro ponto polêmico do processo. A questão seria sobre a aplicação da pena de morte. Sobre o assunto, o texto procura apresentar esse tipo de punição vinculado ao regime fascista. Assim, Sciascia descreve que:

Assim sendo, depois de mais ou menos quarenta anos, a pena de morte tinha voltado a aparecer na lei italiana: para a defesa do Estado fascista; e chegaram a sentenciá-la a quem tinha a intenção, apenas a intenção, de atentar contra a vida de Mussolini. Em seguida ela havia sido aplicada até abranger os mais graves crimes: mas continuava guardando aquela marca (SCIASCIA, 1987).

Na verdade, o livro marca o posicionamento de Sciascia contra a pena de morte. Assim, o pequeno juiz defendia de maneira veemente a impossibilidade de aplicação da pena de morte, dissociando tal medida punitiva a qualquer tipo de correspondência à vontade da lei. Registre-se, todavia, que a história contada no livro se desenvolve na década de 30, no período fascista, momento em que a pena de morte teria sido restaurada como forma de garantir a ordem pública. Sobre o assunto, Bobbio refere que:

O debate já hoje secular sobre a pena de morte refere-se à questão de saber se é moral e/ou juridicamente lícito, por parte do Estado, matar para punir, ainda que respeitando todas as garantias processuais próprias do Estado de direito; em outras palavras, de saber se o direito que tem o Estado de punir, o qual em geral não é contestado, vai até o direito de infligir uma condenação à morte, ainda que nas formas de um processo legal. (BOBBIO, 1992, p. 180)

É possível considerar, assim, que para o pequeno juiz de *Portas Abertas* a aplicação da pena de morte ao acusado não poderia ser admitida, eis que, embora prevista pela legislação, deveria ser considerada como uma pena desmedida. Cabe consignar, contudo, que a pena de morte foi abolida na Itália somente em 1948.

Diante de todas as observações realizadas pelo pequeno juiz no decorrer da leitura e, sobretudo, em razão de sua decisão absolutória ao final do processo, não é forçoso afirmar que ao juiz de Sciascia pode ser atribuído o adjetivo *garantista*, especialmente em face da posição de vanguarda por assumida em relação aos direitos e garantias individuais durante a vigência de um regime totalitário. Trata-se, em suma, de um personagem que deve servir de modelo para a construção de uma magistratura mais democrática e compatível com o paradigma do Estado Constitucional.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito é encontrado na Literatura, demonstrou-se isso, no presente ensaio, a partir da obra *Portas Abertas* de Leonardo Sciascia em que a postura mostrada pelo pequeno juiz acaba indicando, juntamente com o momento temporal da produção artística, uma transformação paradigmática na concepção do Direito.

Isto porque, de certo modo, a obra retrata um “juiz garantista”, de nítida inspiração iluminista, que legitima sua decisão a partir dos preceitos fundamentais, zelando pelas garantias do processo. Tal postura evidencia, sem dúvida nenhuma, que o pequeno juiz é, na verdade, um “grande juiz”, visto que consciente de sua difícil função de preservar as garantias independentemente da pressão política exercida por eventuais maiorias.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Garantismo jurídico e controle de*

*constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; NETO, Alfredo Copetti. *Direito & Literatura: reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.