

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA

EDUARDO CASTELUCI

Discricionariedade e Instituições Judiciais:
um debate polissêmico
versão corrigida

SÃO PAULO
2017

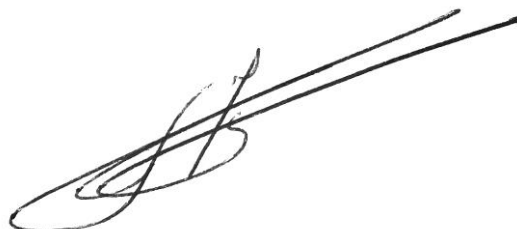
EDUARDO CASTELUCI

**Discricionariedade e Instituições Judiciais:
um debate polissêmico**

versão corrigida

Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-Graduação
em Sociologia da Faculdade de
Filosofia, Letras e Ciências
Humanas da Universidade de
São Paulo para obtenção do
título de Mestre em Sociologia

Orientador: Prof. Dr. Sérgio
Adorno

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'S. Adorno', written in a cursive style with a long horizontal stroke extending to the right.

SÃO PAULO

2017

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo na Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo

C348d Casteluci, Eduardo
 Discricionariiedade e Instituições Judiciais: um
 debate polissêmico / Eduardo Casteluci ; orientador
 Sérgio Adorno. - São Paulo, 2017.
 142 f.

 Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Filosofia,
 Letras e Ciências Humanas da Universidade de São
 Paulo. Departamento de Sociologia. Área de
 concentração: Sociologia.

 1. Discricionariiedade. 2. Justiça criminal. 3.
 Aplicação da lei. 4. Sociologia jurídica. 5. Direito.
 I. Adorno, Sérgio, orient. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: Eduardo Casteluci

Título: Discricionariiedade e Instituições Judiciais: um debate polissêmico

Dissertação apresentada à
Faculdade de Filosofia, Letras e
Ciências Humanas para obtenção do
título de Mestre em Sociologia

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. Sérgio Adorno

Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Oscar Vilhena

Fundação Getúlio Vargas

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Laurindo Minhoto

Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Profa. Dra. Viviane Cubas

Núcleo de Estudos da Violência da USP

Julgamento: _____ Assinatura: _____

A quem caminha
ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

À minha família, à minha companheira e aos meus amigos. Seguimos juntos.

Ao Professor Sérgio Adorno, pela orientação e pelos valorosos conselhos, tão necessários a um jovem e inexperiente pesquisador.

Aos professores e funcionários do PPGS-USP, pelo seu trabalho.

À CAPES, pelo indispensável financiamento da pesquisa.

RESUMO

CASTELUCI, Eduardo (2017). *Discrecionalidade e Instituições Judiciais: um debate polissêmico*. Dissertação (Mestrado em Sociologia). São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

O conceito da discrecionalidade, quando aplicado na compreensão do sistema de justiça criminal e das instituições nele inseridas, tem produzido grande quantidade de debates acadêmicos e institucionais. Em geral, tal ideia é reconhecida enquanto um elemento de tensão no âmbito dos processos de aplicação da lei no moderno Estado Democrático de Direito. Ela tem sido usada, mais especificamente, para designar momentos em que há alguma ruptura ou ruído nos procedimentos racionais e formais do sistema de justiça. Apesar desse sentido mais geral do termo, não é possível obter nas literaturas especializadas, em especial das ciências sociais e das ciências jurídicas, definições precisas, muito menos consensuais, para essa ideia. Notavelmente, foi nos países de língua inglesa em que esse debate alcançou maiores nuances. Ali, a discrecionalidade ora foi considerada um aspecto inerente da forma de se aplicar a lei, podendo produzir justiça ou injustiça. Ora foi entendida como um resquício de formas pré-modernas de administração da justiça, sendo necessária eliminá-la. Ainda, foi definida como um conceito a ser descartado, seja por não conseguir delimitar precisamente o fenômeno que procura descrever, ou por tentar definir algo que na verdade se encontra em outro nível de análise. Já no Brasil não é possível falar em termos de um debate sobre o conceito da discrecionalidade, pois aqui vem se adotando diferentes conceitos para descrever os fenômenos geralmente enquadrados por essa ideia, como arbitrariedade e seletividade. Os objetivos dessa pesquisa, portanto, são realizar uma síntese bibliográfica crítica dos debates nesses dois conjuntos de literatura, subdivididos, por sua vez, de acordo com a matriz disciplinar de cada pesquisa; estabelecer os pontos de contato e de separação entre cada uma delas; e, por fim, indicar os temas que se abrem a partir disso para a melhor compreensão do sistema de justiça criminal brasileiro. Assim, verifica-se, em maior grau, distanciamentos entre os dois grandes grupos de pesquisas em função sobretudo da configuração específica do sistema de justiça

brasileiro, baseado na *civil law*, e de sua doutrina, em comparação com o sistema da *common law*. Mesmo assim, também se argumenta que a incorporação da gramática da discricionariedade, conforme delineada aqui, pode ser produtiva para o avanço da compreensão do sistema de justiça brasileiro. Por fim, indica-se o Ministério Público enquanto objeto privilegiado para a realização dessa tarefa, pois nessa instituição se expressam mais nitidamente as tensões identificadas em ambas literaturas, tanto na sua constituição organizacional, quanto na sua configuração doutrinária. Além disso, afirma-se também que o Ministério Público tem sido palco de um movimento de aproximação com seu correlato da *common law*, o que torna ainda mais produtiva a adoção da gramática da discricionariedade para sua análise.

Palavras-chave: Discricionariedade. Justiça criminal. Aplicação da lei. Sociologia jurídica. Direito.

ABSTRACT

CASTELUCI, Eduardo (2017). *Discretion and Judicial Institutions: a polysemic debate*. Dissertação (Mestrado em Sociologia). São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

Discretion is a key concept to understand the criminal justice system and its institutions. It is also the focus of a large number of academic and institutional controversies. This phenomenon is generally acknowledged as a source of tension to the processes of law enforcement associated with the democratic state governed by the rule of law. More precisely, discretion has been used to describe defective aspects of justice's rational and formal procedures. Despite this general statement, social sciences and law studies are far from asserting an unequivocal definition of discretion. If one looks through researches published in English, he will find numerous differences. Discretion is sometimes described as an intrinsic feature of law enforcement that can equally provide fair or unfair consequences. It is also sometimes described as a residual feature of pre-modern administration of justice that has to be suppressed. Finally, some researches argues that discretion is a concept that must not be used since it cannot precisely describe a single phenomenon. Or because it attempts to describe something that simply do not belong to its level of analysis. Yet, Brazilian researches provide a different scenario. Discretion it is not as often used as in the previous case. The phenomena frequently understood as discretion is more commonly described by concepts such as arbitrariness or selectivity. Henceforth, the objectives of this research are: provide a research synthesis of this controversial field; compare the Brazilian literature to the English literature by means of a critical approach; and, at last, point out the questions arose by such comparison and that can be helpfully used to interrogate Brazilian justice system. Therefore, it will be argued that the different comprehensions found between Brazilian and English studies are due to the specific development and configuration of their justice system, each one being based upon different traditions (common law or civil law). However, it will also be argued that the adoption of the grammar of discretion by Brazilian researchers may result in the advance of the comprehension of its justice system. Finally, it will be pointed out that the *Ministério*

Público (Brazil's public prosecutor's office) is a key institution at which discretion framework can be usefully applied. Especially because this institution clearly express the controversies and tensions previously identified in its organizational and doctrinaire constitution. Finally, it will be argued that the *Ministério Público* is also at the center of a movement towards its approximation with the common law prosecutor's office.

Keywords: Discretion. Criminal justice. Law enforcement. Sociology of law. Legal studies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A DISCRICIONARIEDADE COMO LIBERDADE DE ESCOLHA: A ABORDAGEM JURÍDICA	24
1.1 O DESENVOLVIMENTO DO PARADAGIMA CLÁSSICO	27
1.2 ATUALIZAÇÕES CRÍTICAS DO PARADIGMA CLÁSSICO	52
2. DISCRICIONARIEDADE E CULTURA OCUPACIONAL: A CRÍTICA SOCIOLÓGICA.....	60
3. A ATUALIDADE DO DEBATE NAS ABORDAGENS CONTEMPORÂNEAS	74
4. SELETIVIDADE, ARBITRARIEDADE OU DISCRICIONARIEDADE? O DEBATE ACADÊMICO BRASILEIRO	94
4.1. CIÊNCIAS JURÍDICAS.....	94
4.2. CIÊNCIAS SOCIAIS	100
4.3. O “PROBLEMA” DO MINISTÉRIO PÚBLICO	113
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	127
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	133

INTRODUÇÃO

O conceito de discricionariedade tem sido, ao longo de mais de sessenta anos, utilizado com centralidade nas tentativas científicas de descrever e explicar o processo decisório dos operadores do sistema de justiça criminal (entre eles, juízes, promotores e policiais). Ainda hoje, existe um grande número de pesquisas formuladas e desenvolvidas com o objetivo de aprofundar a compreensão do fenômeno que esse conceito procura descrever. Contudo, nesta dissertação é demonstrado que, a despeito do uso frequente, o conceito não possui uma definição consensual nas literaturas especializadas, especialmente nas ciências jurídicas e sociais. Mais importante, aqui também é exposto que as definições não são consensuais sobretudo porque são, muitas vezes, imprecisas e inconsistentes. Esta dissertação cumpre, portanto, a tarefa de demonstrar tais dificuldades e retirar delas suas implicações para o desenvolvimento científico da área. Dessa forma, deve-se compreender este estudo como situado no entrecruzamento das sociologias jurídica, das instituições de justiça e do conhecimento: ele não se resume à leitura histórica e crítica do conceito em si mesmo; procura também localizar as questões teóricas fundamentais a partir das quais pode se tornar possível o avanço na compreensão do funcionamento das instituições de justiça e do sistema legal.

A compreensão do funcionamento prático da justiça é também o propósito que motiva, em última instância, a reflexão acerca da discricionariedade. Ao longo do desenvolvimento dos estudos sociológicos e legais sobre os resultados obtidos pela justiça institucional, acumularam-se as análises que evidenciavam as discrepâncias entre seu produto concreto e os produtos idealmente elaborados ou intencionados. Via de regra, conforme será abordado em detalhes mais adiante, as explicações para esse descompasso foram encontradas em aspectos externos às próprias instituições de justiça, isto é, nas inter-relações entre a justiça e seus princípios e procedimentos e os valores e práticas sociais mais amplamente difundidos. É costumeiramente citado, por exemplo, que a explicação para a maior incidência da repressão policial sobre a população negra, em comparação com a população branca, deve ser encontrada na construção da estrutura social baseada no racismo. O conceito de discricionariedade é necessário para complementar essas análises. Ele não nega, em nenhuma medida, os resultados do tipo anterior. Chama, no entanto, atenção para a existência de mecanismos e processos internos às

instituições de justiça que permitem que valores e práticas sociais externas à justiça penetrem seu modo de operação e modifiquem seu curso ideal. Inclui, portanto, o indivíduo nas análises e lhes confere agência, abrindo, assim, um espaço distinto, mas complementar ao primeiro, para a compreensão total da justiça contemporânea nos seus aspectos mais concretos. Em menor medida, a discricionariedade também confere importância a esses mecanismos analisados em si mesmos, permitindo abrir a “caixa preta” da passagem de dispositivos legais e formais em práticas concretas das instituições de justiça

Para se entender a importância da discricionariedade para a investigação e para a compreensão do sistema de justiça criminal contemporâneo, é fundamental partir das questões que fizeram esse conceito ser elaborado em primeiro lugar. Para tanto, é preciso reter que esse sistema é responsável pela aplicação das leis democraticamente elaboradas no âmbito do Estado moderno, o que, por consequência, inclui o poder de aplicação coercitiva delas; que as instituições desse sistema possuem suas prerrogativas e funções determinadas pelos códigos legais – no caso o código penal e o código do processo penal; e que, por fim, essas instituições são compostas por funcionários que incorporam e dão efeito concreto a essas prerrogativas e funções.

De um ponto de vista formal, conforme será detalhado adiante, esse encadeamento lógico do funcionamento do sistema é bastante preciso. A lei tipifica as condutas indevidas, os servidores da justiça verificam a ocorrência delas e encaminham a sanção prevista pela legislação pertinente. No entanto, quando a operação cotidiana da justiça começa a ser observada mais de perto, é possível notar uma série de ruídos em relação aos seus resultados quando contrapostos ao cálculo lógico preconizado nos princípios do moderno ordenamento jurídico.

Tais ruídos são bastantes familiares aos estudiosos da justiça criminal, mas também à sociedade civil em geral. Em países como os Estados Unidos, por exemplo, há muito se verifica um tratamento muito mais rigoroso e violento da justiça criminal em relação à população preta, em contraposição à população branca. Ainda hoje, por exemplo, esse tema é decisivo para se compreender as relações raciais nesse país. Note apenas que no ano de 2013 surgiu um movimento popular massivo chamado Black Lives Matter (vidas pretas importam, em tradução livre para o português) em resposta a uma série de assassinatos de jovens negros cometidos por policiais. Em países como o Brasil, tal situação apenas se agrava, já que aqui se

observam clivagens sociais e raciais ainda mais profundas. No momento em que esta introdução é redigida, por exemplo, percorre os jornais a notícia de que um jovem negro foi assassinado pela Polícia Militar de São Paulo após ter sido também torturado com marteladas na Favela do Moinho¹. Exemplos como esse são demasiadamente frequentes no Brasil.

Esses casos conformam apenas um ruído de tipo mais nítido. Certamente, a investigação deles não pode ser subsumida às instâncias da justiça criminal, pois elas não dão conta da totalidade do fenômeno. Como foi fartamente demonstrado, entender esses problemas passa também pela análise da formação política, social e econômica desses países, em que, por exemplo, a escravidão foi pedra basilar durante largo período de tempo. Mesmo assim, é preciso entender o que torna possível que ideologias como o racismo se manifestem em instituições que, a princípio, operam por meio de normas democráticas e igualitárias. Tanto a sociologia quanto o Direito enquadram essas práticas na ideia da arbitrariedade. O juiz, por exemplo, que age de forma racista assim o faz contra o que mandam as leis que disciplinam sua conduta, usurpando, em benefício pessoal, o poder que o público lhe conferiu. É fato que existem nuances em relação à afirmação anterior. Pode-se questionar o caráter deliberado da ação, ou também apontar que o racismo está, na verdade, presente nos próprios códigos legais. Todavia, permanece vivo um aspecto fundamental do problema: a existência de ações arbitrárias evidencia e comprova que é possível que as prerrogativas legais sejam usadas com fins distintos daqueles previstos na lei e que os indivíduos imprimam a elas sentidos distintos daqueles originalmente intencionados.

Quando a investigação desse aspecto da justiça criminal é adensada, começa a se notar que, na verdade, em muitos momentos a lei não determina suficientemente as ações dos seus servidores. Isto é, que suas ações não são inteiramente deduzíveis dos códigos legais. Ainda mais, se verifica que as leis podem permitir aos membros das instituições de justiça alguma margem de escolha em relação à forma como agem. Um exemplo clássico nesse sentido diz respeito ao policial rodoviário que, ao flagrar o excesso de velocidade de um motorista, pode optar por emitir uma multa administrativa ou simplesmente exigir que no restante do percurso o motorista respeite os limites de velocidade da via. No Brasil, o exemplo

1 <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/ouvidoria-vai-pedir-para-mp-apurar-se-rotatorturou-rapaz-com-martelo-na-favela-do-moinho.ghtml>

mais notório diz respeito à legislação de combate ao tráfico de drogas, que outorga ao policial a prerrogativa de decidir se a substância apreendida era dedicada ao consumo pessoal, que não pode ser sancionado com pena privativa de liberdade, ou ao tráfico, que pode acarretar pena privativa de liberdade.

Não só em relação aos policiais se verificam esses momentos. Eles se repetem também em relação aos demais membros do sistema, como juízes, promotores de justiça e agentes carcerários. No Brasil, por exemplo, a fiança é determinada pelo juiz², que se baseia na gravidade do crime e nas condições financeiras do acusado na sua quantificação. Não há na lei, todavia, cláusula nenhuma que determine, por exemplo, que a fiança seja um valor porcentual do rendimento anual do acusado. No caso dos promotores, lhes é prerrogativa requerer, diante do juiz, a prisão provisória do réu (incluindo sua extensão ou também a extinção da privação de liberdade). A lei determina apenas os critérios que impedem esse requerimento. Os demais casos são avaliados apenas pelos próprios operadores.

Houve um caso de grande repercussão sobre esse tipo de ação no período recente. Trata-se da vez em que o Juiz Sergio Moro, no âmbito da Operação Lava Jato, ordenou a condução coercitiva do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para a prestação de depoimentos. Entre os especialistas em direito criminal, abriu-se grande controvérsia acerca da legalidade e da legitimidade dessa ordem. Fato é, contudo, que foi impossível se estabelecer uma resolução para essa controvérsia pois não se pôde encontrar, na legislação brasileira, dispositivo suficientemente claro que disciplinasse essa medida. Dessa forma, pode-se pensar que é igualmente correto acreditar que tal ação é legal, quanto acreditar que ela é ilegal. Portanto, não é possível dizer, a partir dos critérios legais objetivos, se o Juiz agiu de forma correta ou incorreta.

