

Temas em Debate

A REFORMA DO JUDICIÁRIO

A CORRUPÇÃO DOS JUÍZES

JORGE F. MALEM SEÑA

É fato amplamente aceito que um direito desenvolvido se caracteriza, entre outras coisas, por conter regras de adjudicação que estabelecem quais órgãos e sob que condições se determina, de forma revestida de autoridade, quando há violação de uma norma e se cabe, ou não, como consequência, impor determinada sanção ao infrator. Neste sentido, os juízes constituiriam elemento necessário a uma ordem jurídica moderna.¹

Quem tenha exercido o papel de juiz, como exerceu e em que circunstâncias o fez, dependeu certamente de condições históricas. Antes do advento da ordem democrática, os juízes dependiam diretamente do governante e distribuíam justiça por delegação. A potestade jurisdicional estava no governante, encarnação do Estado, o qual com frequência a exercia pessoalmente. Mas na Idade Moderna, com o aumento das competências do Estado e diante das novas necessidades impostas pela ordem social tem início uma rápida burocratização dos órgãos jurisdicionais.

Neste contexto, não era rara a venda de cargos judiciais, e o recebimento, pelos juízes, de dádivas e compensações ou a uti-

lização do aparato judicial como poderoso mecanismo político nas lutas pelo poder. Por isso não é de estranhar que o pensamento ilustrado e os impulsos democratizadores observassem com preocupação aqueles que decidiam sobre as vidas e bens das pessoas. Supunha-se que eles teriam direitos inalienáveis e que havia que desenvolver um desenho institucional equilibrado que garantisse o desfrute desses tais direitos. Com esse objetivo propugnou-se pelo que, tradicionalmente, se considerava a separação de poderes, dando-se aos juízes papel muito específico.

O que se pretendia era substituir o governo dos homens pelo império da lei. No dizer de Modesto Saavedra, a legitimidade judicial é legitimidade instrumental e a organização e funcionamento do aparato judicial foram pensados para realizar uma *aplicación objetiva y cierta de la ley, para asegurar la imparcialidad y neutralidad del juez, para privarle de todo margen de discrecionalidad, y para evitar las influencias políticas e impedir los abusos de poder en el ejercicio de su función.*²

Naturalmente, tanto os órgãos como as próprias funções de cada um dos três ramos

1. Cf. H. Hart, *El concepto de derecho*. Tradução espanhola de Genaro Carrió. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.

2. Cf. Modesto Saavedra López, *La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley — Jueces para la democracia*, v. 18, n. 1, 1993.

em que foi concebido o poder estatal nem sempre têm sido apresentados da mesma forma, nem adquiriram uniformidade na sua manifestação empírica. A própria expressão "separação de poderes" é ambígua. Na teoria política tem sido utilizada para fazer referência a tantas e tão diferentes questões que levou G. Marshall a propor a inutilidade de seu uso e, inclusive, sua supressão.³

No que se segue, analisarei unicamente certos aspectos vinculados àqueles tradicionais à idéia de separação de poderes. O da independência e imparcialidade dos juízes. Dedicarei minha atenção, inicialmente, ao problema da corrupção dos juízes, para, finalmente, concluir com o dos efeitos da corrupção no poder Judiciário.

Se a expressão "separação de poderes" é elusiva, a "independência e imparcialidade dos juízes" não o é menos. Apesar disso, é facilmente reconhecível que tem sentido falar da segunda sob condição de existência da primeira. Em geral o termo "independência" é usado para indicar a relação do poder Judiciário com outros organismos estatais e com o público em geral. E as constituições democráticas costumam estabelecer essa independência contendo cláusulas que a garantam.

A independência dos juízes no exercício das funções que lhes tenham sido atribuídas, e a ausência de todo tipo de interferências no momento de exercer a postestade jurisdicional, têm sido considerados como uma das pedras de toque de um Estado democrático de direito. A questão é, agora, saber de quem hão de ser independentes os juízes que compõem o poder Judiciário. É usual postular que devem ser livres da interferência dos demais poderes do Estado. Tratar-se-ia, aqui, de assegurar uma independência externa ou, como a qualificou Owen Fiss, de alcançar uma "insularidade política".⁴

Também os juízes devem ficar fora do controle dos demais integrantes do poder Judiciário. Trata-se de chegar à independência interna ou de proteger a "autonomia individual" do juiz.⁵ Apesar de as instâncias superiores poderem invalidar decisões dos tribunais inferiores por meio da resolução dos diferentes recursos de revisão existentes no sistema jurídico, devem abster-se de fixar diretivas, impor critérios ou condicionar de qualquer modo as decisões daqueles.

Finalmente, o juiz deve manter-se à margem dos interesses das partes no processo em que lhe cabe conhecer e manter atitude de completa indiferença em face do objeto do litígio. Deve afastar-se dos interesses em jogo e decidir objetivamente. "Esse aspecto da independência está enraizado na idéia de imparcialidade e é intransigente em sua observância: quanto mais distante das partes, melhor".⁶ Todo o sistema de abstenções e recusas está voltado para zelar pela garantia da imparcialidade.