Essas ações situadas em um ambiente legal mais ou menos nebuloso colocam em evidência que os resultados obtidos por meio das ações das instituições de justiça não podem ser inteiramente explicados pela letra lei. Descobre-se, assim, que no processo de aplicação das leis os operadores do sistema de justiça criminal desempenham papel determinante, pois lhes cabem uma série de decisões

2 De acordo com a lei 12.043/2011, Art. 322, a autoridade policial também pode conceder fiança, mas apenas nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos.

cotidianas a respeito da aplicação da lei. Evidentemente, se essas decisões são, em essência, do âmbito da lei, não é possível assemelhá-las às ações tratadas anteriormente, ou seja, não se pode dizer que são decisões arbitrárias. Isso tornou necessário formular um outro conceito, capaz de descrever esses processos decisórios que surgem na relação entre as leis abstratas e formais e a sua aplicação, prática e efetiva. Elaborou-se, assim, o conceito de discricionariedade.

O termo aparece, primeiramente, nas pesquisas em língua inglesa. Nesse idioma, *discretion* é definida, na linguagem corrente, como “the power or right to decide or act according to one's own judgment; freedom of judgment or choice” (DICTIONARY.COM UNABRIDGED). Já em português, “livre de restrições” (MICHAELIS). Ainda do ponto de vista etimológico, é curioso também lembrar que esse termo é frequentemente utilizado para descrever o poder de ditadores, por exemplo. Isto é, o termo, à primeira vista, sugere a existência de um âmbito, no seio do moderno ordenamento jurídico, em que a lei não possui total primazia; onde o julgamento pessoal pode ser o elemento definidor.

Para se compreender a fundo as implicações de afirmar a existência de discricionariedade nos processos judiciais, é preciso ainda retomar o processo de construção formal do Estado Democrático de Direito. Com isso, se poderá entender as expectativas que se têm em relação a ele, e em relação às quais a discricionariedade desempenha papel crítico ou, por vezes, papel de complemento necessário.

No processo de formação das sociedades modernas e do Estado moderno, ocorreram profundas alterações no Direito e no sistema de justiça, e também na forma como essas esferas do mundo se relacionam entre si. Apesar de existirem diversas formas de interpretar e explicar sociologicamente esses fenômenos, se reconhece amplamente que o Direito e o sistema de justiça desempenham papéis especialmente determinantes no atual ordenamento social e que isso é também percebido pela sociedade de conjunto.

Uma das mais importantes contribuições a esse debate foi feita por Max Weber (em especial, 1978). Para ele, as sociedades modernas se caracterizam por um tipo específico de dominação, baseada no produto de um processo mais amplo de racionalização do mundo, sendo a obediência devida a uma ordem estatuída de forma legal e impessoal. Conseqüentemente, a isso corresponde uma forma de administração estatal igualmente específica, fundada sobre a autoridade legal e

conduzida por um aparato de tipo burocrático. Contrapõe ao tipo moderno, os tipos pré-modernos, que podem se basear na dominação tradicional ou carismática. A primeira é fundada pela obediência à autoridade pessoal do chefe, cuja posição é sustentada pela crença na tradição que, por sua vez, o elevou a esse cargo. Já a segunda se assenta na confiança que os discípulos possuem em relação ao seu líder enquanto indivíduo, seja em função do seu heroísmo, das suas qualidades exemplares ou de outras virtudes.

Portanto, o sistema legal, ou o Direito, é o principal fundamento do ordenamento social moderno, adquirindo maior relevância em relação ao papel que possuía em períodos anteriores. Além disso, o sistema de justiça se reconfigura de modo a servir a essa nova forma de estruturação das sociedades. Passa a integrar o rol dos aparatos burocráticos do Estado. Em relação ao aspecto burocrático, em específico, Weber (1954, p. 349) afirma que aí se observa um desenvolvimento sem precedentes da capacidade administrativa do Estado, pois, ao profissionalizar as funções estatais – podendo esse processo ser entendido também como racionalização e especialização – se desencadeia um rápido e vasto desenvolvimento técnico dessas funções. A forma burocrática de administração, de acordo com Weber, supera as demais tanto na precisão, velocidade, consistência e coordenação rigorosa, quanto nas questões econômicas, como o custo das operações envolvidas na condução do Estado.

Além, portanto, de ser possível, com a burocratização, obter o desenvolvimento ótimo do sistema de justiça enquanto uma ferramenta entre outras, Weber (ibidem, p. 351) ainda acrescenta: “Bureaucracy provides the administration of justice with a foundation for the realization of a conceptually systematized rational body of law on the basis of 'laws'”. Isso ocorre pois os membros do aparato burocrático são selecionados e treinados de acordo com considerações puramente técnicas, e a eles são designadas tarefas enquanto membros assalariados de uma hierarquia profissional. Com isso, compreende-se que as tarefas atribuídas a eles são executadas “without regard to person”, isto é, de forma impessoal, pois obedecem às leis – igualmente impessoais – e, portanto, também à previsibilidade e à calculabilidade delas. Em outras palavras, a burocracia plenamente desenvolvida opera de acordo com a famosa fórmula de Tácito *sine ira et studio* (*without bias or favor*, na tradução para a língua inglesa).

Essa forma de operacionalização da justiça marca, assim, uma importante ruptura em relação ao que se observava em períodos anteriores. Mais especificamente, se torna imperativo o uso dos procedimentos racionais e formais em detrimento das considerações de tipo irracional, como a mera vontade do soberano ou as revelações divinas, elementos próprios das formas pré-modernas de justiça. O resultado do processo judicial é, agora, produto da consideração racional de alguma conduta em face de leis previamente definidas. Em outras palavras, tem-se aquilo que John Rawls definiu como a justiça procedimental pura, em que os resultados são considerados legítimos na medida em que os procedimentos que levaram até ele são legítimos.

Como se sabe, porém, essa descrição de Weber se baseia, conceitualmente, naquilo que o sociólogo alemão definiu como tipos-ideais. Ou seja, ao dizer que as características listadas acima são específicas da forma moderna de sociedade e de Estado ele não quer dizer que todas elas se verificam de modo perfeito ou acabado onde quer que se olhe. Também não quer dizer que a descrição representa o modelo a se seguir, o modo exemplar de se conduzir os negócios do Estado. Os tipos-ideais, portanto, não esgotam a descrição das sociedades na forma como ela se dá na realidade, mas apenas destaca aqueles traços que lhes são constitutivos.

Assim, é preciso, a partir dos tipos-ideais, proceder à análise histórico-política das sociedades, tarefa que o próprio Weber cumpriu em seus escritos políticos e que foram excepcionalmente sumarizadas por David Beetham (1979). A esse respeito, um argumento específico é fundamental por desfazer uma importante confusão a respeito das burocracias. Segundo Beetham (*idem*), Weber não aceita o caráter universal e desinteressado que os conservadores da época atribuíam à burocracia. Conforme observava Weber, os membros da burocracia são recrutados de setores específicos da população, e deles trazem, incorporados, suas próprias determinações. Assim, a burocracia não se constitui apartada da sociedade em geral, mas sim em função de e em relação com setores específicos dela. A burocracia é, portanto, um instrumento de poder e dominação. Essa afirmação, se pensada detidamente, já está presente na construção típico-ideal. Entretanto, do ponto de vista histórico ela adquire outra qualificação. É um instrumento que serve a um determinado setor da sociedade e que, portanto, o fato de ela agir de forma impessoal e racional não pode ser entendido como ela também agir de forma imparcial.

No entanto, a construção formalista do Direito e, por conseguinte, da sociedade moderna possui enorme eficácia social, isto é, é incorporada pelo senso comum, que lhe confere aparência de um produto natural do desenvolvimento histórico-social. Em outras palavras, o senso comum operaria a partir de uma compreensão do tipo-ideal weberiano no sentido de que esse seria o modelo real e ideal de funcionamento da burocracia e do Estado. Há, assim, a expectativa média de que o sistema legal realize suas promessas, como a administração perfeitamente técnica e, portanto, imparcial da sociedade e dos seus conflitos. Crê-se na possibilidade de que as boas leis tornem efetivos os ideais dos revolucionários franceses.

Retendo essa compreensão, a existência da discricionariedade no sistema de justiça criminal representa a constatação de uma espécie de imperfeição ou de bloqueio para o funcionamento ótimo de suas instituições e, por consequência, para a persecução de seus objetivos ideais. Introduce um elemento de erro, que pode acarretar injustiças. Retira o ordenamento jurídico do seu plano abstrato e coerente e o coloca em uma complexa teia de sujeitos que, por meio de suas imprescindíveis ações, podem torná-lo concretamente inconsistente.

Do ponto de vista das ciências jurídicas, sobretudo para os ramos influenciados pela construção ideal weberiana ou apenas pela visão internista do direito, foram oferecidas distintas caracterizações, explicações e valorações para o fenômeno da discricionariedade. Para parte dos autores, a discricionariedade é uma capacidade que possui valor intrínseco neutro, isto é, não serve em essência nem à justiça e nem à injustiça, mas, a depender da forma em que se encontra estruturada, pode vir a servir a uma delas. Caberia, assim, aos legisladores adequar a estrutura da discricionariedade às necessidades da comunidade política, ora estendendo suas possibilidades, ora restringindo-as. Ou também criando uma série de condições para seu exercício, de forma a limitar as variáveis que devem ser consideradas em cada momento.

Para outra parte, a discricionariedade é condição indispensável para a obtenção justiça, pois é o mecanismo que permite que as normas gerais e formais sejam racionalmente ajustadas aos casos concretos, pois, como diz Weber, não existe tal coisa como “a gapless system of laws”. Portanto, deve-se permitir o mais irrestrito usufruto dessa capacidade de forma que ela sirva como complemento necessário às lacunas inerentes ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, não se

excluem as possibilidades que a partir daí se produzam injustiças, mas acredita-se que tal resultado é parte das exceções à regra.

Para uma terceira parte de pesquisadores, a discricionariedade é parte do mecanismo que permite que injustiças sejam cometidas por parte da autoridade estatal. Para esses, ao serem capazes de agir de forma mais ou menos livre, os membros da burocracia são também capazes de ponderar em suas ações e decisões variáveis consideradas ilegítimas do ponto de vista formal da justiça, como é sua própria vontade ou seus interesses particulares. Aqui se encontraria o elemento disruptivo da justiça procedimental pura. Nesse sentido, a discricionariedade, apesar de ser considerada igualmente inerente à própria noção de indivíduo ou de ser social, deve ser restringida ao máximo possível. De forma inversa ao caso anterior, os casos em que do uso da discricionariedade irrestrita produzem decisões justas são considerados exceções.

Entretanto, esses três exemplos não esgotam as possibilidades de tratamento do conceito de discricionariedade. Há também um outro conjunto de pesquisadores que, na verdade, afirma que a existência de discricionariedade no sistema de justiça é um problema em si mesmo. Para eles, deve existir uma separação estrita entre a esfera das decisões políticas e a esfera das decisões judiciais. A esfera própria da discricionariedade é a primeira, em que se é autorizado o uso do próprio julgamento, pois se está em questão a ponderação de valores. Assim, por exemplo, cabe aos legisladores determinar que tipo de conduta infringe a ordem social e tipificá-la no código penal. E, então, cabe às instituições de justiça apenas verificar o enquadramento de determinada conduta nos critérios estabelecidos previamente pela autoridade política. Por consequência, se os membros das instituições de justiça agem de forma discricionária, agem também de forma política. Contudo, a eles não é autorizado, pela sociedade, esse tipo de conduta, pelo menos nos termos dos princípios republicanos. Assim, a discricionariedade praticada pelos servidores da justiça deve ser entendida como o exercício de um poder usurpado e, portanto, eliminada por meio do aprimoramento do sistema legal.

Já do ponto de vista sociológico, a compreensão da sociedade e, portanto, das instituições de justiça – que nela estão inseridas – se dá por meio de perspectivas distintas, em especial no que se refere ao papel cumprido pelo direito na sociedade moderna. Apesar de nuances entre as referências mais importantes para a área, o direito é compreendido como uma expressão das

relações de poder na sociedade ou como a cristalização da ordem estabelecida a partir das disputas que moldaram a sociedade. Pierre Bourdieu (1989, p. 210) sintetiza o ponto:

Quando se toma a direção oposta a esta espécie de ideologia profissional do corpo dos doutores constituída em corpo da “doutrina”, é para se ver no direito e na jurisprudência um *reflexo direto* das relações de força existentes, em que se exprimem determinações econômicas e, em particular, os interesses dos dominantes, ou então, um instrumento de dominação [...] (ênfases no original)

A ideologia a que se refere Bourdieu é a crença de que o Direito é uma forma de pensamento especial, livre de todo peso social, cujo entendimento só pode ser alcançado a partir de sua dinâmica interna, pois ela é autônoma. A construção sociológica, portanto, serve à crítica da construção formal e idealista e à sua problematização.

Essa visão crítica do Direito que a sociologia em geral expressa é igualmente aplicada às construções acerca do problema da discricionariedade elaboradas no âmbito das ciências jurídicas e brevemente resumidas acima. De um ponto de vista mais abrangente, os sociólogos procuraram destacar que as decisões consideradas discricionárias são, na verdade, produtos de uma complexa cadeia de determinações sociais, em que se articulam distintas estruturas de sentido, como os valores grupais e sociais e as ordens legal, política e econômica. Dessa forma, questionam a própria essência da ação discricionária enquanto liberdade de escolha. Pois a ação humana é condicionada em todos os seus aspectos. O uso do conceito de discricionariedade serve como meio de nublar tais relações de sobredeterminação, implicando ao indivíduo uma conduta que, na verdade, é produto do seu meio social. Questionam, dessa forma, também a ideia da impessoalidade da justiça e do ordenamento jurídico e postulam a existência de interesses de grupo (ou de grupos) em todos os aspectos da vida social.

Em relação ao campo da discricionariedade, portanto, é fácil apenas concluir, como adiantado, que não existe consenso acerca do seu significado e do seu valor. A sua marca fundamental é a polissemia. Foram poucos os esforços, entretanto, de colocar em contato as distintas perspectivas a respeito desse conceito, sobretudo na literatura em língua portuguesa. Dada a centralidade desse debate tanto do ponto de vista social quanto do ponto de vista científico, torna-se necessário conduzir essa tarefa, entendendo-a como passo anterior e indispensável para orientar novas pesquisas empíricas. Assim como definem Harris Cooper e Larry Hedges (2009), o

trabalho de síntese bibliográfica é fundamental no sentido de sedimentar os conhecimentos independentes desenvolvidos a respeito de um determinado tema, permitindo que seja desenvolvido a partir daí uma compreensão mais precisa a respeito dele, isto é, que dê conta, de forma crítica, das diferenças e das semelhanças das análises previamente realizadas.

Evidentemente, o primeiro passo desse exercício é o da seleção da bibliografia pertinente ao tema. Nesse sentido, o primeiro dado fundamental, obtido por meio da pesquisa por palavras-chave em revistas e bancos de dados da produção nacional em ciências jurídicas e sociais, é que o pensamento acerca da discricionariedade é indiscutivelmente definido a partir de pesquisas conduzidas sobretudo nos Estados Unidos e que tem como objeto as instituições desse mesmo país. Portanto, a incursão nesse debate deslocou-se fundamentalmente para a produção desse país. Assim, foi conduzido o trabalho de cruzar as referências mais recorrentes na produção bibliográfica mais contemporânea, a fim de buscar quais são as teses que as orientam ou que elas procuram debater. Com isso, foi possível estabelecer os teóricos que formularam as principais interpretações acerca da discricionariedade e o período histórico em que elas foram desenvolvidas. Assim também foi se tornando evidente que as interpretações se constituíam enquanto troncos distintos que, por sua vez, possuíam diversas ramificações a depender, sobretudo, da matriz disciplinar originalmente utilizada para pensar o problema, como é o caso, fundamentalmente, do direito e da sociologia. A partir daí, portanto, é que foram estabelecidas, aqui, as principais divisões na literatura, já introduzidas, superficialmente, nos exemplos listados acima.

Depois, então, de definidos esses troncos, o percurso da análise seguiu para o acompanhamento de suas ramificações, o que foi determinado sobretudo por um critério histórico-temporal ascendente. Cada tronco foi tratado de forma independente dos demais e, posteriormente, postos frente a frente. Com isso, foi possível estabelecer tanto as semelhanças e diferenças internas a cada um deles e relativas a todos eles pensados enquanto um mesmo conjunto, unificado em torno do debate acerca do conceito da discricionariedade. Finalmente, a partir desse trabalho de agrupamento foi possível também identificar quais trabalhos não poderiam ser enquadrados em apenas um grupo, principalmente por serem pesquisas que procuraram ser desenvolvidas a partir da tentativa de crítica e superação das elaborações dos grupos anteriormente listados, o que, em certo

sentido, inaugura outros troncos próprios, ainda sem ramificações. Esse último conjunto, diferentemente dos demais, unifica-se em torno dos seus objetivos, e não exatamente de seus conteúdos.

Esse acompanhamento sistemático e crítico do desenvolvimento científico do conceito de discricionariedade nas pesquisas em língua inglesa foi, por fim, utilizado de forma a entender também o debate no contexto brasileiro. Para tanto, realizou-se trabalho semelhante de revisão da literatura em língua portuguesa. De partida, verificou-se que ela é muito reduzida em relação à primeira e também menos antiga, mas que também existem diferenças referentes à matriz disciplinar original. Nesse sentido, pode-se perceber nuances entre o debate realizado no âmbito das ciências sociais (a sociologia, em específico) e do direito (o direito administrativo, mais precisamente). Ainda mais importante, a organização das pesquisas a respeito desse tema no Brasil fez necessário formular a hipótese de que a gramática da discricionariedade em geral não é utilizada para discutir o mesmo fenômeno que levaram os estadunidenses a formular esse conceito, sobretudo em função do uso de outros conceitos, muito próximos ao primeiro. A partir dessa hipótese, então, procedeu-se ao exercício de comparar a literatura brasileira com a literatura em língua inglesa, de forma a verificá-la ou não. Com isso, pode-se finalmente levantar as questões que devem ser tratadas para se poder compreender sociologicamente o tema da discricionariedade no Brasil, objetivo fundamental da pesquisa que tem nesta dissertação seu primeiro e necessário passo.

Considerando essas questões metodológicas, além da introdução, esta dissertação conta com um *primeiro capítulo* dedicado às produções das ciências jurídicas em língua inglesa, sobretudo as estadunidenses. Nele, são demonstrados os percursos de desenvolvimento do conceito de discricionariedade enquanto liberdade de escolha e são discutidas as dificuldades que essa abordagem do problema coloca para a reflexão teórica e empírica das instituições de justiça. Por ser o campo disciplinar de origem do conceito, ele também é o que conta com o maior número de produções e que, portanto, foi discutido mais detalhadamente. No *segundo capítulo*, são apresentadas as principais teses sociológicas em língua inglesa a respeito do conjunto de problemas enquadrados a partir da perspectiva da discricionariedade. Nesse momento, a ênfase da exposição se desloca da apresentação e debate minucioso das teses para a apresentação da crítica geral deste campo em relação ao primeiro. Já no *terceiro capítulo*, são apresentadas teses

contemporâneas acerca da discricionariedade. Elas são agrupadas por causa de sua abordagem crítica em relação às teses tradicionais e por oferecem inovações teóricas e metodológicas com o objetivo de recuperar a força do conceito para a investigação do funcionamento das instituições de justiça ou também com o objetivo de encerrar em definitivo esse debate. Essas teses são também discutidas de forma mais minuciosa, no que se tenta expor as fragilidades que persistem nas novas definições oferecidas. No *quarto capítulo* passa-se finalmente ao debate acadêmico brasileiro. São apresentadas as construções do âmbito das ciências jurídicas, bem como das ciências sociais. Elas são, em seguida, comparadas criticamente entre si e também em relação às teses discutidas anteriormente. Ainda nesse capítulo é exposta a necessidade de aproximação do debate brasileiro com o debate em língua inglesa, pois, apesar das inconsistências e fragilidades do primeiro, ele levanta problemas e temas que podem ser produtivamente utilizados para pensar as instituições de justiça brasileiras, em especial o Ministério Público, órgão menos investigado pelas ciências sociais brasileiras até o presente momento. Por fim, são apresentadas as *considerações finais*, em que apenas se retomam as principais conclusões expostas ao longo dos quatro capítulos iniciais.

1. A DISCRICIONARIEDADE COMO LIBERDADE DE ESCOLHA: A ABORDAGEM JURÍDICA

Como indicado na introdução, a primeira parte desta dissertação dedica-se à revisão bibliográfica comparativa e crítica do primeiro grupo de pesquisas acerca da discricionariedade no sistema de justiça. Os autores agrupados aqui têm em comum sua origem disciplinar e seus objetos. Em sua maioria, são estudiosos das ciências jurídicas (*legal studies*, em inglês) situados sobretudo nos Estados Unidos e elaboraram suas teses tomando como objeto o sistema de justiça desse país. Por conta do quadro de referências do direito, as pesquisas a seguir em geral tomam como unidades iniciais de análise o sistema de leis e os operadores do direito enquanto indivíduos – o que pode ser didaticamente aproximada ao individualismo metodológico de Weber. Mesmo assim, é possível observar logo a seguir que no seio desse grupo há uma importante distinção teórico-metodológica. Aqui, são apresentados autores que abordam a discricionariedade a partir da perspectiva mais geral do sistema de justiça, isto é, da teoria geral do direito, como faz Ronald Dworkin. E, em seguida, autores que apontam o foco de suas pesquisas ao sistema de justiça criminal em específico e que produzem suas teses a partir de proposições mais empíricas do que filosóficas. Nesse sentido, a discricionariedade deixa de ser elemento do debate para se tornar o seu centro, assim como a magistratura vai cedendo seu espaço enquanto objeto privilegiado de análise para as organizações policiais. É o caso, por exemplo, de Kenneth Culp Davis.

Ademais, a ordem cronológica de exposição, interrompida apenas por essa divisão teórico-metodológica inicial, também corresponde a um desenvolvimento do conteúdo do debate. Na década de 1960 se conformam os paradigmas que definiram a agenda de pesquisa da discricionariedade. Nesse primeiro momento, a discricionariedade é descrita por meio da ideia de liberdade de escolha. Nas duas décadas seguintes, diversos pesquisadores desenvolveram teses complementares às primeiras e também propuseram atualizações críticas desenvolvidas a partir da repercussão das interrogações postas pelas teses sociológicas (que são tema do próximo capítulo). Conceitualmente, as atualizações realizadas apontam como tendência a mitigação gradual da liberdade decisória dos operadores do sistema de justiça criminal. O espaço da discricionariedade vai se tornando cada vez mais circunscrito e, até mesmo, sobredeterminado. Já a partir dos anos 1990, é notável a

inexistência de maiores inovações no paradigma apresentado aqui e o movimento de rarefação dos trabalhos cujo centro é a discricionariedade. Por vezes, considerou-se o debate como esgotado. Alguns autores, no entanto, se contrapuseram a essa tendência geral mais recente e procuraram desenvolver teses inovadoras e que sintetizassem os estudos jurídicos e sociológicos. Por essa especificidade, suas contribuições foram destacadas e são apresentadas no terceiro capítulo.

Entre os *legal scholars*, a discricionariedade é compreendida enquanto um aspecto do sistema de normas jurídicas de grande capilaridade. Ela pode ser identificada em grande parte das ações que conformam o processo judicial. Para além, ela também é entendida como causa de uma série de consequências importantes para a normatização do direito. Em síntese, afirma-se que o desenvolvimento do sistema de justiça e seus métodos de operação passam necessariamente pelo debate crítico da discricionariedade que lhe é inerente. A despeito desses consensos gerais acerca da ideia, a definição precisa da discricionariedade enquanto conceito é objeto de grande debate, sendo muito difícil extrair dessas polêmicas um sentido unívoco.

O esforço de definição do conceito marcou mais fortemente a literatura especializada dos anos 1960. Mas, segundo Fletcher (1984), já nos anos 1940 a discricionariedade figurava como uma espécie de buraco negro na linguagem daqueles que estudavam o sistema de justiça criminal. Segundo ele, o termo, que usualmente era entendido apenas como o exercício do saber profissional ou da autoridade administrativa, também passou a ser entendido enquanto o *input* pessoal, ou subjetivo, no processo decisório e também o simples exercício de poder. Fletcher ainda dá conta que entre o primeiro período e a década de 1980, quando escreve, os significados possíveis para o conceito aumentavam significativamente.

A maior parte dos pesquisadores se dedicavam ao entendimento da grande influência da discricionariedade no domínio dos processos penais de conjunto. Entretanto, Fletcher demonstra, na verdade, que essa primazia acabou por causar o retardamento da compreensão precisa do fenômeno. Ao tratar de forma semelhante todas as decisões e todas as profissões que são parte do sistema, a discricionariedade foi, conseqüentemente, entendida como um fenômeno independente do seu contexto específico. Tal posição só pode ser ocupada na medida em que aumentava o grau de abstração do conceito, se tornando cada vez

mais vazio de sentido e, simultânea e contraditoriamente, cada vez mais polissêmico.

Fletcher também indicava a deficiência desses trabalhos no sentido de oferecer uma compreensão mais exata da forma em que se estabeleciam as relações entre as normas gerais e abstratas do Direito e os casos singulares e concretos – relação considerada pela maior parte dos teóricos como a razão de existência de fenômenos discricionários. Fundamentalmente, se apontava apenas a existência de um sujeito mediador, o operador do direito, mas sem qualquer detalhamento mais rigoroso sobre a ação de mediação. Afirmava-se que existia algum tipo de imprecisão nessa relação, o que produzia ou que justificava a discricionariedade, mas não se sabia ao certo como ela se materializava na consciência ou nas ações dos agentes que exercem essa capacidade. Essa última crítica, nota-se, será de enorme impacto nos estudos sociológicos, conforme será demonstrado no próximo capítulo.

Na década seguinte, Michael Davis (1996) atualizou o trabalho de sistematização de Fletcher. Sua contribuição mais relevante foi, sem dúvida, a identificação da existência de um número ainda maior de significados possíveis para o conceito, mas mantendo-se ainda quase inalterada a deficiência deles em precisar o fenômeno da discricionariedade no que possui de específico. Na sua mais valorosa contribuição, Michael Davis reduz os significados que encontrou na literatura a cinco grupos. Eles ilustram a maior variedade de significados que o conceito adquiriu ao longo dos anos e também a dificuldade dos pesquisadores em isolar a ideia: discricionariedade-como-julgamento (*discretion-as-judgment*), discricionariedade-como-mera-decisão (*discretion-as-mere-decision*), discricionariedade-como-liberdade (*discretion-as-liberty*), discricionariedade-como-discernimento (*discretion-as-discerniment*), discricionariedade-como-permissão (*discretion-as-license*). As ambiguidades da discricionariedade agravam-se ainda pelo fato de que em um mesmo trabalho, o termo pode adquirir mais de um dos sentidos mencionados por Michael Davis, a depender do momento em que é empregado. Ao longo da exposição das pesquisas, será possível verificar essas constatações.

Esse, então, é o cenário geral da produção bibliográfica no âmbito das ciências jurídicas acerca do problema da discricionariedade. Isto é, um cenário constituído por vasta produção, mas com alto grau de imprecisão acerca do uso do conceito e da sua relevância explicativa. Entretanto, como preconiza a metodologia

adotada aqui, é fundamental recuperar os trabalhos mais influentes nesse campo, de forma a refinar a crítica atribuída a eles e também extrair dali os elementos que permitem conectá-los a outros trabalhos de outros ramos do conhecimento, empreitada a que se concentra esta dissertação.

1.1 O DESENVOLVIMENTO DO PARADAGIMA CLÁSSICO

Assim, o ponto de partida será o trabalho de Ronald Dworkin (1977), um dos principais nomes da filosofia do direito na contemporaneidade em especial pelo desenvolvimento da tese do direito como integridade (*law as integrity*, no inglês). Sua obra é o principal paradigma contemporâneo da teoria geral do direito no que se refere ao fenômeno da discricionariedade. Evidentemente, é possível encontrar outros autores desse mesmo campo em que o conceito é discutido. No entanto, o percurso seguido na academia estadunidense foi o de autonomização do debate realizado no âmbito da ciência jurídica especializada. O trabalho de Dworkin é discutido aqui mais em função da penetração do seu modelo nesse segundo campo – fato que, justamente, lhe transforma no caso paradigmático.

Ronald Dworkin produz sua definição de discricionariedade a partir de uma polêmica contra as posições legais positivistas, representadas pelo também filósofo do direito Herbert Hart. O paradigma elaborado por Hart se apoia em três proposições fundamentais: a) a lei de uma comunidade é composta por um conjunto de regras empregadas para determinar que tipo de comportamento será punido pelo Estado ou que tipo de comportamento será alvo da coerção estatal; b) os casos não referidos nessa configuração de regras devem ser avaliados por um juiz, ou por outro ator investido dessa atribuição, por meio de considerações que extrapolam os padrões estabelecidos explicitamente pela lei, o que torna sua ação discricionária; e c) quando um juiz exerce seu poder discricionário, não se pode dizer que ele age de acordo com uma obrigação ou com um direito estritamente legal.

Dworkin começa sua polêmica em torno dessas proposições com uma diferenciação entre regras e princípios, elementos que, segundo ele, fariam parte do conjunto de guias que orientam a decisão judicial. A aplicação das primeiras, das regras, se dá de forma absoluta. Isto é, na medida em que uma regra é aplicável a um caso específico, o seu resultado já se encontra inteiramente determinado. Por consequência lógica, quando a regra não é aplicável, ela não determina em nenhum

grau o resultado obtido. Já os princípios fazem parte de um conjunto de diretrizes mais abstratas, cuja principal característica é que a eles não cabem exceções. Todo o conjunto de dispositivos e normas deve ser compatível com eles. Diferentemente das regras, os princípios não determinam os resultados do processo, pois podem ser encontrados princípios contraditórios aplicáveis a um mesmo problema legal. Os princípios ainda, segundo Dworkin, devem ser distinguidos em dois tipos: *proper principles*, em que se coloca em pauta a proteção dos direitos fundamentais e as questões de Justiça; e *policies*, tipo em que são determinados tão somente objetivos e metas a serem perseguidas pelo ordenamento jurídico.

Levando em consideração essas definições, Dworkin concebe duas formas de aplicá-las aos modelos práticos de decisão judicial. A primeira, que ele defende, é por meio do tratamento dos princípios no mesmo sentido em que são tratadas as regras, isto é, entendendo ambos enquanto partes do sistema legal. E a segunda – de Hart –, em que os princípios são entendidos enquanto elementos externos à lei; extralegais, portanto. Apenas nesse último caso a ponderação de princípios na decisão judicial pode configurar, como quer Hart, o exercício de poder discricionário por parte dos juízes, pois agiriam sobre casos que não foram explicitamente cobertos pelas regras. E também pois aí se encontra implícito que as decisões judiciais são motivadas por elementos de ordem estranha a sua e que seus resultados não são, portanto, inteiramente previsíveis – ou até mesmo inteiramente racionais.

Ainda assim, a discricionariedade pode ter diferentes sentidos. Dworkin vislumbra duas categorias, hierarquizadas didaticamente em torno de graus de liberdade decisória: discricionariedade fraca (que se subdivide em dois tipos) e discricionariedade forte. Entre as possibilidades de discricionariedade fraca, ele elenca a discricionariedade enquanto julgamento e a discricionariedade enquanto decisão conclusiva³. A primeira diz respeito à característica essencial e prévia do processo judicial de que a lei não é aplicada de forma mecânica, mas sim por intermédio de um juiz, cuja função é justamente usar do seu julgamento. Esse, por sua vez, se baseia no seu saber profissional para determinar a forma de ação em determinado caso. Já a segunda se refere tão somente à permissão legal que os

3 No original, o termo usado é *finality*, entretanto a tradução mais literal para o português, finalidade, apresenta a confusão entre os sentidos de conclusão e de objetivo/meta; apenas o primeiro sentido é empregado por Dworkin.

juízes possuem de exercer julgamentos, simplesmente por serem, de acordo com a ordem instituída, os árbitros finais de um litígio judicial. São casos de discricionariedade fraca pois compreendem apenas os momentos em que os juízes simplesmente agem de acordo com suas prerrogativas.

Já a discricionariedade forte (o terceiro caso de discricionariedade, portanto) se resume aos casos em que os juízes possuem liberdade legalmente estatuída em ponderar as diretrizes (*standards*) elaboradas pelas autoridades políticas. De forma mais concreta, esses são os casos em que as regras que governam a ação dos juízes não determinam, em função de sua insuficiência, a matéria específica do caso singular, o que torna necessário ao juiz recorrer aos princípios. O tipo forte de poder discricionário, entretanto, não deve ser equiparado com absoluta liberdade decisória – a despeito do maior grau de liberdade que contém em relação ao caso fraco. Em primeiro lugar, pois sua capacidade decisória é ela própria instituída por agentes externos – a autoridade política – e, em segundo lugar, pois o juiz pondera tão somente diretrizes determinadas previamente por outros. Ou seja, o juiz não possui aqui total liberdade decisória pois ele ainda se movimenta dentro de limites impostos a ele. Nesse sentido, apesar de não ser possível questionar a decisão judicial em relação à permissão que o juiz possui decidir, é possível questioná-la com referência ao cálculo entre as distintas diretrizes que ele realizou de forma a sustentar sua decisão. Essa avaliação Dworkin nomeia simplesmente como bom senso.

Teóricos como Hart fundem o primeiro e o terceiro sentido de discricionariedade, o que diz diretamente respeito ao fato de entenderem os princípios enquanto elementos extralegais. Ou seja, apesar das regras possuírem um conjunto determinado de significados, existe uma quantidade apreciável de casos em que o significado preciso da regra é indeterminado. Nesses casos, a lei não conteria nada que obrigasse o juiz a decidir o caso de um modo específico, tornando necessário o apelo a elementos extralegais para sustentar a decisão. Os juízes, dessa forma, não aplicariam regras, mas as criariam, estabelecendo jurisprudência. Ao exercerem a prerrogativa de julgar os casos, os juízes também exerceriam funções político-legislativas.

Entretanto, para Dworkin essa fusão é imprópria. Esse autor espousa a tese de que os princípios não são elementos extralegais, mas sim internos ao ordenamento legal. Por consequência, a ponderação deles nas decisões não corresponde a algum tipo de ruído nos procedimentos da justiça. Mais especificamente, o seu uso

enquanto baliza para decisões essencialmente indeterminadas é, na verdade, produto de uma determinação própria ao âmbito das regras. Entre elas, existe uma, primordial, que estabelece que é possível derivar soluções a partir dos princípios mais gerais. Dworkin, portanto, reafirma sua visão totalizante do direito, conforme expresso no seguinte trecho:

According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice (DWORKIN, 1986, p. 225).

Se se considera a discricionariedade no sentido extraído da tese geral de Dworkin, não é mais possível entendê-la como liberdade decisória. Prevalece, agora, a compreensão de que a discricionariedade é parte específica e limitada de um conjunto maior de proposições legais. Dworkin afirma, então, que “Tal como o espaço vazio no centro de uma rosca, o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições” (DWORKIN, 1977, p. 50). Consequentemente, dentre os tipos de discricionariedade acima discriminados, Dworkin afirma que

O conceito de poder discricionário só está perfeitamente a vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade (ibidem, p. 50).