Ora bem, as três formas de independência judicial podem solapar-se segundo o processo de que se trate e, com certeza, seu gozo dependerá de situações históricas concretas. Nesse sentido, a independência judicial é sempre relativa. É relativa, em primeiro lugar, ao próprio esquema de um Estado democrático de tomada de decisões. A função dos juízes não consiste em ditar normas gerais, mas dirimir conflitos conforme convenha ao direito. Porém, de outra parte, os juízes têm que decidir, com certa frequência, conflitos não individuais, seja porque os legisladores assim previram, seja porque, ao aplicar a Constituição, devem interpretar cláusulas de textura muito aberta que afetam direitos fundamentais.

American Law Review, v. 25, n. 1, 1993, pp. 59-60.

5. A expressão "autonomia individual" para fazer referência à independência interna é de Owen Fiss, *ibidem*, p. 58.

6. *Ibidem*, p. 58.

3. Cf. G. Marshall, *Teoria constitucional*. Tradução castelhana R. Garcia Cotarelo. Madrid, Espasa-Calpe, 1982, p. 164.

4. Cf. Owen Fiss, "The Limits of Judicial Independence", *The University of Miami Inter-*

Isto faz com que sua insularidade política fique limitada. Em segundo lugar, os tribunais não operam no vazio social. Existe uma série de fatores exógenos, políticos, econômicos e sociais, que têm impacto diverso também sobre sua insularidade política.⁷ Nesse sentido, a independência judicial se refere ao núcleo da função e não a seus aspectos marginais. E, por outro lado, ter independência em um sentido não implica que se a tenha nos outros. Um conjunto de juízes muito próximos ideologicamente do governo ou inclusive gratos por suas nomeações podem desfrutar de grande independência externa formal, mas, porém, de modo algum, são imparciais. Pode-se inclusive ser imparcial com relação aos interesses em litígio e decidir segundo os Tribunais superiores para assim favorecer à própria promoção profissional. A burocratização do aparato judicial afeta negativamente a independência interna ou a autonomia individual de um juiz. Um juiz cujas decisões sejam em boa parte reformadas tem reduzidas possibilidades de ascender.⁸

Mas, o importante aqui, é como a corrupção afeta a independência judicial em qualquer dos três sentidos mencionados. A corrupção dos juízes não é tema novo nem alheio à cultura jurídica. De fato, historicamente, houve forte resistência teórica para limitar o uso do termo “suborno” unicamente aos juízes.⁹ E é até frequente encontrar ao longo da história escândalos jurídico-políticos cujos centros de atenção recaem sobre juízes venais.

Por atos de corrupção — judicial ou de outro tipo — entenderei aqui os que reúnem as seguintes características.¹⁰

7. Cf. Christoph Larkins, “Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis”, *The American Journal of Comparative Law*, v. XLIV, n. 4, 1996, pp. 614 e ss.

8. Isto dependerá, por certo, da flexibilidade das práticas e regras que regem a promoção dos juízes na carreira.

9. Cf. John Noonan Jr., *Bribes*, Nova Iorque, Macmillan Pub. Co., 1984, p. XX.

10. Para desenvolvimento detalhado da definição de corrupção aqui proposta, cf. Jorge F. Malem

1. Um ato de corrupção implica a violação de um dever posicional. Quem se corrompe transgredir algumas regras que disciplinam o cargo que ostenta ou a função que exerce. Quem se corrompe manifesta, nesse sentido, claro sentimento de deslealdade frente à regra violada.

2. Para que exista um ato de corrupção, portanto, deve haver um sistema normativo que lhe sirva de referência. A noção de corrupção é parasitária de um sistema normativo.

3. Um ato de corrupção nem sempre contém uma ação antijurídica. Que o ato de corrupção seja legal ou ilegal dependerá, com certeza, do tratamento que o sistema jurídico ofereça às regras do sistema normativo de referência. De outro lado, às vezes, se suborna um funcionário não para que tome uma decisão contrária ao direito, mas para que cumpra uma obrigação legal. Neste caso, pode-se falar em feito impróprio.

4. Os atos de corrupção tendem a ser secretos, ou ao menos se realizam em quadro de discreção. A noção de discreção se liga aqui a certo intento de ocultar a ação de que se trata. A corrupção, por implicar atitude de deslealdade, tem carga negativa e, portanto, tende a ser subtraída do público.

5. Os atos de corrupção estão sempre vinculados à obtenção de benefício extraposicional. Não é necessário que haja um ganho de caráter financeiro, pode ser profissional, sexual, etc., e também não é necessário que a contraprestação esteja perfeitamente determinada. Um corruptor inteligente pode deixar aberta a ação exigível da contraparte para data futura.

Pode-se definir atos de corrupção, então, como aqueles que constituem a violação de dever posicional, realizada em quadro discricionário, com o objetivo de obter benefício extraposicional.

Diversas são as classificações propostas para os atos de corrupção. Não me dedicarei à análise de todas, tarefa tão infru-

tífera quanto esgotante. Mas, em troca, prestarei atenção a certa tipologia que poderá ser relevante para a análise da corrupção dos juízes.