Finalmente, aí se identifica a última característica fundamental da discricionariedade para o autor: ela é uma categoria relacional. Assim, torna-se necessário interrogar: “poder discricionário relativo a que padrões?” ou “poder discricionário relativo a qual autoridade?” (ibidem, p. 51). Ou, em outras palavras, o que circunda o espaço vazio a que se refere a decisão analiada e por quem foi determinada a existência desse espaço vazio e a possibilidade de se agir de forma interpretativa – isto é, derivando-se normas a partir dos princípios – nos casos nele inseridos?

As proposições de Dworkin, como afirmado, são de enorme influência nos estudos legais de seu tempo e também mais contemporaneamente. Uma evidência dessa repercussão se encontra no fato que o tipo de definição negativa, do ponto de vista lógico, para a discricionariedade que o teórico elabora é recorrentemente adotada pelos demais pesquisadores deste campo temático. Isso é demonstrado mais adiante. Cabe, no entanto, já introduzir uma importante crítica, produzida

sobretudo por sociólogos e pelos pesquisadores do direito aplicado, a respeito desse tipo de definição.

Existem dois movimentos importantes realizados por Dworkin a fim de distinguir sua tese das teses positivistas exemplificadas por meio do trabalho de Hart. O primeiro é o de afirmação do direito enquanto um conjunto total e totalizante de proposições legais capaz de englobar dentro de si quaisquer tipos de litígios. Já no segundo movimento afirma que a discricionariedade se refere a um espaço vazio circundado por uma faixa de restrições. Inicialmente, seria possível interrogar o autor de um ponto de vista teórico-metodológico. Ou seja, se se trata de um espaço por definição vazio, não é possível que ele seja objeto da investigação científica. Caberia à ciência tão somente o esforço de descrição e explicação da faixa de restrições.

Uma outra interrogação, mais importante, diz respeito a uma contradição entre os conteúdos desses dois movimentos. Se o direito é totalizante, não é possível que existam espaços vazios. Ou, então, se existem espaços vazios, não é correto afirmar que o direito é capaz de englobar todos os mais diversos tipos de litígios. Dessa forma, seria necessário corrigir um desses dois argumentos de forma a manter a coerência interna da tese geral. Pode-se, então, negar a totalidade do direito, de forma que a discricionariedade se torna a evidência primordial dessa incompletude. Ou, então, afirmar que a discricionariedade não se refere a um espaço vazio, mas tão somente a um espaço mais ou menos indeterminado inserido em um conjunto maior de determinações legais.

A segunda solução é evidentemente mais compatível com a tese geral do autor – já que a primeira nega a sua proposição mais importante. Mesmo assim, ela ainda não corrige integralmente o problema. A possibilidade de existência de princípios contraditórios e a possibilidade de diferenças na interpretação dos princípios podem ser considerados os dois principais fatores que produzem a indeterminação nomeada por meio do conceito de discricionariedade. Contudo, Dworkin também propõe que mesmo a ação de sopesar princípios pode ser avaliada por meio de um cálculo de bom senso. Se é possível se avaliar algo, é igualmente permitido afirmar sua correção ou sua incorreção. Da mesma forma, a princípio o juiz poderia ser entendido como portador de maior – mas não absoluta – autonomia decisória. Mas, ajustada essa compreensão à crítica, sua autonomia passa a se assemelhar com a que existe nos casos mais corriqueiros. Neles, o juiz não é sujeito de sua decisão, mas sim suporte das leis que a determina. Ele decide conforme a lei.

Em relação à solução adotada aqui, portanto, torna-se incorreto afirmar que é discricionário aquilo que é em algum grau indeterminado, pois as possibilidades de variação na decisão correspondem a simples possibilidade de erro na avaliação que a originou. Fundamentalmente, qualquer tipo de decisão judicial pode conter erro, mesmo as mais inteiramente determinadas. Caso contrário, seria incompreensível a existência de diferentes instâncias judiciais. Por fim, a crítica à tese de Dworkin pode ser reformulada no contra-argumento de que se a discricionariedade existe dessa forma, ela está presente em toda decisão judicial, confundindo-se com o próprio ato e capacidade de decidir.

Ao mesmo tempo em que escrevia Dworkin, vinha se desenvolvendo um outro conjunto de trabalhos e pesquisadores que, sobretudo em função do seu caráter metodológico aplicado ou empírico, observavam no tema da discricionariedade maior centralidade, entendendo-a como o aspecto central do sistema de justiça criminal como um todo. Assim, conformariam, nas décadas seguintes, toda uma agenda de pesquisa dedicada ao tema, que sobrevive até hoje e em que o papel do sujeito do poder discricionário ganharia cada vez mais relevância e, com isso, novos temas passam a ser adicionados à análise. Também por consequência disso, esse grupo engendra deslocamentos graduais em relação aos objetos de pesquisa: do sistema legal e da magistratura para as organizações policiais.

Um dos precursores dessa nova agenda de pesquisa foi Sanford Kadish (1961). Em uma leitura crítica, é importante partir do fato de que na obra de Kadish o termo *discretionary* sempre se encontra acompanhado de um segundo termo, *judgement*. Com isso, o autor parece pretender indicar a sua ênfase, isto é, de que a discricionariedade é uma capacidade daquele que julga ou decide algo. Antes de proceder à verificação dessa afirmação, é importante primeiro evitar a confusão da ideia de Kadish com a categoria *discretion-as-judgement* de Fletcher. A diferença é sutil, mas fundamental. No caso de Fletcher trata-se um fenômeno em cuja essência se encontra uma capacidade atribuída por algo a alguém, isto é, pelo sistema legal ao juiz. Em Kadish, trata-se de capacidade inerente dos sujeitos dos processos decisórios. Assim, a diferença é a mesma que foi estabelecida mais cedo sobre Dworkin: entre suporte e sujeito, entre naturezas distintas.

Observando as organizações policiais, objeto privilegiado – mas não único – desse grupo de pesquisadores, Kadish elenca três categorias principais de atuação em que se faz presente o julgamento discricionário. A primeira diz respeito a um

conjunto de decisões administrativas. Entre elas, como distribuir o efetivo policial para patrulha e para investigação. Esse espaço de decisão discricionária existe em função da escassez de recursos disponíveis às organizações policiais e também no alto custo social de uma política de segurança pública de tipo saturação, em que o *full enforcement*⁴ poderia ser levado mais a fundo, isto é, a administração dos recursos torna-se uma mediação necessária entre polícia e comunidade policiada. Também quando a própria legislação permite, deliberadamente, grande liberdade de escolha para o agente policial. Um exemplo evidente, para Kadish, é o da lei sobre jogos (*gambling*), que é demasiadamente abstrata, recaindo, portanto, todo poder à polícia de determinar que tipo de jogatina é aquele que a legislação visava coibir e qual não era. Finalmente, a decisão de prender e invocar o processo penal ou não contra um suspeito.

A segunda categoria se refere aos casos em que a lei criminal é criada não tendo em vista a repressão e a prevenção policial, estrito senso, mas sim para alcançar outros objetivos sociais. O exemplo trazido pelo autor é o da legislação que coíbe as relações extraconjugais. Mesmo não existindo a intenção do legislador de que a lei seja de fato aplicada, a organização policial e os policiais podem escolher implementá-la, o que autor identifica como uma grande adição de poder discricionário.

A terceira categoria, finalmente, difere das duas outras na medida em que não são produto de escolhas legislativas ou passíveis de resolução mediante o aprimoramento das políticas. Ela consiste nos casos em que

the discretionary judgment is the product of the inevitable need for mediation between generally formulated laws and the human values contained in the varieties of particular circumstances in which the law is technically violated.

Depreende-se, então, dessa categorização que, para o autor, o poder discricionário se refere à possibilidade – permitida ou não, bem usada ou não – do policial de tomar decisões a partir do cálculo das diferentes variáveis envolvidas no exercício de sua profissão. Sendo esse último termo fundamental, pois a

4 A ideia de *full enforcement*, no contexto das organizações policiais, é definida como a obrigação legal que as autoridades policiais possuem de aplicar integralmente o conjunto de leis dispostos no respectivo código penal. Isto é, é vedado ao policial fazer qualquer julgamento de conveniência e oportunidade acerca da aplicação das leis.

discricionariedade é parte constitutiva dela, o que o autor chama de “expert administrative discretion” (idem, p. 906), tendo também nela a sua natureza.

No entanto, por estar inextricavelmente ligada às funções que esses operadores exercem, isso não significa que a discricionariedade não pode vir a se tornar um problema do ponto de vista dos seus efeitos concretos. Em todas as decisões supracitadas, Kadish identifica a possibilidade de abuso, discriminação e arbitrariedade. Portanto, é necessário que a discricionariedade esteja sempre regulada pela autoridade legislativa, tanto no sentido de restringi-la, quanto no sentido de facilitá-la.

Considerando a exposição, se nota a incipiência da argumentação de Kadish no que se refere ao isolamento da discricionariedade enquanto fenômeno. Ao formular suas três categorias – mesmo sendo impossível identificar o critério que permite unificar a primeira, o que já permite colocá-las sob suspeição – salta aos olhos o autor ter classificado em termos positivos o que considera ser uma decisão de tipo discricionário. Entretanto, o principal critério adotado – possibilidades de ação proporcionadas por escolhas legislativas – é mal-empregado. Um exemplo deve ser suficiente para provar esse ponto. As possibilidades que a organização policial possui para distribuir ao longo do território o seu efetivo é radicalmente distinta das possibilidades que o policial tem de prender ou não um suspeito, simplesmente pois a primeira não é determinada pela autoridade legislativa, enquanto a segunda o é. Ou seja, a violação da lei não possui qualquer estatuto na análise.

O caso da terceira categoria é ainda mais significativo. Ela afirma uma das características mais importantes e debatidas da discricionariedade trazidas à tona por essa literatura, isto é, de que ela é muito mais pervasiva do que se podia acreditar. Entretanto, Kadish a formula de forma tão ampla que ela se torna capaz de abranger a totalidade das decisões tomadas pelos operadores do sistema de justiça criminal, com exceção daquelas mais insignificantes. Assim, as duas categorias anteriores deixam de possuir sentido analítico. Ainda mais grave do que isso, no que se refere ao debate conceitual, a vastíssima abrangência dada ao conceito faz com que ele se torne irrelevante, do ponto de vista analítico, pois assim se transforma em termo indistinguível – ou melhor, um sinônimo – da ideia de decisão, sem quaisquer qualificações. Apesar de ter sido importante precursor da pesquisa sobre o tema e ter identificado alguns dos temas centrais que conformariam agenda, o trabalho de

Kadish não é frequentemente debatido entre os estudiosos da discricionariedade. Certamente as fragilidades identificadas acima são motivos importantes para tanto.

Já Kenneth Culp Davis (em especial, 1964, 1969 e 1975), contemporâneo de Kadish, é amplamente reconhecido por ter feito as mais importantes contribuições para o debate acerca da discricionariedade em diversas áreas do conhecimento. Todas as pesquisas posteriores a ele tiveram, necessariamente, que debater suas posições. Sua tese é facilmente identificada como o principal paradigma teórico do campo.

Especialista em direito administrativo, Davis desenvolveu uma vasta análise de diferentes ramos da justiça – desde as câmaras e cortes de comércio até a justiça criminal – de forma a elaborar, agora em uma perspectiva normativa, propostas por meio das quais seria possível aprimorar o desempenho dos poderes governamentais. Foi em relação ao sistema de justiça criminal, em específico, que a tese de Davis adquiriu maior alcance. Isso porque suas proposições tornavam difíceis a manutenção da visão formalista – ou ideal – de que a lógica e os procedimentos jurídicos são inteiramente determinados por sua racionalidade imanente e também intransponíveis às influências externas de toda ordem.

Sua definição para o conceito é concisa: “a public officer has discretion whenever the effective limits on his power leave him free to make a choice among possible courses of action or inaction” (DAVIS, 1969, p. 4). Ela necessita, no entanto, de tratamento sistemático. A fim de compreendê-la em toda sua extensão, deve-se acrescentar o insight de Remington (1969). Para ele, Davis elabora três proposições fundamentais, intimamente conectadas com a definição citada acima:

- (1) The governmental agency which it is important to study is that which exercises the greatest amount of discretionary power, rather than the agency which is the subject of the greatest number of formal rules of law and most often the subject of formal judicial review. (2) For every governmental decision there is an optimum point on the scale between rule-of-law at one end and total discretion at the other end. The task of research is to find that optimum point and to confine discretion to the degree which is feasible. (3) Where discretionary power is exercised, it ought to be confined, structured, and checked in order to achieve the greatest amount of discretionary justice and the least amount of discretionary injustice. Unconfined, unstructured, and unchecked discretion holds great potential for injustice. In deciding how best to confine, structure, and check discretion, the relatively extensive experience with the economic regulatory agencies is relevant. (REMINGTON, 1969, p. 7).

Em primeiro lugar, da definição de Davis é preciso destacar a relação que se estabelece entre as normas legais e a ação do operador da justiça. Assim como

Dworkin, o autor identifica nos vazios deixados pela abrangência das leis e dos procedimentos organizacionais a origem do poder discricionário. Conforme foi citado, esse poder se encontra no mesmo contínuo do Império da Lei, mas em seu extremo oposto. Da mesma forma, o seu postulado é diferente do de Kadish, na medida em que, mesmo também identificando o caráter fortemente pervasivo da discricionariedade, tenta delimitá-lo de forma mais precisa. Entretanto, dessa vez junto com Kadish e diferentemente de Dworkin, o autor refere a ideia de discricionariedade enquanto propriedade dos sujeitos, sendo possível resumir a sua definição em uma locução bastante recorrente nesse debate: liberdade de escolha.

Essa formulação, entretanto, é passível de questionamentos importantes. Em uma primeira leitura, Davis parece tentar distinguir o comportamento discricionário do comportamento arbitrário. A esse argumento se coloca como evidência o uso que faz da expressão “possible courses”. Nesse sentido, é possível extrair da definição que o poder discricionário se refere apenas a ações realizadas no âmbito daquilo que é considerado legal ou justo. Isto é, uma ação discricionária típica seria a decisão de um policial rodoviário, por exemplo, em multar um motorista flagrado acima do limite de velocidade ou apenas entregar a ele um aviso (*warning*). Ambas decisões são preconizadas pela lei, sendo a decisão a respeito delas legada pela própria norma legal à autoridade policial. Caso distinto, por exemplo, se, na mesma situação, o policial exigisse algum tipo de propina em troca da não aplicação da multa de trânsito ou se simplesmente ignorasse a infração. Nesses dois últimos casos, se configuraria uma ação arbitraria, pois ambas não pertencem aos cursos possíveis de ação determinados pela lei de trânsito.

Seria possível argumentar, contra o que foi dito acima, que no primeiro caso, da ação tipicamente discricionária, na verdade não há nada de discricionário nela, pois os limites efetivos à conduta do policial não deixaram a ele qualquer tipo de liberdade de escolha. Existem critérios objetivos para que ele decida entre aplicar a multa ou apenas o aviso, como, por exemplo, a escala da velocidade excedida pelo motorista. Ou seja, o papel do policial é tão somente verificar a existência dos pré-requisitos estabelecidos. Dessa forma, nenhuma ação inteiramente legal poderia ser considerada uma ação discricionária, restando apenas as ações ilegais e os casos indeterminados, isto é, quando leis distintas concorrem entre si ou quando não é possível determinar facilmente a possibilidade de aplicação de alguma lei a um caso específico.

No caso das ações ilegais, a discricionariedade adquire o mesmo significado da arbitrariedade, tornando-se sinônimo desta e perdendo seu potencial analítico. Dessa forma, no contínuo mencionado por Remington, o extremo intitulado “discricionariedade total” poderia ser substituído por esse outro. O ponto em que começa a discricionariedade, nesse sentido, seria um ponto médio em que todas as possibilidades legais de ação ou inação se encontram totalmente separadas das possibilidades ilegais. Tem-se, agora, uma linha muito mais reduzida. No entanto, uma nova dificuldade de entendimento se faz presente. Retomando o argumento acima, todas as escolhas dispostas pela lei são evidentemente determinadas pela lei. Ou seja, o conceito de discricionariedade deixa, assim, de descrever qualquer evento singular nesse amplo rol de eventos corriqueiros. Da mesma forma, as ideias de justiça discricionária e de injustiça discricionária podem ser traduzidas como mera aplicação da lei e simples violação da lei. Essa derivação lógica só deixaria de fazer sentido caso se tivesse como pressuposto que a ilegalidade leva à justiça. Todavia, essa ideia não pode ser encontrada na obra de Davis. Em síntese, portanto, torna-se pouco nítido as vantagens de interrogar sobretudo as práticas policiais por meio dessa lente. No mais, seria possível apenas mencionar mais uma possível saída para o empasse lógico: interrogar o que se tem como justo ou injusto a partir de outro quadro de referências que não o ordenamento jurídico. Essa saída, todavia, viola o pressuposto fundamental deste campo temático de que o ordenamento jurídico é a unidade da qual parte a análise.

Já o segundo caso pode ser mais produtivo para a manutenção da significância do conceito. Nos eventos em que é impossível determinar de forma precisa e objetiva qual lei deve ser aplicada a um determinado episódio, o operador encarregado da decisão deve encontrar, em algum outro âmbito, as balizas de sua decisão. Nesse momento, é possível pensar em algum tipo de liberdade de escolha, a despeito de ainda não ser o tipo irrestrito – ao qual a definição faz referência. Agora, a necessidade apontada por Davis de regular a discricionariedade parece fazer sentido, pois assim a extensão dos critérios de escolha e a adoção também mais extensiva de medidas de supervisão seriam eficazes para a redução das injustiças possivelmente causadas pelas contradições e incertezas inerentes ao ordenamento jurídico e a busca de critérios externos que isso engendra.

Essa adequação da definição leva a algumas hipóteses. Em primeiro lugar, deve-se questionar se a discricionariedade é, nesse caso, de fato produto do

ordenamento jurídico ou resultado de algum grau de inépcia do operador. Se não se sabe qual lei enquadra mais perfeitamente um determinado episódio, não se pode olvidar, por exemplo, a hipótese de que a conduta não é sequer tipificada. Assim, um erro estaria presente em sua origem. Essa hipótese tem força reduzida justamente porque ela pressupõe que o sistema de leis pode ser suficientemente desenvolvido a ponto de não conter dúvidas e problemas inerentes. Historicamente, esse pressuposto foi entendido como incorreto. Nessa última situação, o melhor treinamento dos profissionais do direito resolveria o problema da discricionariedade.

Em segundo lugar, tem-se o problema acerca de qual seria esse outro âmbito em que o operador do direito deve buscar as balizas de sua decisão. De acordo com a compreensão corrente da justiça, a decisão judicial orientada por elementos externos ao direito é colocada automaticamente sob suspeição. Em geral, são consideradas, de pronto, injustas. No entanto, pode-se adotar uma compreensão mais ampla do ordenamento jurídico, como é a de Dworkin. Contudo, a definição de princípios de Dworkin é suficientemente ampla para conter proposições muito diversas. Nesse sentido, a discricionariedade seria reduzida aos episódios em que são ponderados argumentos muito nitidamente idiossincráticos e adversos aos valores minimamente compartilhados pela comunidade. Novamente, tal redução torna o conceito sinônimo da arbitrariedade. Essa equiparação, por fim, viola a tese de Davis de que a discricionariedade pode produzir justiça e, portanto, deve ser estruturada da melhor forma possível. Pois, por definição, a arbitrariedade é injusta. Mesmo assim, se se ignora a última ressalva e se adota essa leitura, o problema da discricionariedade pode ainda ser criticado como exposto anteriormente quando da apresentação da tese desse primeiro pesquisador.

Deve-se ainda considerar uma terceira hipótese. Fazendo uma leitura bastante literal da definição de Davis, é possível reduzir a abrangência da discricionariedade somente aos casos em que a autoridade pode agir ou deixar de agir. Pensar a inação também como imbuída de discricionariedade é algo em que Davis foi pioneiro. Pensando de forma contextualizada, as preocupações do autor parecem se dirigir para uma espécie de saturação, de expansão excessiva do sistema de justiça. Assim, ao contrário do que usualmente se entendia, um maior grau de justiça poderia ser obtido também quando as autoridades governamentais deixam de agir. Na medida em que essa omissão é benéfica do ponto de vista do funcionamento ótimo da justiça e da persecução de seus objetivos ideais, tem-se

uma ação discricionária justa; no caso contrário, uma ação discricionária injusta. Considerando essas afirmações, deve-se agora procurar entender a natureza dessa inação. Como mencionado anteriormente, deixar de aplicar a lei constitui grave violação das prerrogativas policiais. A inação, portanto, só se torna legítima quando determinada pela lei. Essa proposição, todavia, causa estranhamento pois se o objetivo é não provocar a ação das autoridades, bastaria não tipificar a conduta nos códigos.

Superado esse estranhamento, ainda se tem o problema de que se a inação é uma determinação legal, não se constitui enquanto espaço de discricionariedade. Há apenas uma alternativa possível. Essa leitura do conceito ganha sobrevivência apenas quando se postula, na verdade, que deve haver casos em que a lei pode deixar de ser observada em episódios em que se verificou infração. Para as organizações policiais, esse postulado não existe. Já no caso da persecução criminal nos Estados Unidos, ele é aceito. Isso ocorre em função da adoção do princípio da oportunidade na ação penal pelo ordenamento jurídico desse país. Tal tema é objeto do último capítulo. Para, finalmente, manter a validade do conceito no interior da tese de Davis a partir das correções mencionadas nessa terceira hipótese, deve-se reformatá-la enquanto uma proposta normativa, isto é, de como deve ser a discricionariedade deve ser compreendida. Davis, porém, afirma que sua definição do conceito de discricionariedade é produto de observações empíricas. O conceito, portanto, já seria entendido dessa forma, o que, como foi mencionado, não é correto para um de seus principais objetos: as organizações policiais. Assim, a sobrevivência do conceito nesses moldes o torna inaplicável a esse objeto fundamental.

Por fim, resta um tema a ser enfrentado no que diz respeito à definição de Davis. O que se pode entender a partir da expressão “effective limits” e de que forma isso altera a crítica exposta acima? O uso do termo efetivo possui um sentido bastante delimitado para o autor, isto é, não se trata apenas dos limites legais ou formais, mas também dos limites práticos. Esse segundo tipo de limitação para a atuação dos operadores do sistema de justiça diz respeito, fundamentalmente, ao fato de haver ou não supervisão das decisões. No exemplo citado acima, a escolha que o policial faz de aplicar a multa, o aviso, ignorar a infração ou extorquir o motorista seria considerada perfeitamente discricionária no caso em que esse policial atuasse, por exemplo, longe do olhar de seus superiores. Assim, não haveria nenhum limite efetivo para a sua escolha, já que os limites legais não dispõem de

recursos para lhe conferir eficácia real, sendo assim, livre na escolha do seu curso de ação. A liberdade de escolha adquire o sentido da ausência da possibilidade (ou da baixa probabilidade) de respostas exteriores e coercitivas em relação à escolha feita a despeito da sua aplicabilidade. Porém, apenas um dos cursos de ação citados no primeiro exemplo se enquadra adequadamente na definição, isto é, a extorsão. Isso pois se considera que a inação pode ser justa e que agir conforme a lei determina não é considerado uma escolha passível de punição a priori. Sendo assim, novamente a discricionariedade é reduzida a mero sinônimo da arbitrariedade, pois concerne tão somente aos momentos de ruptura com os cursos considerados legítimos de ação. Nesse sentido, não seria razoável pensar em ação discricionária justa, como propõe Davis.

Agora, pode-se retomar o problema inicial sobre a liberdade de escolha ser o conteúdo da discricionariedade. Inicialmente, argumentou-se que só se poderia falar em liberdade de escolha se ambos os termos da locução fossem entendidos de forma bastante restrita. Ao final, tal restrição apenas se aprofundou. A liberdade de escolha pode tão somente ser entendida, no melhor dos cenários, como a liberdade de fazer a escolha certa.

A despeito das dificuldades de sua definição, Davis sustentou que a variável do poder discricionário é potencialmente mais importante que o processo formal de adjudicação assim como as leis e regras formais para se entender o resultado dos casos judiciais. Como consequência, ele também insere no debate especializado, de forma semelhante a Kadish, a ideia de que esse comportamento discricionário deve ser objeto de maior atenção, no sentido de assegurar que ele seja propriamente estruturado e controlado. Isto é, para Davis a discricionariedade é inerente às instituições de justiça. Para o autor:

Unlike the bar groups, we must dig into the kinds of injustice that can be neither cured nor alleviated by either formal hearings or judicial review. The strongest need and the greatest promise for improving the quality of justice to individual parties in the entire legal and governmental system are in the areas where decisions necessarily depend more upon discretion than upon rules and principles and where formal hearings and judicial review are mostly irrelevant (pp. 215-6).

Herman Goldstein (1963, 1977), outro jurista, é internacionalmente reconhecido por ser o arquiteto original da *problem-oriented policing* (POP), política pública cujo principal objetivo é refinar o uso da autoridade policial e aumentar a sua efetividade. Na raiz de suas formulações, encontra-se exatamente o conceito de

discricionariedade, no que Goldstein se apresenta enquanto tributário de Kenneth Culp Davis. Este o professor de direito da Universidade de Winsconsin testa empiricamente o conceito de forma bastante aprofundada no caso das organizações policiais. Se, como foi mostrado acima, não é possível encontrar solução interna para os problemas de definição de Davis, o recurso a Goldstein pode abrir o caminho para sua solução externa, isto é, empírico-descritiva.

Este pesquisador toma como ponto de partida suas observações de que as leis não são aplicadas em sua totalidade. Isto é, que o princípio do *full enforcement* não é de fato concretizado na prática cotidiana dos policiais. Isso, por sua vez, se deve ao fato de que os policiais de qualquer nível hierárquico exercem, mesmo que de forma não percebida ou declarada, alguma forma de discricionariedade.

Em busca das causas primeiras das consequências que observa, ele afirma que a discricionariedade existe quando os códigos e normas que regem a atividade prática dos policiais são ambíguos. Nesse sentido, é irrelevante procurar saber se a ambiguidade é intencionalmente ou não introduzida nos códigos legais, pois independentemente disso ela precisará ser solucionada no curso da administração das variáveis que se colocam diante de um policial no momento em que dele é exigida uma resposta.

Aqui, uma diferenciação se faz necessária. Entre os tipos de leis, existem aqueles casos em que se objetiva não necessariamente a sua aplicação efetiva, mas sim o estabelecimento de um certo padrão ético-moral de vida para a comunidade política em questão. O exemplo da lei do adultério é ilustrativo disso. O legislador não pretende, ao estabelecer uma pena para a traição matrimonial, que homens e mulheres adúlteras sejam presas, mas sim emitir um posicionamento diante da correção ou não desse comportamento. O mesmo vale para leis que se tornam obsoletas com a mudança dos valores sociais. Nesse sentido, Goldstein acredita que esse tipo de ambiguidade entre a necessidade ou não de se fazer cumprir a lei é facilmente resolvida com a consideração, por parte do operador, do espírito da lei, e não das suas palavras.

Outra precisão do conceito diz respeito às condições de trabalho dos operadores do sistema de justiça criminal, argumentação essa que produzirá impacto no futuro desenvolvimento do campo. Para o autor, a escassez de recursos materiais e humanos são determinantes para a existência de momentos em que pode ser exercida discricionariedade, pois não costumam existir princípios

estabelecidos para guiar as escolhas nessas circunstâncias. Pois, por exemplo, frente a uma quantidade de chamados policiais superior à quantidade de viaturas disponíveis em uma determinada região, é requisitado dos policiais que eles decidam quais chamados atender e quanto de recurso despender na resposta a cada chamado. É interessante também notar que a ausência de guias para esse tipo de ação em geral não diz respeito a um problema que poderia ser relacionado à vontade dos administradores e legisladores em si, mas sim ao problema de que esse tipo de escolha se choca com um importante princípio do direito, em especial do Estado Democrático de Direito, de que toda lei deve ser cumprida e que todo crime deve ser punido.

No mesmo sentido caminha a dificuldade que existe, entre os operadores, de reconhecer suas práticas discricionárias, pois isso causaria um impacto negativo na imagem que eles tentam tão arduamente defender, isto é, a imagem da objetividade total, de imparcialidade e de aplicação da lei sem qualquer tipo de favorecimento. Novamente, a referência ao tipo-ideal weberiano da burocracia é evidente. Ao legitimar suas posições e seus comportamentos perfeitamente adequados às normas, os operadores do sistema negam valor a sua autonomia profissional. Nesse movimento, portanto, se distanciam da imagem do profissional altamente treinado e especializado e se aproximam da imagem do fantasmagórico autômato weberiano: seres desprovidos de qualquer agência diante dos processos que são parte. Afirmam assim, de forma contrária a Weber, que é possível, de fato, um *gapless system of law* e que também é realizável a ideia de que o juiz burocrata seja algo parecido com uma máquina automatizada em que a acusação e a defesa são inseridas junto com as custas judiciais por um lado, e por outro é expelido um julgamento cujas razões são mecanicamente derivadas do código legal em questão.

Retomando, Goldstein afirma que a persistência na defesa prática do *full enforcement* só faria sentido em um contexto de estreitamento do descompasso entre o que os âmbitos do real e do ideal. Mas, para ele, o processo real, verificável em seu tempo, é justamente o contrário. Dessa forma, o mais correto é arguir acerca das vantagens do reconhecimento e estruturação da discricionariedade. A primeira, e mais importante, vantagem discriminada por Goldstein diz respeito à abertura de um processo de compartilhamento da atividade policial com a comunidade, sobretudo nos níveis de gestão e avaliação. Esse estreitamento de laços, metas e valores entre polícia e comunidade policiada é determinante para o bom

policciamento. Também se teria a vantagem de obrigar os legisladores a considerarem as possibilidades efetivas de aplicação da lei que estão redigindo. Além do mais, com o reconhecimento da discricionariedade os policiais alçariam ao status profissional que almejam, cuja característica inerente é a capacidade e autoridade a fazer julgamentos de valor de acordo com o seu treinamento específico.

Quando Goldstein (1977) se atém à análise mais refinada das organizações policiais, o conceito de discricionariedade é utilizado para problematizar diferentes situações envolvidas em suas operações. Podendo estar relacionado com: o simples uso do bom senso comum, isto é, certo grau de flexibilidade em situações não usuais; com os julgamentos que o policial deve fazer em relação ao uso do processo criminal (p. ex.: mandados de busca e apreensão, entrar em propriedades); e com a aplicação seletiva das leis.

Para o autor, esse último caso é o que produz a maior parte dos problemas, e nela é que se pode examinar mais adequadamente tanto a viabilidade quanto a legalidade do poder discricionário policial, e também formular métodos de controlá-lo. Em um primeiro sentido, é preciso ter cuidado ao analisar esse tema, pois há o risco de uniformizar diferentes usos do poder discricionário (do mais inofensivo ao mais grave). Para tanto, é preciso pensar esse problema a partir de um conjunto mais amplo de objetivos da polícia. Em um segundo sentido, essa matéria pode servir para obscurecer outros espaços importantes do poder discricionário policial, como a decisão de usar ou não a força, ou seja, em espaços em que o que está em jogo não é exatamente a decisão entre fazer cumprir ou não uma lei, mas sim de que forma responder a uma determinada situação. Dessa forma, é preciso ter em mente, para um quadro completo desse poder, todas as decisões que a polícia se vê na necessidade de tomar, partindo de um referencial que considere os limites efetivos do poder de um policial, ou seja, limites que não necessariamente se restringem aos limites legais.

Desse conjunto totalizante de decisões, a primeira a ser destacada é a escolha dos objetivos. Isso se encontra manifesto, por exemplo, na organização da própria agência, com a existência ou não de grupos especializados em lidar com determinados crimes, no treinamento do policial, no tipo de resposta dada a cada solicitação, na distribuição das patrulhas. Do ponto de vista das operações diárias, uma parte dessas decisões são tomadas pelos administradores, mas, na maioria,

são os próprios policiais que decidem baseados nas suas próprias visões do que é o policiamento.

A segunda categoria é a escolha entre os diferentes métodos de intervenção. Em relação ao caso mais proeminente, o uso da força letal, existem regulamentos expressos em estatutos, mas é bastante evidente que a linguagem é genérica e, na prática, fornece pouca orientação para a decisão do policial. Em outras situações, mais corriqueiras, o policial é deixado livre para improvisar, isto é, não existe nenhuma orientação ou regulação sobre como ele deve agir sob determinadas circunstâncias.

A terceira categoria diz respeito à escolha dentre as formas alternativas de disposição legal. Nessa categoria se inclui a aplicação seletiva das leis, como na escolha do policial em multar ou apenas advertir um motorista flagrado excedendo o limite de velocidade. Esse tipo de poder discricionário implica uma consequência séria, que é o tratamento desigual de indivíduos em situações similares. Fundamentalmente, essa decisão parte do estilo individual do policial envolvido, e, portanto, possui enorme variação no seu interior. Para o autor, também é preocupante, nesse ponto, que uma decisão que pode ter vital importância para o indivíduo envolvido na querela é tomada baseada, por exemplo, na conveniência do policial.

A quarta categoria é a da escolha dos métodos de investigação. Essa é uma das categorias mais importantes, pois ela envolve um certo nível de intromissão do policial nos negócios particulares de indivíduos. A quantidade real do poder discricionário aqui pode variar bastante, pois existem regulamentos específicos para certos métodos, como os mandados de busca, e regulamentos genéricos ou inexistentes para outros, como o uso de chamarizes. Nesse segundo caso, novamente a decisão é deixada a cargo do policial de nível operacional.

A quinta categoria é a da determinação dos procedimentos de campo e questões de administração interna. Nesta categoria é encontrado um poder discricionário bem mais restrito. Ela diz respeito, por exemplo, a regras de uso do uniforme, do porte da arma, que são muito bem detalhadas e codificadas, mas não a como e quando usar a arma, ou a quando preencher ou não os formulários. Ela é importante, contudo, pois nela é reconhecida, por parte da administração policial, certo poder discricionário, o que produz, justamente, essa extensa regulamentação.

Finalmente, a sexta categoria é a da emissão de licenças e permissões. Essa categoria difere das demais pois geralmente o poder é altamente centralizado, sendo, em muitos casos, uma única pessoa responsável por todas as decisões. O problema fundamental nessa matéria é quando a decisão é tomada tendo em vista fatores além daqueles considerados relevantes pela legislação concernente, como quesitos que envolvem a conveniência para a unidade policial em questão. Exemplo desse caso é o da proibição de uma manifestação política a despeito de ela satisfazer todos os critérios legais que a tornaria legítima. Nesse caso, o motivo velado da proibição pode ser tão somente a orientação política do comandante da unidade, o que é evidentemente extralegal.