Em primeiro lugar, a corrupção pode ser política ou de outro tipo (em geral, embora não exclusivamente econômica). Há corrupção política quando se viola um dever posicional de caráter político ou atendendo a interesses políticos. Neste caso não se põe a tônica no personagem, mas na ação e sua motivação. Um político que assedia sexualmente sua secretária não comete um ato de incorreção política *estricto sensu*, prática, porém, em todo caso, uma ilegalidade jurídica e, sempre, uma incorreção moral; quem ordena a liberação de verba por ter recebido uma contraprestação monetária pratica ato de corrupção não política. Porém, um juiz que decida um litígio atendendo a pressões governamentais em troca de favorecimento em sua posição, por vingança ou pela promessa de vantagens futuras na divisão de cargos públicos, corrompe-se politicamente.

Em segundo lugar, em algumas formas de corrupção é suficiente a presença de um único agente, enquanto que em outras é necessária a existência de dois ou mais agentes. Estes dois tipos de corrupção — individual e pluripessoal — podem ser praticados por um juiz. Exemplo do primeiro tipo seria o peculato por distração, isto é, aquele em que existe a apropriação de fundos públicos para benefício privado. Outro é o uso de informação privilegiada obtida em diligências processuais submetidas ao relator. Os dois exemplos mais típicos de corrupção pluripessoal são o suborno e a extorção. Em ambos os casos corruptor e corrompido estão perfeitamente identificados ou são identificáveis. E, mesmo que haja alguma dificuldade empírica em determinar se certo fato constitui suborno ou extorção, é certo que o primeiro se aperfeiçoa por acordo. Quem paga, trata de influenciar o subornado para que atue em seu benefício. Para que o subornado lhe ofereça tratamento igual ou melhor do que seria

equitativo ou legal. A reciprocidade é, nesse sentido, elemento essencial do suborno. As duas partes — subornante e subornado — são culpadas no ato de subornar. Um ato extorsivo é, em geral, a busca ou a captação de benefício que se persegue sob ameaça de dar ao pagador tratamento pior do que seria equitativo, ou de piorar sua situação. Quem recebe o pagamento é o extorsionista, quem paga a vítima.¹¹ A relação que há na extorsão é entre vítima e agressor, no suborno não é assim. Se no suborno a situação é contratual, na extorsão se assemelha ao que Hart denomina “situação do assaltante”. A posição do juiz no processo o torna passível de ser sujeito ativo e passivo tanto de um suborno quanto de uma extorsão.

Mas dado que, por exemplo, na Espanha, desde 1822, data em que foi aprovado o Código Penal e 1978, data de entrada em vigor da Constituição, apenas três juízes da carreira judicial foram condenados pelo Supremo Tribunal, dois por prevaricação e um por malversação de fundos públicos,¹² poder-se-ia pensar que falar em corrupção dos juízes não deixa de ser mero exercício acadêmico, sem nenhum substrato real. Os juízes seriam uma ilha de cordura, honestidade e último bastião dos direitos da parte no processo.

Naturalmente, quem afirma que os juízes constituem, em algum momento histórico, um conjunto corrupto deve prová-lo.

11. Cf. Michael Phillips, *Bribes, Ethics*, v. 94, julho 1984, p. 630.

12. STS 20.2.06; STS 8.7.17; STS 15.3.49; cf. J. Montero Aroca, *Independencia y responsabilidad del juez*. Madrid, Civitas, 1990, pp. 111-2. Montero Aroca nota que este exíguo número faz referência unicamente a sentenças condenatórias do Supremo Tribunal, e que poderia haver mais alguns outros sem que se leve em consideração a jurisprudência das diversas Instâncias. Mas, ao mesmo tempo adverte que o possível incremento de casos ainda que possível é pouco provável. É verdade que a partir da última data referenciada no texto principal tem havido casos de mais juízes condenados por prestar-se a práticas corruptas, mas isso não afeta substancialmente o seu número limitado.

Não é a intenção deste trabalho apresentar os resultados de uma indagação empírica a respeito. Mas sim, me interessa, mostrar quais são as possibilidades que tem um juiz de corromper-se, quais são os incentivos que tem para fazê-lo e que conseqüências ocasiona para o sistema jurídico um comportamento desse tipo.

Segundo uma bem conhecida equação de Robert Klitgaard¹³ *Corrupção = Monopólio + Discricionariedade - Responsabilidade*. Naturalmente, as condições expostas nesta fórmula não devem ser entendidas com condições necessárias ou suficientes para que se produzam atos de corrupção, mas sim como geradoras de um marco que oferece fortes incentivos para a corrupção. Se esta hipótese for aceita, e se demonstra que os juízes satisfazem todas as suas propriedades, haverá que concluir-se que, em sua prática profissional, têm muitos incentivos e possibilidades para comprometer-se em atividades corruptas.

Com relação ao monopólio. Um dos postulados que se costuma aduzir nas teses clássicas da separação de poderes é o quase monopólio da potestade jurisdicional que têm os integrantes do poder Judiciário. De ter o quase monopólio da potestade jurisdicional outorga a juízes e magistrados importantes prerrogativas e grande poder. Com efeito, eles têm a faculdade de dirimir os conflitos que conhecem e de fazer executar suas decisões, ainda que contra a oposição dos atingidos por meio do uso de força estatal. Esse quase monopólio jurisdicional se manifesta tanto na exclusividade quanto na unidade jurisdicional. O princípio de exclusividade significa que todo possível conflito que surja na vida social tem a possibilidade de ser apresentado perante os tribunais, e exige que estes decidam segundo a lei. Naturalmente, a exclusividade se manifesta nas fases declaratórias do processo e nas instâncias executórias. A

unidade jurisdicional, de outro lado, implica em que a competência para resolver as controvérsias jurídicas recaia sobre um único corpo de juízes e magistrados. E, ademais, a faculdade para estabelecer a coisa julgada lhes cabe com exclusividade.¹⁴

Este quase monopólio tem sido tradicionalmente apresentado como garantia para as partes em conflito. Assim, é comum afirmar que o poder judicial é a última instância de salvaguarda dos direitos. "Diante do aparato do Estado, a Administração da Justiça é o refúgio do cidadão, e, quanto mais oprimido se veja, mais a sociedade aumenta e tolera a figura do juiz. O juiz oferece proteção e por isso obtém poder."¹⁵

Mas este quase monopólio da potestade jurisdicional também tem conseqüências negativas. A concentração de competências tão amplas gera o controle da oferta das últimas instâncias de solução de conflitos. Um juiz de instrução (primeira instância no Brasil), por exemplo, pode oferecer a um importante narcotraficante detido acusado de introduzir toneladas de drogas no país, um ato de liberdade provisória sob fiança e assim possibilitar-lhe se evada da ação da justiça. É óbvio que o detido pode ou não aceitar. Mas é importante assinalar que o juiz ofertante cria sua própria demanda. E que sua força monopolista o faz ocupar uma posição privilegiada na negociação do intercâmbio corruptor. Ao revés, suponha-se agora que é o detido que requer ao juiz seja posto em liberdade em troca de uma elevada soma de dinheiro, aqui a demanda cria uma oferta que só o juiz pode satisfazer, o que o coloca novamente em posição de privilégio.

Como já me manifestei repetidamente, uma vez que o acordo tenha sido con-

14. Para uma análise das conseqüências políticas do monopólio da potestade jurisdicional, cf. Perfecto Andrés Ibañez e Claudio Movilla Alvarez, *El Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1986, especialmente pp. 153 e ss.

15. Cf. Valeriano Hernandez Marín, *Independencia del Juez y desorganización judicial*. Madrid, Civitas, 1991, p. 64.

13. Cf. Robert Klitgaard, *Controlando la corrupción*, tradução castelhana E. Sierra Ochoa. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1994, p. 85.

cluído pode ser empiricamente difícil reconhecer quem corrompeu a quem, se se está diante de um suborno ou de uma extorsão.¹⁶ Por outro lado, em muitas atividades, uma única pessoa pode produzir ou operar eficientemente, dada a magnitude do mercado e a reduzida escala na qual deve operar a produção. O mesmo sucede no caso estatal, com uma burocracia hierarquicamente estruturada e onde apenas uma instância é a que toma a decisão pertinente. O pagamento pelos serviços do juiz pode ser considerado um tipo de renda de seu poder de monopolista.¹⁷ É importante assinalar, ademais, que uma vez que tenha formalizado o primeiro acordo, abrem-se novas possibilidades para que este tipo de intercâmbio se reproduza no futuro. Os amigos do narcotraficante solicitarão do juiz iguais serviços e ele verá no acioná-los um meio para aumentar seus benefícios. Terá sido criado, pois, um mercado de corrupção que tenderá à expansão.

Mas a expansão não se produzirá apenas nesse sentido. Suponha-se que o órgão jurisdicional seja colegiado e que um de seus membros necessite do concurso de outro para alcançar os fins perseguidos. Ou que se deva assegurar o resultado final por intermédio da participação do juiz que intervirá dada a possibilidade de eventual recurso. Em casos como estes, de aventura compartilhada, o efeito expansivo da corrupção é manifesto.¹⁸

Ademais, quando o mercado é completamente ilegal, como é o das drogas, os pagamentos potenciais aos funcionários públicos pela proteção de uma posição no mercado negro — se for monopolista melhor — são enormes. Quando o poder para

outorgar estes serviços se concentra em poucas mãos, o pagamento por comprometer-se em atividades corruptas é extremamente elevado. Os juízes, por exemplo, têm controle quase monopolista sobre a solução desses tipos de casos que lhes cabe conhecer e, portanto, o pagamento por atos de corrupção judicial pode ser substancial.¹⁹

Freqüentemente costuma-se assinalar que este quase monopólio do poder jurisdicional que ostenta o poder judicial não pode predicar-se de cada um dos seus integrantes. Não só vigoraria o princípio do juiz natural predeterminado pela lei, o que faz com que o juiz tenha poucas possibilidades de apossar-se de causas de seu interesse que facilitem uma prática corrupta por força do sistema de turnos, mas, também, porque podem existir até três ou quatro instâncias julgadoras diferentes às quais se chega por via de recursos ordinários e extraordinários. O poder judicial teria um quase monopólio da função de julgar e de fazer executar o julgado, mas seus membros cumpririam essa função em graus diferentes, fato que diminuiria notavelmente seu poder e, por certo, sua capacidade para oferecer acordos corruptos. É verdade que as regras que estabelecem o critério do juiz natural e a presença de diversos recursos dificultam a existência de uma oferta monopolista por parte de cada um dos juízes e magistrados antes que lhes seja atribuída uma causa, porém não a impossibilitam. Primeiro, porque é uma prática habitual que os advogados esperem que o julgamento seja presidido por um juiz para que apresentem suas demandas. Segundo, porque em inúmeras ocasiões o juiz de primeira instância aparece como instância única, sobretudo no que tem relação com fatos que servirão de base para a sentença e que não poderão ser revistos em apelação. Por ter o

16. Para analisar as dificuldades de distinguir empiricamente casos de suborno e de extorsão, cf. Jorge F. Malem Seña, *El fenómeno de la corrupción*, ob. cit., especialmente pp. 80-81

17. Cf. Harenda K. Dey, "The Genesis and Spread of Economic Corruption: A Microtheoretic Interpretation", *World Development*, v. 17, n. 4, 1989, pp. 504 e ss.