Para o autor, as organizações policiais colocam em movimento uma concentração do poder discricionário no nível operacional, pois as agências permitem que seus policiais de nível mais baixo, do ponto de vista da estrutura hierárquica de poder, tomem algumas de suas mais importantes decisões, como a de atirar ou não contra um suspeito. Já no caso da escolha de objetivos e prioridade, que fica a cargo dos operadores diretamente vinculados à administração da instituição como um todo, isto é, da parte superior da hierarquia, o poder discricionário se concentra nestes, especialmente porque eles podem dispor de mecanismos de recompensas capazes de fazer com que os policiais de nível baixo de fato ajam de acordo com o que foi estatuído.

Já partindo para um sentido explicativo, Goldstein afirma que, na prática, o policial se encontra inserido dentro de um sistema de *know-how* informal e muitas vezes ilegal que orienta a sua atuação cotidiana, e que é extraído por meio da troca de experiências com policiais mais velhos ou com supervisores. Mesmo assim, especialmente no caso em que o policial realiza o patrulhamento sozinho, isto é, em que essa troca não acontece imediatamente, essa regulamentação prático-informal é mediada pelos seus próprios valores, fazendo com que existam estilos distintos de policiamento, sendo, assim, o próprio sujeito o fator determinante da equação da discricionariedade. O que também se revela quando esses policiais são submetidos a pressões intensas e não usuais, pois suas decisões acabam sendo improvisadas, produzindo inconsistências na sua atuação em casos similares.

Dessa equação, Goldstein extrai a conclusão de que o poder discricionário possui grande afinidade com uso abusivo da autoridade, pois, sem formas de tornar realizável um modo de policiamento que seja tanto justo quanto efetivo, as decisões

discricionárias podem ser tomadas tendo em vista preconceitos pessoais, considerações político-partidárias, desejo de poder pessoal e ganhos monetários.

Para concretizar todas essas formulações, o autor passa a explorar exemplos das principais controvérsias envolvendo práticas policiais do seu tempo, expondo a forma como o poder discricionário se manifesta nelas. Em primeiro lugar, questiona os programas de recolhimento de informações organizados pelas agências policiais. Ele destaca que, nesses casos, se faz presente, com frequência, o abuso, expresso no uso de ferramentas ilegais, como grampos não-autorizados, e o amplo poder discricionário dos policiais ao definir quem investigar, que tipo de material recolher e etc. Em segundo lugar, o modo como se lida com distúrbios e manifestações de massa, em que o uso da força pode estar intimamente relacionado com as posições político-morais dos policiais designados para a tarefa. Em terceiro, a aplicação seletiva das leis, como no caso em que o policial deixa de aplicar uma multa de trânsito em troca de alguma recompensa monetária. Em quarto, as prisões por acusações triviais, como a prisão de alguém que joga lixo na rua, que serve apenas como subterfúgio para exercer a repressão a determinada pessoa por motivos nada relacionados ao objetivo de manter as ruas limpas. Em quinto, e último, os programas de assédio generalizado, em que certos segmentos da comunidade (as prostitutas, por exemplo) são alvos privilegiados da polícia, tendo ou não alguma base legal, mas sendo, efetivamente, ofensivos à comunidade, causando animosidade com a atividade policial.

Retomando o que argumentou no início, Goldstein acredita que o fracasso em reconhecer a natureza discricionária da atividade policial é, em grande parte, responsável, por alguns dos abusos e fracassos mais comuns nas operações policiais, como os que foram listados. Mas em comparação com outros órgãos governamentais, a polícia sofre ainda do problema em que ela muitas vezes se vê forçada a empreender ações que não podem ser apenas entendidas enquanto exercício do poder discricionário, mas também como diretamente conflitante a certas normas legais, sobretudo porque, no que toca à regulação do seu exercício de poder, é frequente a existência de normas conflitantes, de realização impossível ou demasiadamente genéricas. Como consequência, as normas legais passam a ser vistas como algo que não deve ser, necessariamente, aplicada na íntegra, fazendo com que os legisladores não disponham de uma forma efetiva para comandar a ação policial e restringir seus poderes discricionários. Caso assim queiram proceder,

mesmo esse não sendo o caso mais frequente, para o autor, pois, em geral, os legisladores se omitem da tarefa de precisar suas definições de conduta criminal e suas prioridades. Sendo assim, o problema do controle da discricionariedade acaba retornando para a instituição policial, devendo se tornar o foco daqueles que pretendem solucionar o problema.

Analisando a argumentação de Goldstein de forma crítica, o primeiro ponto que se destaca é a ausência de uma reflexão mais aprofundada sobre o conceito desenvolvido por Davis. Notavelmente, e este é o ponto mais importante, o autor, em função da sua extensa pesquisa empírica, modifica gradualmente o que entende por discricionariedade, mesmo dizendo sustentar o ponto de vista de Davis. Nesse sentido, o primeiro deslocamento se refere à identificação de naturezas distintas para o mesmo fenômeno, o que ocorre a partir da inserção da escassez de recursos enquanto uma das naturezas da ação discricionária – tese que influenciará sobremaneira os estudos referenciados nas teorias organizacionais. O mesmo que ocorre em relação às diferenciações que estabelece de acordo com o nível hierárquico ocupado pelo agente em foco, o que diz diretamente respeito ao tema da supervisão.

Ainda mais importante é a adição do tema da ambiguidade das leis e normas e da necessidade de sua resolução por parte de sujeitos determinados. Nos casos anteriores, apesar de os operadores do sistema de justiça já aparecerem enquanto sujeitos do poder discricionário, a sua agência permanecia ainda determinada pela estrutura legal vigente. Nesse caso, a discricionariedade possui natureza igualmente estrutural mas inextrincavelmente conectada ao âmbito da subjetividade do sujeito. Assim, a teoria passa a enfatizar que o sujeito pode decidir não apenas levando em consideração a estrutura legal, mas sim de acordo com sua forma mediada pela subjetividade integral do decisor. Isto é, os valores e vontades individuais passam a ocupar o centro da cena no que se refere à justiça, o que tem o potencial de questionar os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Esses temas, entretanto, só receberão tratamento mais sofisticado quando a sociologia de fato passa a dedicar à análise da discricionariedade. Por enquanto, é importante destacar o desenho de pesquisa empírica impulsionado pela definição de Davis e avaliar o caminho percorrido pela pesquisa na sua relação com o conceito fundante. Parte significativa dos parágrafos acima foi dedicada à descrição das decisões que os policiais tomam que Goldstein identifica como importantes

momentos de exercício do poder discricionário. A extensão das categorias não é acidental. É produto da inoportuna abrangência do conceito. Ao passo que procura na concretude das decisões tomadas pelos policiais aquelas que se enquadrariam no conceito, percebe que praticamente todas elas cumprem os requisitos, que todas as funções exercidas pela polícia são discricionárias. Assim, o conceito perde seu potencial analítico e explicativo.

Goldstein parece perceber esse problema, pois faz uso frequente de termos que procuram recuperar o potencial de delimitação de um fenômeno que um conceito deve ter. Assim, opera um primeiro deslocamento, em que a discricionariedade passa a ser quantificada e qualificada pela sua força, o que, na verdade, significa dizer pelo seu potencial de repercussão social, sendo apenas as mais fortes interessantes para o olhar científico. O que é ainda mais determinante é que, ao avançar nessa quantificação, vai se tornando cada vez mais evidente, ao ponto do próprio autor reconhecer, que a discricionariedade importa no momento em que se confunde com a arbitrariedade, problema que, como já deve ter se provado, é extremamente recorrente no campo. Sendo assim, não há sentido analítico evidente na adoção do primeiro conceito.

Sob uma análise ainda mais rigorosa, entretanto, a adoção do conceito de discricionariedade possui, ainda, plausibilidade. A hipótese que é aqui levantada diz respeito ao conteúdo valorativo dos dois termos e suas diferentes naturezas de acordo com a forma como ambos foram entendidos até o desenvolvimento desta análise. Em relação ao conteúdo valorativo, a discricionariedade ganha força enquanto conceito ao se apresentar de forma desprovida de valor intrínseco. Como Davis mostra melhor que os demais, pode tanto produzir justiça quanto injustiças. Ao negar valor intrínseco à discricionariedade, na verdade os pesquisadores procuram preservar um outro valor, isto é, a ideia de que os homens devem ter a capacidade de tomar decisões a respeito da aplicação da justiça de forma a alcançar resultado ótimo. Em outras palavras, se reconhece a impossibilidade da resolução puramente formal dos conflitos sociais, como pretende o ordenamento jurídico pensado de modo puro. Já a ideia da arbitrariedade carrega consigo conotação explicitamente negativa, pois é entendida sobretudo enquanto desvio ou abuso de poder, enquanto causa daquilo que é injusto. O remédio para ela, ao contrário do caso da discricionariedade, reside apenas na limitação cada vez maior das capacidades dos sujeitos em favor da formalidade das normas, considerada, por

natureza, mais perfeitas no que se refere a um ideal democrático de justiça. Tal argumento ganha ainda mais força se lido em contraposição à justiça do totalitarismo em que vige, acima de tudo e de todos, a vontade pessoal do soberano, problema estruturante do pensamento político-filosófico da moderna democracia.

O argumento das naturezas distintas serve, por sua vez, de sustentáculo a este primeiro. Ao afirmar a natureza estrutural da discricionariedade, ao indivíduo ela é negada, de forma que assume o papel de mero mediador. Ainda assim, se ele não responde por suas causas, pode responder por sua resolução. Já a arbitrariedade reside tão somente no indivíduo e na forma como pode usar de forma deletéria o poder que a sociedade lhe atribuiu, à revelia da maior ou menor perfeição das normas formais.

Na elaboração de Goldstein, como dito, a questão da subjetividade (isto é, da moral e da ética) na sua relação com a resolução das ambiguidades existentes no decurso da atividade policial já, por sua vez, é relevante para a análise. Esse movimento é fundamental no âmbito dos estudos jurídicos, pois marca uma aproximação desse campo de estudos com o campo mais propriamente sociológico, tema do próximo capítulo.

Essa aproximação é escancarada na obra do especialista em justiça criminal James Finckenauer (1976). No que se refere aos problemas de definição, estrito senso, da discricionariedade, o autor não produz mudanças significativas. Assim como Goldstein, identifica nas ambiguidades do ordenamento jurídico-normativo a fonte da discricionariedade, cujo conteúdo preciso não questiona. Diz (idem, p. 30), então, “It would seem then that one factor characterizing individual discretionary situations that influence the police decision-making process is ambiguity, both legal and moral”. Isto é, ao pensar a discricionariedade, pensa, na verdade, nos processos decisórios em geral. Contudo, ao pensar as questões da moralidade dos sujeitos, muda o estatuto da variável na equação da discricionariedade, ao torná-la equivalente às próprias ambiguidades legais.

Na sequência, Finckenauer (idem, pp. 30-31) é explícito sobre o tema:

Another related factor might be ambivalence on the part of the police officer torn between competing values - his own and those of a suspected offender, and those of the society as a whole. The police officer's idiosyncratic interpretation of a particular behavior and the circumstances surrounding that behavior is assumed to be an important factor in police discretion and decision making.

Nesse sentido, seria possível pensar, em relação ao que foi dito sobre Goldstein, que a natureza da discricionariedade é, definitivamente, dupla para Finckenaue: tanto legal quanto moral. Ou seja, basta existir um dilema moral para que se tenha uma situação discricionária, mesmo não existindo ambiguidade legal que torne necessária uma escolha por parte do policial, objeto do autor.

Dessa forma, o conceito de discricionariedade retoma uma grande amplitude em relação ao que procura descrever e explicar. Ao falar em termos de ambiguidade, o autor procura delimitar seu foco a questões relevantes, a dilemas de difícil solução, entretanto é notável como uma questão estritamente jurídico-formal vai assumindo os contornos de um problema sociológico e antropológico. Ao descobrir a agência dos sujeitos, que, por sua vez, é informada não apenas pela estrutura legal, mas também pela sociedade de conjunto, o conceito de discricionariedade vai assumindo a forma de um problema da relação entre estrutura e ação na sociedade.

O autor, nos trabalhos coletados, não leva até as últimas consequências sua reflexão. No decurso de seus estudos, explora mais fortemente a tese da ambiguidade legal, o que é razoável de se esperar, dada a área em que está inserido. Entretanto, não abandona a segunda tese. Não à toa, recorre, na sua conclusão teórica sobre o tema da discricionariedade, a um antropólogo para iluminar o seu caminho:

Banton (1964) identified the sources from which police officers draw their ideas as to the way in which they should exercise their discretionary powers as: training, the example of their colleagues, advice or instruction from their supervisors, a knowledge of what cases the courts will accept, and a sense of judgement arising from an awareness of the public's point of view. With the exception of training, these sources would all be developed during the process of gaining practical police experience (FINCKENAUER, *idem*, *ibidem*).

Na proporção em que o sujeito vai assumindo papel de destaque na equação da discricionariedade, também ela passa a ser encarada como um problema de maior gravidade por parte daqueles que acreditam que não deve existir espaço para a subjetividade no âmbito da justiça. Um importante porta-voz desse pensamento foi eminente advogado e diretor da escola de direito de Harvard James Vorenberg (1976). Ele define assim os termos do debate:

For our purposes discretion can best be seen as a residual concept - the room left for subjective judgment by the statutes, administrative rules, judicial decisions, social patterns and institutional pressures which bear on an official's decision (VORENBERG, 1976, p. 653-654).

Mais adiante, complementa:

A precise definition is not crucial since discretion is a relative concept – more or less free rein for decisions by public officials. As long as this is understood, Judge Breitel's simple definition may suffice: "[P]ower to consider all circumstances and then determine what legal action is to be taken." (idem, p. 654)

O primeiro dado interessante a se notar das definições de Vorenberg é o sentido bastante restrito que ele emprega o termo “julgamento subjetivo”. Ao contrário dos autores discutidos até então, em que subjetivo se contrapõe ao que é jurídico-formal, este autor contrapõe a ideia do subjetivo até mesmo com os determinantes sociais (como *social patterns and institutional pressures*). Assim, o autor se refere, na verdade, ao que pode haver de mais profundamente individual na conduta dos servidores da justiça. É nesse sentido que a discricionariedade é um conceito residual. Essa afirmação marca uma importante ruptura com o que foi descrito anteriormente, pois, apesar de ainda pervasiva, a discricionariedade caminharia para o desaparecimento em função do avanço da racionalização da ordem jurídica.

Agora, se tomada com atenção o complemento da definição de Vorenberg, é notável que ela contradiz a primeira no sentido de que deixa de ser algo residual para se tornar algo absolutamente trivial, intrínseco à prática jurídica, isto é, ponderar as circunstâncias de um caso e decidir o percurso legal adequado a partir daí. Uma compreensão possível desse paradoxo diz respeito à própria relativização do conceito que o autor apresenta. Como a subjetividade tem seu espaço reduzido nas decisões judiciais, a ideia de discricionariedade assume apenas o sentido de um termo sinônimo ao próprio processo decisório envolvido na aplicação da justiça.

Nesse último sentido, ganha importância a ideia da racionalidade dos procedimentos e da ciência jurídica. O autor parece entender essa racionalidade contraposta com a ideia da subjetividade. A segunda é, na verdade, o elemento de irracionalidade do processo decisório. Isto é, o processo decisório discricionário, entendido no último sentido, diz respeito tão somente à capacidade, produto da própria função do servidor da justiça, de mediar as normas formais, o direito substantivo e os casos concretos. Com isso, o sentido valorativo negativo que a discricionariedade recebe no seu primeiro tratamento é neutralizado. Além disso,

também modifica o sentido da ideia de reino de liberdade decisória, pois essa liberdade assume o significado dessa mesma capacidade intrínseca à função outorgada, isto é, um dever de agir racionalmente e de forma coerente em relação ao ordenamento jurídico. Com esse movimento, o conceito de discricionariedade perde seu estatuto teórico e sua capacidade explicativa para a argumentação do autor.

1.2 ATUALIZAÇÕES CRÍTICAS DO PARADIGMA CLÁSSICO

No movimento de adensamento do conceito de discricionariedade tornado célebre por Davis a partir da perspectiva do sujeito e dos seus determinantes próprios, foi Harold Pepinsky (1975, 1984), professor de justiça criminal, que produziu o diálogo crítico mais interessante até o período, tomando com maior centralidade a necessária interface, que já se fazia presente, entre os estudos legais e a sociologia.

Em um primeiro trabalho (1975), Pepinsky procura estabelecer uma importante diferenciação, já indicada em momento anterior, no que se refere à elaboração de Davis: “the exercise of police discretion is fundamentally a matter of deciding how to treat ambiguous information, not one of ignoring what are already known to be offenses or of failing to find unknown ones” (ibidem, p. 23). Trata-se, evidentemente, da distinção entre as ações legais e ilegais. Assim, Pepinsky determina que não é possível dizer que uma ação contrária ao ordenamento jurídico (pensado de conjunto, o que inclui os estatutos das profissões em si) pode ser considerada uma ação discricionária. Esse tipo de ação, na verdade, refere-se apenas às escolhas possibilitadas por esse próprio ordenamento. A legitimidade da escolha é, portanto, um predicado determinante para o conceito de discricionariedade.

Em trabalho posterior, de 1984, Pepinsky combina essa sua primeira crítica com a ideia fundamental do pensamento de Davis, isto é, o tema da liberdade de escolha: “Discretion, as Davis pointed out, means choice of action.” (p. 250). Contudo, ao reconhecer que essa escolha se encontra a priori limitada, recorre a Sellin (1938), sociólogo pioneiro da criminologia científica, para sustentar a sua conclusão. Pepinsky (1984, p. 250) escreve: “Sellin implies that no actor 'is free to make a choice among possible courses of action or inaction,' for adherence to norms

is the only possibility”. Ou seja, o autor acaba por concluir, contra Davis, que não existe tal coisa como liberdade de escolha, sobretudo liberdade entre escolher um curso legítimo ou ilegítimo de ação. As escolhas, na verdade, existem, mas apenas entre cursos legítimos de ação.