18. *Ibidem*, p. 507.

19. Cft. Bruce Benson, "Corruption in Law Enforcement: One Consequence of 'The Tragedy of the Commons' Arising with Public Allocation Processes", *International Review of Law and Economics*, v. 8, 1988, p. 79

monopólio sobre a determinação do fato judicial, o juiz de primeira instância limita, certamente, o conjunto de normas aplicáveis ao caso e, por isso, reduz o âmbito de discussão do tribunal superior conservando, em certa medida, o controle das possíveis soluções alternativas. Terceiro, em certas circunstâncias os tribunais superiores se avocam o direito ao conhecimento da causa do procedimento *per saltum*, reservando-se o monopólio de julgar. Por outro lado, a existência de recursos pode ser ineficaz para evitar uma oferta monopolista da potestade jurisdicional. Se um juiz instrutor decreta a liberdade condicional, e o processado foge da ação da justiça, de nada serve que sua decisão possa ser revogada pela instância superior. O pacto de corrupção teria alcançado, já, todos seus objetivos. Naturalmente a validade destas considerações dependerá das facilidades que o sistema jurídico oferece a respeito.

Mas, os juízes e magistrados não apenas detêm o quase monopólio da potestade jurisdicional, também gozam de uma grande discricionariedade no exercício de suas funções. Essa discricção atua não unicamente nas decisões finais ou últimas, mas, também, em cada passo procedimental. E, por certo, se manifesta tanto em suas ações como em suas omissões. Além disso, a discricção judicial não se limita às escolhas sobre questões substantivas, abarcando todos os métodos seguidos, a aspectos formais e processuais e a outros fatores subsidiários.²⁰

Ora, o termo “discricção” é usado referido a vários contextos diferentes. Em primeiro lugar, diz-se que um órgão tem discricção quando suas decisões não são passíveis de serem controladas ou revisadas por qualquer outro organismo. Discricção aqui é entendida como definitividade. Em segundo lugar, a discricção denota a capacidade que tem quem ocupa determinado cargo

para tomar decisões dentro de um leque de possibilidades legalmente estabelecido.

Fica óbvio que se aceitará alguma destas formas de discricionariedade, conforme o sistema jurídico do qual se trate. Para os fins deste trabalho limitar-me-ei a anotar, de forma um tanto dogmática, que os juízes e magistrados participam, segundo os casos, em todos estes sentidos de discricionariedade e que obtêm seu poder discricionário, fundamentalmente, por delegação legislativa e pelas específicas características da linguagem jurídica. Quando a lei autoriza um juiz a graduar as penas em sentença condenatória outorga-lhe importante poder discricionário. Goza também desse poder quando é avocada a interpretação de normas que são vagas e ambíguas. Neste marco, os tribunais utilizam sua discricionariedade para a determinação jurídica dos casos marginais, quer dizer, dos que se situam em zona de penumbra. Tão pouco carecem de forte discricionariedade sobre os méritos da prova em um sistema de livre convicção sobre a valoração delas.

Se esta forma de caracterizar a discricção for aceita, será impossível sua eliminação em um dado sistema jurídico completo cujas disposições fossem formuladas em linguagem natural e onde, em algum ponto, haveria que terminar com o conflito jurídico. “Nenhum governo tem sido nunca um governo de lei e não de homens no sentido de eliminar todo o poder discricionário. Todo governo tem sido sempre *um governo de leis e de homens*”.²¹ Porém a discricionariedade judicial não aparece unicamente como dado fundamental do mundo jurídico como, também, não são poucos os que valoram positivamente o fato de os juízes a possuírem.

Um sistema de regras sem discricção não permite adequar os resultados legislativos perseguidos aos fatos e circunstâncias de cada caso particular. Desse modo, a discricção poderia ser justificada com base na necessidade de uma justiça individualiza-

20. Cf. Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*. University of Illinois Press, 1969, p. 4.

21. *Ibidem*, p. 17, em cursivas no original. Concorde, pp. 216-217.

da, e se transformar em uma das principais fontes de criatividade no âmbito do jurídico. Por outro lado, a discricionariedade evitaria que os juízes se aproximassem de problemas que lhes cabe conhecer a partir de padrões políticos, sociais e morais vigentes na comunidade.²²

Mas a discricção judicial não gera apenas efeitos positivos, encerra, também, numerosos perigos. Se um juiz dispuser de discricção ampla na aplicação da lei e na função de fixar os méritos dos fatos objeto do processo, poderá, então solucionar um caso de modo e, de maneira diferente, outro caso manifestamente similar. Qualquer pessoa estaria a sua mercê, podendo ser beneficiada ou prejudicada de modo substancialmente desigual. Ademais o exercício marcadamente discricionário na interpretação e aplicação da lei produz falta de certeza acerca de quais sejam as normas do sistema jurídico, solapando sua eficiência e diminuindo sua utilidade.²³ Rompe-se o princípio da igualdade e, ainda que se admita, que não há nenhuma relação necessária entre discricionariedade e arbitrariedade, quanto mais amplos forem os poderes discricionários maior é o perigo de arbitrariedades.

À margem do prejuízo que se pudesse causar no caso concreto pelo uso discricionário da potestade de julgar, produz-se uma espécie de ameaça genérica acerca de seu possível uso futuro sobre a parte em litígio. Sobretudo quando o precedente versa sobre assuntos com conotações políticas ou morais importantes. E, ainda que essa ameaça nunca chegue a materializar-se, exerce influência danosa sobre as pessoas que poderiam considerar-se vítimas potenciais, afetando as práticas sociais de uma sociedade pluralista e aberta.²⁴ Seu efeito conservador é manifesto.

Nesse sentido, a discricção judicial afetaria a certeza e segurança jurídicas próprias de todo sistema jurídico democrático, tornando praticamente impossível a predição dos comportamentos puníveis. E constitui, por certo, terreno fértil para o desenvolvimento de práticas corruptas. Que a discricção favorece à corrupção não é nada novo, já o sabiam os incas, como recorda Ernesto Garzón Valdés, "decían que dando licencia al juez para poder arbitrar, disminuían la majestad de la ley ... y que era hacer venales los jueces y abrirles puerta para que, o por cohechos o por ruegos, pudiesen comprarles la justicia, de donde nacería grandísima confusión en la república, porque cada juez haría lo que quisiese ..."²⁵

Quase monopólio do poder jurisdicional mais discricionariez constituem, pois, um binômio de difícil separação no trabalho de juízes e magistrados que geram amplos incentivos para a realização de práticas corruptas. A responsabilidade dos juízes tem sido apresentada como o reverso desses atributos que lhes imporiam, por sua vez, os limites necessários para evitar o uso arbitrário de seu poder. Uma pessoa ou um organismo é responsável quando tem que "prestar contas", isto é, quando deve explicar e justificar suas ações. Isto é o que está subjacente na exigência de que o juiz deve fundamentar suas decisões; isto é, deve mencionar as considerações de fato e de direito que as fundamentam. Mais, sua responsabilidade seria uma garantia efetiva para o correto funcionamento da administração da justiça e dos direitos do cidadão. Este sentido da responsabilidade ganha maior importância, se isso for possível, em uma democracia, porque, tradicionalmente, como se demonstrou, uma das características de toda a instância democrática é sua responsabilidade.²⁶

bility", *The Hasting Law Journal*, v. 28, janeiro de 1977, pp. 50 e ss.

25. Garcilaso de la Vega, "Comentario reales de los incas", 2 vs., Caracas, Biblioteca Ayacucho, Laporta y S. Alvarez (eds.), *La corrupción política*, ob. cit., pp. 53-54.

26. Naturalmente, a responsabilidade dos juízes não nasce com a democracia nem se limita a seu

22. Ibidem, p. 17.

23. Cf. Peter Ingram, "Procedural Equality", S. Guest e A. Milne (eds.), *Equality and Discrimination: Essays in Freedom and Justice*. Stuttgart, Franz S. Verlag, 1985, p. 47.

24. Cf. Roger Traynor, "Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsa-

Mas a idéia de responsabilidade judicial admite um sentido mais forte ainda, se possível. O juiz deverá sofrer sanções pelo descumprimento de seus deveres. Neste sentido, a responsabilidade dos juízes, dependendo, por certo, de cada sistema jurídico particular, pode ser de caráter civil, penal ou disciplinar. Estas três formas de responsabilidade podem operar disjuntiva ou conjuntamente, segundo o caso de que se trate. Com respeito à responsabilidade civil de juízes e magistrados, ao menos na Espanha, o comentário mais generalizado da doutrina é que ela constitui uma das maiores mentiras da nossa cultura política; e que, apesar de sua existência legislativa, não teve, de fato, nenhum papel, e até se chegou a propor sua supressão.²⁷ E, como mecanismo de ressarcimento de danos, dado que a garantia de ressarcimento é oferecida pelo Estado, adquire importância muito secundária.

Quanto à responsabilidade penal, o juiz deve responder pela possível comissão de uma série de delitos que vão desde o não cumprimento do dever de prestação jurisdicional ao conchavo, passando pela malversação e a prevaricação. Comum à aplicação de todas essas figuras, no contexto de atividade corrupta, é a instrumentalização do cargo para obter benefício para si ou para outrem, exigindo-se, por razões convencionais, o dolo direto. O que nestes casos se tenta proteger não é o dever de probidade dos juízes e magistrados, mas o correto funcionamento da administração da justiça e o respeito ao princípio de imparcialidade ou objetividade.

Mas ainda quando os supostos delitos cometidos pelos juízes pudessem multiplicar-se e receber sanção legislativa sempre

sistema político. Basta recordar, por exemplo, a responsabilidade judicial estabelecida pelo *Fuero Juzgo* ou o *Juicio de Residencia*. Cf., em geral, José Almagro Nosete, *Responsabilidad judicial*, Córdoba, Ediciones El Almendro, 1984, especialmente pp. 13 e ss.