Para poder medir o grau de possibilidade de escolha disponível aos servidores da justiça, Pepinsky recorre ao teste empírico. Observando as patrulhas policiais, ele tenta aferir as bases que determinam os produtos de suas decisões, isto é, a forma como agem. Sua conclusão é eloquente, pois, a despeito dos policiais vocalizarem que suas decisões são tomadas a partir do seu julgamento individual dos cenários com que se defrontam, o que ele observa na prática é que “Apparently, in a quasi-military organization with a vague mandate, bureaucratic functionaries unconsciously patterned their behavior to accord with the nearest thing to directives that existed” (idem). Assim, ele conclui que existe muito pouca discricionariedade nos termos como ela é definida por Davis. Em termos de ação ou inação, mais precisamente (*whether to report an offense*), pois, se deslocado o foco da análise para como o policial agiu (*which offense to report*), a variação no comportamento deles se torna maior e, portanto, é possível voltar a tratar o assunto nos termos da discricionariedade.

É intrigante, no entanto, a definição que o autor oferece a partir das evidências que obtém no campo. Se, no geral, o comportamento dos servidores da justiça é altamente padronizado e previsível, “discretion amounts purely and simply to variance in decisions an observer is unable to explain” (idem, p. 251). Em termos lógicos, o autor descarta o uso da discricionariedade enquanto um conceito para transformá-lo em uma etiqueta, pois, por definição, o comportamento discricionário é algo que não pode ser explicado, inacessível à compreensão da ciência.

O autor, no entanto, se considera um estudioso da discricionariedade. O problema lógico que sua definição empirista apresenta não é reconhecido por ele. Sobretudo porque o sentido que sua definição possui, ao fim, é que a discricionariedade se refere ao comportamento que ainda não pode ser explicado pelo observador. É nesse sentido que ele argumenta ao dizer, mais adiante, que “This empirical result acknowledges that the existence of discretion rests on the method of the observer” (idem, *ibidem*). Ou seja, a verificação da discricionariedade depende da capacidade do observador e de seu método. Assim, apregoando o seu realismo empírico, Pepinsky avança para outra conclusão eloquente “It may well be

that today's discretion will, in light of refined measurements of analysis, turn out to be tomorrow's empirical law of human behavior, by definition a discretionary void" (idem, *ibidem*).

Estendendo a argumentação de Pepinsky, aparece com força a importante relação entre discricionariedade e previsibilidade da ação, tema que apenas aparecia, até o momento, de modo muito superficial. A importância de estabelecer essa relação pode ser bem entendida se retomado o exemplo do policial rodoviário. Se fosse conduzida uma pesquisa empírica, poder-se-ia obter, hipoteticamente falando, o resultado de que os policiais se comportam de forma muito semelhante em casos igualmente semelhantes. A despeito, por exemplo, das teses de Davis e Goldstein afirmarem o caráter discricionário dessa decisão, Pepinsky argumentaria, pelo contrário, que a decisão não é discricionária, pois ela é altamente previsível. Não há, a partir dessa visão, variação inacessível à compreensão do observador. Esse argumento se estende a um vasto conjunto de decisões anteriormente identificado como propriamente discricionário, como, fundamentalmente, o caso da aplicação seletiva das leis (ou da seletividade penal). Pois, argumentando junto com Pepinsky, que se é possível determinar os padrões decisórios dos policiais, tem-se uma ação não discricionária.

A conclusão que se obtém daí é bastante inovadora. A discricionariedade, nesse sentido, não se encontra na raiz das distorções observadas na atuação policial. Pelo contrário, as distorções são, na verdade, produto da alta padronização ou determinação cultural e institucional de suas decisões, produto da acumulação das interações entre os valores organizacionais e sociais. A discricionariedade, nos termos de Pepinsky, seria um remédio contra esse tipo de distorção, na medida em que ela, por definição, significa a ruptura com esse comportamento padronizado. Assim, se Davis acredita que a regulação da discricionariedade produz maior probabilidade de decisões justas, Pepinsky argumenta no sentido oposto, no que estabelece uma relação direta entre a racionalidade dos sujeitos e a justiça: "If we believe in promoting free will or choice, we should be happier as behavior becomes less predictable (*ibidem*, p. 253)".

A combinação dos dois últimos argumentos do autor pode parecer transportar seu raciocínio para uma encruzilhada. Ao mesmo tempo em que o avanço do estudo da discricionariedade leva à diminuição das variações não explicadas, a imprevisibilidade e, portanto, a existência dessas variações é algo desejado.

Contudo, sua explicação científica as colocam à disposição dos servidores da justiça enquanto possibilidades legítimas de ação, aumentando, assim, os cursos de ação disponíveis a eles e rompendo com a sua determinação. Pepinsky (idem, p. 252), mais precisamente, afirma:

The behavioral test of discretion can be justified on prudential as well as empirical grounds. Insofar as actors manage to do what observer-scientists do not expect, the actors provide the observers with options that the observers can attempt to make plausible, practical, and rational. Explanations of previously unanticipated action can justify options for those who previously were locked into behaving predictably. The quest to understand unexplained variances in behavior is a quest to expand knowledge of rational options that similarly situated actors have.

Com esse argumento, Pepinsky chega a outra conclusão instigante. Para ele, tanto a discricionariedade quanto a seletividade penal são produtos do controle social, sendo essa última noção entendida como o efeito condicionante da ação humana que a expectativa dos outros em relação a ela produz. Nesse sentido, quando o controle social opera delegando sua função tão somente às leis, as condições para que a polícia se baseie em costumes se formam, diminuindo sua margem de discricionariedade. Pelo contrário, quando a atividade policial é mais bem regulada, a discricionariedade policial é criada. Isto é, sua ciência da discricionariedade desaguaria na extensão dos estatutos que regulam a atividade policial.

Assim, os policiais se veriam obrigados a lidar, a todo tempo, com uma série de possibilidades (as ambiguidades mencionadas no início) e seriam também obrigados a sustentar racionalmente suas decisões quando fossem requeridos, em um processo de accountability. Pepinsky preconiza, então, a possibilidade explícita dos policiais escolherem a que regras e normas eles aderirão em um determinado caso, algo que já se dá na prática, mas que, ao permanecer obscurecida pelo legalismo da aderência cega às normas, se coloca indisponível aos processos de accountability.

A solução, sem dúvida, é criativa e também um manifesto pela necessidade da interface entre a ciência e a prática dos servidores da justiça, tema que está presente em todos os outros autores comentados anteriormente, mas que só agora ganha uma formulação precisa, sobretudo do ponto de vista metodológico. No entanto, a elaboração contém um argumento internamente incoerente, além, é claro, dos problemas mais propriamente lógicos, que já foram exhaustivamente abordados. No início, Pepinsky argumentou que os funcionários de uma burocracia

inconscientemente padronizam o seu comportamento e é justamente contra essa tendência que ele procura elaborar um remédio. Entretanto, sua argumentação fica aquém no que se refere à explanação sobre como essa tendência seria inibida a ponto de não voltar a se reproduzir. É cabível, na sua própria lógica, que padrões de atuação voltem a se formar, mas em outras bases, podendo elas serem justas ou igualmente injustas. Sobretudo se se somar a essa equação, por exemplo, o treinamento dos policiais, o nível de organização da instituição, seu insulamento em relação à sociedade de conjunto e etc. O que se conclui, portanto, é que Pepinsky, ao pensar a discricionariedade, identifica o peso que a sociedade produz sobre ela, ou sobre o tipo de comportamento que era categorizado como discricionário. Entretanto, na busca por uma solução para o problema da discricionariedade, ele vê apenas a negação da determinação social do comportamento individual, sem defender a sua possibilidade, em termos empíricos ou filosóficos. Sendo assim, sua definição cumpre o importante papel de distinguir fenômenos e identificar algumas de suas causas, mas não lhe permite ir além disso de forma cientificamente convincente.

O conjunto de elaborações considerado até aqui permite se ter um quadro bastante completo dos principais desenvolvimentos do debate acerca da discricionariedade dentro do campo dos estudos legais nas suas quatro décadas mais frutíferas, isto é, em que o esforço de se definir esse fenômeno se fez mais presente. A partir dos anos 2000, novos pesquisadores passam ao esforço de extrair conclusões dos debates que os precederam. Esse é o caso das especialistas em direito penal Loraine Gelsthorpe e Nicola Padfield (2003).

Na definição que oferecem, fica evidente que o movimento operado foi uma composição das teses anteriores: “at its simplest then, discretion refers to the freedom, power, authority, decision or leeway of an official, organization or individual to decide, discern or determine to make a judgment, choice or decision, about alternative courses of action or inaction” (GELSTHORPE e PADFIELD, 2003, p. 3). A esse mesmo movimento se soma o esforço de novamente ponderar na análise os constrangimentos sociais que envolvem qualquer tipo de ação individual. Apoiadas em Baumgatner (1992), complementam:

Judgments or choices are in practice much constrained, not only by formal (and sometimes legal) rules but also by the many social, economic and political constraints that act upon the exercise of choice. In fact, because of

these constraints, some might go so far as to suggest that “discretion” is often a myth.

Novamente mimetizando os movimentos feitos no passado, os fatores de constrangimento da ação não são encarados em todas as suas consequências – o que não significa, é claro, negar agência aos indivíduos –, o que os torna, novamente, meros acessórios em relação a tese principal, isto é, “As previously indicated, the exercise of discretion necessarily involves a power to decide, to choose, to discern or to determine” (idem, p. 9). Dessa forma, também se situam no debate sobre o alcance da ideia de discricionariedade. Se situam nos marcos daqueles que aproximam a discricionariedade dos processos decisórios em geral. O termo, então, assume a identidade, no vocabulário do estudo da justiça, da ciência do comportamento humano. Assumindo essa posição, as autoras também afirmam a necessidade de diferenciar a discricionariedade de termos usados de forma correlata, sobretudo daqueles que possuem conotação essencialmente negativa, como são os casos da discriminação (*discrimination*) e da disparidade (*disparity*). A ciência da discricionariedade não é, para elas, a ciência das más decisões.

Qual o local adequado para os dois outros termos na sua sintaxe? Para elas, discriminação, pensada abstratamente, pode ser usada em dois sentidos, um positivo e outro, negativo. Entretanto, assumem que no estudo da justiça, apenas o sentido negativo é de uso corrente. Sendo assim, a discriminação significa o tratamento de forma desfavorável de pessoas segundo critérios de sexualidade, gênero, classe social, pertencimento étnico, língua, raça, religião, idade, deficiência, “or any other improper ground” (idem, p. 4). Ou seja, a noção se encontra inextricavelmente entrelaçada com a ideia de preconceito. Se essa ideia é diferente da de discricionariedade, não é verdade que elas não se relacionem de alguma forma:

Studies of discrimination in the criminal justice system have suggested that it occurs where the law is permissive and individual discretion wide, and that where there are few guidelines as to how a decision should be taken, decision-making is often based on subjective judgments (idem, ibidem).

Já a disparidade, para as autoras, é um termo circunscrito ao processo decisório das sentenças (*sentencing*) em que se produzem sentenças diferentes para casos semelhantes. Também se aplica, seguem, a casos de diferenças no âmbito processual penal, isto é, em que vítimas e/ou ofensores são tratados de forma desigual ao longo da sua passagem pelo sistema de justiça criminal. Notavelmente, essa noção é semelhante às duas outras. Pode-se afirmar, por

exemplo, que ambas as últimas são partes distintas de uma mesma relação causal, em que a discriminação se encontra na arena da causa e a disparidade, das consequências. O certo, contudo, é que “since ‘disparity’ raises questions about difference it also raises questions about the exercise of discretion” (idem, ibidem).

As distinções terminológicas não significam, portanto, o isolamento dos fenômenos entre si. É possível induzir, na verdade, um encadeamento causal entre elas. A discriminação é uma forma de agir possível dentro do sistema de justiça criminal e a disparidade é o seu efeito imediato. É porque as pessoas são discriminadas de alguma forma que se produzem decisões distintas para casos semelhantes. Só que a discriminação, em primeiro lugar, existe tão somente porque os servidores da justiça possuem a capacidade de tomar decisões, isto é, suas ações não se encontram completamente determinadas pelos estatutos jurídico-normativos e pelos constrangimentos sociais, econômicos e políticos.

No que se refere ao debate feito aqui, as autoras se inserem em uma linha de continuidade com o trabalho pioneiro de Kenneth Culp Davis. Ressoa na sua argumentação, a mesma visão sobre a relação entre as leis e o comportamento humano. Crê-se que as primeiras podem determiná-lo em grande grau, mesmo sendo impossível atingir o seu máximo. Vigora, assim, enquanto base filosófica, o ideal iluminista da racionalidade perfeita, em relação ao qual a ciência da discricionariedade pretende se colocar a serviço.

Também faz sentido o *insight* crítico de Pepinsky, quando diz que a discricionariedade existe dependendo do ponto de vista do observador. Pois é preciso, em primeiro lugar, saber se, em determinado momento, se é feita uma escolha não, se ela é legítima ou não – o que pode ser o mesmo que dizer se ela é racional ou não –, o que a informa. Com isso, o problema retorna para seu ponto de partida fundamental.

O conjunto de autores discutidos até o momento formam um quadro, o mais fiel que possível, dos principais debates envolvendo o tema da definição do fenômeno da discricionariedade no campo dos estudos legais. Outros pesquisadores, em anos recentes, também verificaram a necessidade de uma revisão crítica e compreensiva desse mesmo debate. Cordner e Scott (2014) e Ernest Nickels (2007) são os exemplos mais destacados. Em ambos trabalhos, as conclusões convergem no sentido de expressar a ausência de consenso acerca da definição. Nickels (2007, p. 570), por exemplo, escreve:

At once the term seems to potentially refer to: the capacity to make a work-related decision; the authority to make a legal decision; the use of judgment or interpretation in legal decisions; the relative indeterminacy of law in legal outcomes; the relative salience of extralegal factors in the same; the sheer variability of outcomes across similarly situated legal contexts; the individual agency presumed to drive that variation; the decision-making process, per se; and more. Discretion is found both in (or behind) the actions of police officers as well as their lack of action.

A despeito do autor elaborar uma lista abrangente de significados possíveis para o termo, ele deixa de perceber o elemento comum de todas essas definições. Como se procurou demonstrar paulatinamente ao longo de toda exposição, todos os autores trabalham com variações acerca de uma base comum. Isto é, uma compreensão filosófica a respeito da relação do indivíduo com a sociedade, do indivíduo com a estrutura legal da sociedade – ou da estrutura legal da sociedade com o indivíduo – e da racionalidade do sujeito e do que forma essa racionalidade. É por esse motivo que o termo liberdade e seus sinônimos são tão frequentemente usados e debatidos. Mesmo quando reconhecem, por exemplo, a existência de constrangimentos sociais para a ação, os consideram secundários em relação às possibilidades de o indivíduo intervir de forma autônoma no mundo mediante a ponderação racional das variáveis disponíveis. No mesmo sentido tratam a estrutura legal da sociedade. Ora ela é a expressão por excelência dessa racionalidade técnico-formal que deve, portanto, ser aprimorada cada vez mais a fim de subjugar a irracionalidade da intervenção da cultura e dos costumes sobre os sujeitos. Ora ela é um constrangimento circunstancial ao exercício da autonomia do indivíduo, no que deve ser racionalizada.

Se a melhor escolha é sempre a escolha mais racional e a racionalidade é propriedade dos indivíduos, o estudo da discricionariedade é, em primeiro lugar, o estudo dessa racionalidade (na sua forma codificada ou não codificada) e em segundo, o estudo das influências irracionais sobre a forma de agir dos indivíduos. Mesmo acreditando produzir uma ciência aplicada e muito circunscrita, os autores listados aqui, na verdade, também estavam produzindo – ou reproduzindo – uma teoria social. E, nesse sentido, o uso do conceito de discricionariedade tem sido o agente mistificador dessa incursão despercebida na sociologia, na antropologia e na filosofia. Isso, sem dúvida, não permitiu que o debate não fosse além, pois não permitiu que se questionasse seus próprios pressupostos.

2. DISCRICIONARIEDADE E CULTURA OCUPACIONAL: A CRÍTICA SOCIOLÓGICA

Ao mesmo tempo em que se desenvolviam os estudos referenciados nos capítulos anteriores, vinha também se formando um segundo conjunto de estudos acadêmicos acerca do sistema de justiça criminal, suas instituições e seus operadores. Diferentemente do primeiro, esse grupo se caracteriza pela adesão teórica aos postulados formulados pelo que veio a se conhecer como a Escola de Chicago, o interacionismo simbólico de Erving Goffman e pelos métodos etnográficos de pesquisa. São, assim, autores que se dedicaram fortemente ao estudo empírico, abrandando o enfoque formalista que prevaleceu no grupo anterior. Com isso, à medida que suas críticas e teses vem a público, a ideia da discricionariedade enquanto liberdade de escolha racional vai sendo desconstruída.

Conceitualmente, esse grupo da literatura acadêmica também contém as pesquisas que conferiram grande centralidade à ideia das culturas organizacionais. Ou, em outras palavras, para o estudo dos aspectos estruturados e estruturantes da ação social, de referencial teórico sobretudo de Max Weber e Anthony Giddens. Esses são os principais críticos das teses elaboradas no âmbito das ciências jurídicas. Tanto no sentido teórico, quanto no sentido político, pois evidenciavam o provável fracasso da reforma da justiça, no sentido do controle ou da expansão da discricionariedade, em função do limitado diagnóstico e, por consequência, do remédio incorreto. Isto é, não parece a esse segundo grupo de estudos tratar-se de um problema jurídico-formal, mas sim organizacional, o que torna necessária uma resposta igualmente organizacional.