27. Cf. Ignacio Díez-Picazo, *Poder judicial y responsabilidad*. Madrid, La Ley, 1990, pp. 13 e ss.

ficaria pendente o complicado problema da prova. Isto foi objeto de advertência em diferentes sentenças do Supremo Tribunal espanhol, em que se chegou a afirmar que, quanto ao fato cometido por juízes, devido à dificuldade probatória, existe “na prática um efeito muito grave de impunidade ou quase impunidade”.²⁸

A dificuldade da prova explica apenas parcialmente que “um longo período cumprido na justiça federal por juízes extraordinariamente corruptos — durante 25 anos David; 21 anos Johnson; 23 anos Mantón — proclamaram a compatibilidade da honraria pública e do cargo judicial com a prática secreta do suborno. Colegas próximos não haviam visto nada de errado. Os colégios de advogados locais eram tão indiferentes ao problema que não prosseguiram as investigações sobre comportamento, bem documentado, de advogados que haviam garantido o pagamento de subornos em fóruns não judiciais.”²⁹

De outro lado, os advogados, os quais por sua especial tarefa profissional, deveriam estar interessados no controle da atividade jurisdicional, são, freqüentemente, representantes de interesses poderosos e partícipes necessários nos delitos de corrupção. E não é incomum que prefiram tratar de emendar uma sentença ditada com base em prevaricação ou conchavo por meio de recursos pertinentes — se houver — do que embarcar na árdua tarefa de denúncia e prova desses delitos, que pode implicar na animosidade do julgador ou de outros juízes com o consabido prejuízo em causas futuras. A cumplicidade entre juízes e advogados, de outro lado, sempre existiu, foi prática habitual, por exemplo, nos fins do império romano. Amiano Marcelino deixou testemunhos mais que suficientes “de abusos de um sistema judicial que permitia a convivência de juízes e advogados que, de mútuo acordo, se abriam caminho para honrarias e riquezas, vendendo

28. STS, 15 de julho de 1988.

29. Cf. J. Noonan, ob. cit., p. 575.

os interesses dos mais humildes a cortesãos e altos oficiais, e, nos tribunais, em vez de garantir os direitos mediante os devidos processos, se convertiam, facilmente, em instrumentos abusivos de poder".³⁰ Se a responsabilidade civil dos juízes e magistrados é, de fato, mínima, a penal não deixa de ser simbólica.

Quanto às sanções disciplinares por atos de corrupção valem as mesmas observações que se fez a respeito das penas. Mais, para impor sanções disciplinares — se faz referência aqui exclusivamente a supostos de corrupção — costuma-se exigir, como faz o art. 415 da LOPJ, que não se haverá decisão — disciplinar — até que tenha havido sentença ou auto de sobrestamento finais na ação penal, e que, a declaração de fatos, provados em sede penal, vincula a autoridade disciplinar. Se há dificuldades para impor sanções penais por atos de corrupção também as haverá para impor, pelas mesmas razões, sanções disciplinares.

A imposição de sanções por exercício intencionalmente desviado do poder jurisdicional fica debilitada, ademais, por outros fatores importantes. O primeiro deles é o caráter corporativo que tem a organização judicial. A burocratização do aparato judicial foi necessária para a modernização da justiça, mas, gerou, por sua vez, uma rígida estrutura vertical e de solidariedade entre seus membros. Isto faz com que os próprios juízes sejam renitentes em investigar, julgar e condenar, no seu caso, aos seus próprios companheiros. Temem que se o fizerem poderá haver alguma represália profissional sobre eles. E, ademais, temem, também, que, se se tornarem públicos, certos casos de corrupção, a poluição gerada termine contaminando, à luz do respeito dos cidadãos, todo o conjunto. Por essa razão, os escassíssimos juízes corruptos condenados tendem a ser considerados como "ma-

ças podres" em um barril de frutas maduras, embora sãs.

Por certo, a perspectiva da "maça podre" põe em destaque as características pessoais dos agentes corruptos. Trata de explicar porque um indivíduo se corrompe e outro não. E, ao chamar a atenção sobre a culpabilidade individual, deixa a salvo as instituições. Mas esse procedimento, por vezes, implica percorrer o caminho mais fácil. "Aceitar este tipo de explicação é ignorar as perguntas mais difíceis acerca das imperfeições de nossas leis e instituições ou sobre os problemas básicos e as condições dentro de nossa experiência coletiva no governo democrático. O ponto de vista personalista é tipicamente exercício para culpar às pessoas, não para explicar os processos políticos e freqüentemente pouco nos diz acerca dos problemas básicos da corrupção".³¹ E, talvez mais do que respeito de qualquer outro funcionário público, a tese da "maça podre" tenha sido utilizada para justificar, não simplesmente explicar, um sistema judicial com fortes incentivos para a corrupção.

As considerações precedentes valem tanto para a corrupção de tipo econômico quanto política. Quando a corrupção dos juízes é política, tem um significado especial, sobretudo se vinculada ao âmbito da democracia. Haverá corrupção política quando as regras do marco de referência que se viola são as que regem ou determinam o marco político. Acentuar este aspecto é importante porque um ato de corrupção política nem sempre implica ato inconstitucional ou ilegal. Constituição, sistema jurídico e democracia não são termos coextensivos.

Como já se apontou, a democracia funciona como um sistema de controles e contrapesos, um de cujos mecanismos consiste em que as decisões político-administrativas devem submeter-se ao escrutínio do poder Judiciário. Em certas ocasiões, o po-

30. Cf. G. Carrasco Serrano, "Justicia y poder en Amianos Marcelino", *Hispania Antiqua*, v. XVI, 1992, p. 371.

31. Cf. Michael Johnston, *Political Corruption and Public Policy in America*, Monterrey, Califórnia, Brooks/Cole Publ., 1982, p. 13

der Executivo, amparado, em alguns casos, na maioria legislativa, exerce pressão sobre as mais altas instâncias judiciárias ou nomeie diretamente parte de seus membros para o fim de que esse controle se relaxe e possibilite uma atividade política livre de travas que poderiam marcar a ilegalidade ou a inconstitucionalidade. Em troca, oferece vantagens econômicas, políticas ou de qualquer outro tipo — de fato nestas circunstâncias, a designação como juiz ou magistrado constitui, já, um benefício. Isto foi o que aconteceu nos Estados Unidos quando Roosevelt ameaçou à Suprema Corte com a modificação de seu número se não fosse permitida a política do *New Deal* e na Argentina quando Menem ampliou o número de membros da Corte Suprema com o fim de obter poder judicial mais obsequioso com suas necessidades. Em ambos os casos, a ampliação numérica dos membros das Cortes respectivas estava legal e constitucionalmente prevista. Nada obstante, não há dúvida de que se está frente a atos de corrupção política que denota nenhum respeito pelas regras da democracia por aqueles que dele participam. A independência judicial e a imparcialidade ficam comprometidas e se abre a possibilidade certa para a arbitrariedade governamental com cumplicidade judicial. Esta situação poderia chegar a ter efeitos terríveis nos tribunais inferiores, segundo seja a força do precedente dos mais altos magistrados, os tipos de recursos para chegar a eles e o peso que sua opinião tenha sobre o sistema de acessos na carreira burocrática.

O panorama até aqui sucintamente apresentado mostra que estão presentes as condições para que os juízes se corrompam. Possuem o quase monopólio de uma atividade que distribui ônus e benefícios nos casos particulares que competencialmente conhecem e uma ampla discricionariedade ao longo do processo que se manifesta, fundamentalmente, na interpretação da lei e na valoração dos fatos. Se se aceita a fórmula de Klitgaard, só uma forte responsabilidade poderia reduzir os incentivos para sua cor-

rupção, mas a responsabilidade civil, penal ou disciplinar tem tido, seja pela dificuldade da prova, pela dificuldade do processo ou pela conivência de outros operadores jurídicos, um escasso papel na prática. E, ainda que se pudesse estabelecer controles mais rigorosos da atividade jurisdicional, permaneceria em aberto sua compatibilidade com a independência judicial. Como advertiu G. Krause, a proteção diante dos maus juízes corre o perigo de tropeçar com o obstáculo essencial da independência judicial.³²

E a questão se agrava ainda mais se se pensa que os delitos de corrupção judicial são cometidos a partir do Estado e que, diferentemente de outros funcionários e cargos públicos, os juízes têm a última palavra na solução dos conflitos. Isto é, constituem a instância definitiva ou final na interpretação constitucional. E se, ainda mais, se admite que os juízes usam determinados critérios para identificar as normas que vão qualificar os fatos objeto do litígio, dever-se-á aceitar que a corrupção judicial, ao potencializar a falta de certeza e a insegurança que ela contém, introduz forte distorção que provoca patologias no sistema jurídico denunciadas por Hart.

Naturalmente, todo sistema jurídico admite que certo número de decisões judiciais sejam tomadas atendendo a interesses espúrios. Isso não afetará a validade ou a vigência geral das normas jurídicas. Mas existe um limite — ambíguo — tolerável. “É possível, sem dúvida, que escudados nas regras que dão as decisões judiciais autoridade definitiva, os juízes se ponham de acordo para rechaçar as regras existentes e deixem de considerar que as leis do Parlamento, ainda as mais claras, imponham quaisquer limites às suas decisões. Se a maioria dos casos tiver esse caráter e forem aceitos, isso imporá uma transformação do sistema.”³³ Se esse fosse o caso, o

32. Citado por Mercedes Garcia Arán, *La prevaricación judicial*. Madrid, Tecnos, 1990, p. 64.

33. Cf. Herbert Hart, *El concepto de derecho*, ob. cit., p. 181.

potencial destrutivo da corrupção, política ou econômica, teria ficado demonstrado.

Que o esquema institucional ofereça fortes incentivos para que juízes e magistrados se corrompam não implica que eles o façam. A corrupção é, em última instância, um problema moral. E a decisão de corromper-se não constitui mero cálculo ou

exercício prudential, é, fundamentalmente, uma questão de princípios. Por essa razão, "o juiz deve ser mais sábio que engenhoso, mais respeitável que simpático e popular, e mais circunspecto que presunçoso. Mas antes de tudo deve ser íntegro, sendo esta para ele uma virtude principal, e a qualidade própria do seu ofício."³⁴

34. Cf. F. Bacon, *Ensayos sobre moral e política*. Tradução castelhana de A. Rodas Rivas. Buenos Aires, Editorial Lautaro, 1946, p. 257.