O último deslocamento importante praticado pelos sociólogos que compõem esse grupo da literatura diz respeito aos objetos de estudo. Em geral, os *legal scholars* produziram suas teses refletindo o sistema de justiça criminal de conjunto. Por vezes, tinham como referencial empírico uma ou outra instituição desse sistema, como a magistratura, mas desenvolviam, a partir delas, generalizações a respeito do comportamento decisório do conjunto do sistema. Já os sociólogos produzem suas pesquisas tomando como objeto especialmente as organizações policiais. Várias razões são mobilizadas para justificar essa escolha. A principal delas certamente é a interferência muito mais direta e nítida dessa instituição no cotidiano das comunidades políticas. Isto é, os sociólogos consideram a polícia uma organização

especialmente problemática. Ao contrário também dos *legal scholars*, os pesquisadores debatidos a seguir não procuraram estabelecer generalizações a partir de seus objetos, sendo suas pesquisas muito mais circunscritas a contextos específicos.

A imersão nesses estudos começa com o trabalho de síntese bibliográfica de Louise Westmarland (2008), que, entre outras coisas, recupera o que ela considera ser a trajetória desse grupo. Ao introduzir o debate sobre os autores pioneiros (cf., por exemplo, Banton, 1964 e Skolnick, 1966), a autora elenca quatro temas que são discutidos com ênfase. O primeiro diz respeito ao que a polícia de fato faz, em oposição ao que eles dizem ou pensam que fazem, tema este que, em geral, é utilizado de forma a criticar, ou desmascarar comportamentos racistas e sexistas por parte dos policiais.

O segundo se refere ao problema da reforma da polícia, no sentido de que “the police would be really effective if they were not controlled by pernicious police culture” (idem, p. 257). Já o terceiro diz respeito às similaridades entre as diferentes organizações policiais promovidas pelo treinamento e demais processos de introjeção de valores e padrões de conduta. Por último, o argumento de que a cultura policial é um mal necessário ou inevitável dadas as características das instituições policiais e do trabalho policial. Nesse argumento final, ainda acrescenta que a cultura policial não é única ou extemporânea, mas algo que varia de acordo com as diferenças entre organizações policiais e os territórios em que estão localizadas.

Em relação à cultura policial, ideia mais poderosa a ser desenvolvida por esses pesquisadores, Elaine Campbell (1999), cuja formulação própria será debatida no capítulo seguinte, elaborou uma sistematização mais abrangente e precisa. Segundo ela (idem, p. 93), a cultura policial desde o início aparece no sentido de desvelar uma camada de normas e valores ocupacionais informais operando sob e por meio de uma estrutura policial aparentemente rigidamente adequada aos preceitos legais. No âmbito das definições, Campbell anuncia algumas variações semânticas:

For example, Manning (1977: 143), simply refers to the “core skills, cognitions and affect (that define) good police work”; it includes “accepted practices, rules and principles of conduct that are situationally applied, and generalized rationales and beliefs” (Manning 1989: 360). Reiner (1992) equates “police culture” with the “values, norms, perspectives and craft rules” that inform police conduct. Skolnick (1966) speaks of the “working personality” of a police officer

– a response to the danger of the task, the unpredictable and alienating nature of the work, the authority of the “uniform”, and the pressure to be “productive” and “efficient”. Reiner (1992: 111-129) isolates certain features of “police culture” that are related to this “working personality”, including a cynical, suspicious and pessimistic world view; isolationism coupled with a strong sense of solidarity with other officers; a conservative political and moral outlook; a pragmatic, down-to-earth, anti-theoretical perspective; and a machismo and racist attitude.

A despeito das nuances, Campbell identifica o entendimento comum de que cultura policial é funcional para a estabilidade das organizações policial, pois elas são responsáveis por um trabalho que é extremamente estressante e precário. Fazendo referência a Goldsmith (1990), a autora expõe que o laço de solidariedade entre policiais oferece a eles a sensação de segurança de que seus pares irão se dedicar igualmente ao trabalho, que irão defendê-los, protegê-los e assisti-los quando confrontados com ameaças externas, e que manterão o sigilo sobre seus comportamentos e dos outros diante de investigações externas. Nesse sentido, fazer parte desse mundo cultural proveria a segurança ontológica e a identidade social dos policiais necessárias para que eles sigam cumprindo suas funções.

Se esses são os temas centrais desse grupo, qual o estatuto do conceito de discricionariedade entre eles? Segundo Westmarland, esse conceito se encontra na raiz das motivações desses estudos. Isto é, a discricionariedade exercida pelos policiais é considerada o principal problema social e sociológico a ser enfrentado por essa agenda de pesquisa. Em síntese, a autora afirma: “The role of discretion is central to policing because the law in theory and the law in practice differ” (WESTMARLAND, 2008, p. 255). Com isso, já é possível fazer uma primeira aproximação com as conclusões do capítulo anterior. A discricionariedade aparece, mais uma vez, como o elemento de mediação entre o formal e o real. Entretanto, é fundamental identificar que, aqui, a cultura organizacional é uma segunda mediação nessa relação. Assim, entre o formal e o real, existe a mediação do indivíduo (no caso, o profissional da lei e da ordem), aquele que interpreta os códigos para os casos concretos, e a da cultura organizacional, que fornece a ele o conjunto de elementos fundamentais para sua tomada de decisão. Daqui, finalmente, também se nota um uso próximo do conceito de discricionariedade em relação aos juristas: trata-se de comportamento próprio aos servidores da justiça.

A partir desse panorama geral, agora é importante explorar as nuances do debate. Entre os autores considerados pioneiros nesses estudos, o primeiro trabalho a se destacar é o de Michael Banton (1964). Segundo Eugene McLaughlin (2006), a tese de Banton pode ser considerada um dos primeiros trabalhos sociológicos de investigação das dimensões ocupacionais do trabalho policial considerando também sua inserção em um contexto social mais abrangente. Essa última ideia, inclusive, tornou-se uma das características distintivas dos estudos que seguiram o legado de Banton. Assim, de forma distinta do grupo anterior, que pensava a partir de sujeitos abstratos – os indivíduos racionais –, Banton afirmava a necessidade de se pensar os sujeitos na sua forma temporal e historicamente situadas se se deseja entendê-los a fundo. A agenda de pesquisa conformada por Banton contava, sobretudo, com os seguintes temas:

what police officers actually do when they are on duty; how patrol officers make sense of their work; the formal and informal sources of the police officer's authority; how, why and with what effect officers use their discretionary powers; how officer/citizen interactions produce and shape police-work; the defining features of the working personality of the police officer; and the characteristics and function of the rank and file occupational culture (McLAUGHLIN, 2006, p. 28)

Além disso, Banton também formulou três importantes premissas para o desenvolvimento das pesquisas no campo. A primeira é que a polícia é apenas um pequeno elemento dentro de um complexo sistema de manutenção da ordem e de regulação dos comportamentos desviantes. A segunda, que os policiais não podem ser entendidos apenas como aplicadores da lei ou agentes de combate ao crime. Mas também enquanto oficiais capazes de assegurar paz e que, para isso, realizam distintas tarefas intimamente conectadas e dependentes de meios informais de controle social. Essas duas premissas podem ser também compreendidas como a importância de considerar “the quality of the order and density and texture of social relations that comprise a given social system” (MCLAUGHLIN, 2006, p. 30) no estudo das organizações policiais. E, finalmente, que é preciso estudar as organizações policiais ao redor do mundo de forma comparativa com o propósito de compreender a fundo as filosofias de policiamento, suas práticas e também inovações possíveis. De um ponto de vista mais geral, Banton afirma, portanto, a necessidade de se ponderar na análise sobretudo os elementos estruturantes da comunidade em que se insere a pesquisa.

Talvez por conta dessa definição a respeito da causalidade do comportamento humano é que Banton não oferece um debate mais refinado a respeito da discricionariedade em si mesma. Assim como havia sido anunciado, a discricionariedade é entendida como uma mediação da equação do processo decisório dos servidores da justiça. Entretanto, uma mediação sem efeitos próprios. Em uma ponta, se tem os fatores estruturantes. Na outra, o efeito prático. A síntese dos primeiros determina o segundo. Assim, a discricionariedade apenas nomeia a operação dessa síntese que já se encontrava pré-definida tão somente pela presença dos próprios fatores levados em conta no primeiro momento.

O trabalho do sociólogo Jerome Skolnick (em especial, 1966), também pioneiro nessa agenda de pesquisa, aponta na mesma direção que o de Banton. Ele assume a perspectiva segundo a qual a organização policial é parte de um meio social mais amplo, permeado de pontos de contato com outras esferas e instituições da vida social. Isto é, a cultura policial não existe, afirma o autor, em um vácuo social, mas sim em constante interação com a cultura social como um todo. Diferentemente de Banton, todavia, o autor considera mais extensamente as variações encontradas dentro de uma mesma organização policial no que se refere aos comportamentos ditos discricionários – a despeito de não ser possível encontrar uma diferenciação precisa entre esses e os comportamentos não discricionários.

Em relação a essas variações possíveis, Skolnick tenta compreendê-las incluindo na equação do comportamento discricionário as disposições individuais dos policiais. Para ele, tais disposições produzem as variações. Mais precisamente, Skolnick afirma que na operação de síntese de valores e normas que ocorre no que se chama de momento discricionário algo inextricavelmente individual é capaz de produzir alterações no resultado da operação.

A partir da ideia de personalidade ocupacional (*working personality*), ele tenta prever o comportamento dos policiais em diferentes situações. Mesmo não sendo todos os policiais parecidos, ele afirma: “there are distinctive cognitive tendencies in police as an occupational grouping” (idem, p. 42). Essas tendências sempre se desenvolvem pois os policiais inescapavelmente se encontram submetidos às consequências psíquicas do perigo inerente a suas funções, ao investimento de autoridade e à pressão geral por eficiência na manutenção da lei e da ordem. Esses mecanismos se expressam, por exemplo, na vigência, entre os policiais, de um sentimento comum de suspeição generalizada em relação aos membros da

comunidade que policiam, fazendo com que todos apareçam a eles enquanto possíveis inimigos. Isso, por sua vez, leva ao isolamento da polícia em relação à comunidade, produzindo uma dinâmica de reforço dos valores e das identidades partilhadas estritamente pelo grupo. Essa coesão engendra a cristalização desse conjunto de referenciais, tornando-o também menos permeável a influências externas.

Skolnick, portanto, analisa dois processos concomitantes, porém de sinais opostos e de diferentes intensidades. Por um lado, o processo sistemático de reforço e reprodução da cultura policial entendida enquanto fator de padronização comportamental. E, por outro, os pequenos ruídos da discricionariedade entendida enquanto variação comportamental. Evidentemente, a descrição da discricionariedade enquanto algum tipo de variação não é muito distinto do que fizeram os juristas discutidos no capítulo anterior. O mais importante a se considerar, é a que está referenciada a discricionariedade. Agora, ela se encontra relacionada aos valores e sentimentos compartilhados por um grupo. O sistema legal se torna apenas um dos elementos da complexa cadeia de relações e interações que conformam a cultura policial. Deixa de ser, assim, uma unidade de análise. E, finalmente, se torna evidente o estabelecimento de um novo par conceitual: discricionariedade e cultura organizacional. O tratamento dessas duas ideias em conjunto seguirá ocorrendo nesse grupo da literatura.

Apesar desse deslocamento fundamental, o termo segue sem ter conteúdo próprio. Em certo sentido, se apresenta enquanto um gerador de aleatoriedades. Ademais, deve-se considerar também que a discricionariedade é residual, pois o processo de aculturação é muito mais poderoso na análise de Skolnick. Mesmo assim, para superar a crítica de que o conceito segue vazio de sentido, ainda seria possível ao autor discutir de forma mais refinada que tipo de processos são estes que levam o indivíduo a obter resultados distintos em relação àqueles obtidos pela maioria de seus pares e quais seus efeitos para a cultura policial. Nesse sentido, uma hipótese é pensar a discricionariedade enquanto ruído no processo de aculturação dos policiais produzido, por exemplo, pela interação conflituosa entre os valores e sentimentos que eles possuíam previamente com aqueles que vigem na organização. De qualquer forma, esse esforço concentrado no problema da discricionariedade não fez parte das elaborações do autor.

O terceiro e último autor a ser debatido entre os pioneiros dessa agenda de pesquisa é o teórico das organizações John Van Maanen (1978). A especificidade do seu trabalho se encontra no viés que atribui a sua pesquisa: de denúncia e crítica frontal às organizações policiais. Segundo McLaughlin (2008, p 262),

Van Maanen represents a move towards a “warts and all” approach to police description and analysis. It is a trend which continues, particularly in American police ethnographies of culture, and later in observation studies more generally, with some authors asking what would be the point of studying the police at close quarters other than to discover their misdemeanours, and seeing police culture as being a significant source of the deviancy.

A partir de sua pesquisa, Van Maanen aponta, por exemplo, que os policiais compreendem que, na realidade, pouco do seu tempo é dedicado ao que consideram o “trabalho policial real”, isto é, investigar, perseguir e capturar suspeitos. Assim, diante dessa aparente inutilidade prática, forjam as categorias de “nós” e “eles” a partir do distanciamento artificial entre os policiais e a comunidade policiada. Isso se torna, então, a base a partir da qual eles justificam seu lugar na ordem moral da sociedade e a partir da qual aplicam as normas gerais e ambíguas sob seu mandato. Exemplo disso é sua descoberta de que os policiais agrupavam as pessoas de forma fixa em categorias como “assholes”, que incluem, por exemplo, os jovens, os negros, os militantes políticos e outros *outsiders*, como estudantes, latinos, repórteres, advogados, agentes de serviço social, prostitutas e membros de gangues. A cultura policial, para Van Maanen, sustenta essas visões de mundo, e também cria outras. Conforma, assim, um código de conduta não escrito, cuja principal característica é a violação sistemática dos códigos legais, exemplificada perfeitamente nos frequentes espancamentos (*beatings*) de pessoas enquadradas nessas categorias perigosas.

Notadamente, Van Maanen quase não faz referência à ideia da discricionariedade. Contudo, ele permite indicar o tratamento semelhante que por vezes a discricionariedade possui em relação à ideia de cultura policial. No grupo anterior, a discricionariedade era ora considerada algo positivo, ora algo que produzia efeitos negativos. Assim, os autores transitavam entre a afirmação da necessidade de restringi-la e a necessidade de expandi-la. Ainda, a maior parte a considerava uma característica indisputável das funções dos servidores da justiça estudados. Já aqui, a cultura policial é tratada de forma análoga. Ora ela pode servir às boas práticas, ora às más práticas. Nesse sentido, o par discricionariedade-

cultura policial, no caso de Van Maanen, é assemelhado ao problema da arbitrariedade, com a precisão de que se trata de um tipo de arbitrariedade cuja natureza se encontra no nível do grupo, e não no nível do indivíduo.

Além disso, o trabalho de Van Maanen permite destacar também que, ao contrário do grupo anterior, nesse caso não há propriamente um debate acerca da possibilidade de tratar o conceito à medida que se observam práticas ilegais. A imersão etnográfica característica dos autores aqui situados evidencia desde os primeiros momentos que a barreira da legalidade é frequentemente transpassada pelos policiais. Nesse sentido, o argumento de Kenneth Culp Davis (cf. Capítulo 1), sobre os limites efetivos da atuação policial, poderia ser ampliado para um conjunto quase inesgotável de episódios policiais. Isso pois não existiriam limites efetivos óbvios, já que o principal deles, a adesão ao Estado Democrático de Direito, não é efetivo.

Como afirmado no início, a discricionariedade aparece apenas como um problema de fundo para os formuladores da agenda de pesquisa da cultura policial, a despeito de sua enorme importância enquanto problema social e sociológico e enquanto conceito. Algo que fica evidente pela ausência de uma apreensão mais crítica desse fenômeno, isto é, com algum sentido que fosse para além de seu uso corrente. Dentro da agenda, entretanto, existe o trabalho de Andrew Goldsmith (1990), que, ao contrário de seus precursores, procurou tomar o problema mais frontalmente.

Seu ponto de partida conceitual é o trabalho de Herman Goldstein, discutido anteriormente. Ele afirma, em uma leitura de Goldstein, que a discricionariedade possui sua natureza na dinâmica da relação entre “the formal 'rule-worlds' of the wider community and of police departments, with the informal 'rule-world' of the police (sub)culture” (GOLDSMITH, 1990, p. 91).

Entretanto, ele critica Goldstein por considerar que neste, e nos demais autores inseridos no mesmo grupo, a discricionariedade é entendida a partir de uma avaliação negativa das normas, dos valores e das atitudes dos policiais de nível da rua, particularmente no que se refere ao efeito desse conjunto de disposições sobre a adesão às regras formais e sobre o comportamento policial em geral:

Ready resort to excessive force, harassment of certain minority groups, selective arrest practices, reluctance to get involved in domestic violence situations and codes of secrecy are attributed to

distinctive, sometimes even pathological, characteristics of the police culture (idem, p. 91).

Por fim, ele também questiona o que considera ser uma visão instrumental do comportamento legal, em que a não adesão às regras e normas é necessariamente entendida como algo excepcional e aberrante. O que é demonstrado, segundo Goldsmith, pelo fato das iniciativas de reforma produzidas a partir dessa perspectiva terem se pautado apenas pela regulação formal do comportamento dos servidores da justiça.

De modo a superar as deficiências dos trabalhos anteriores, o autor afirma a necessidade de uma visão mais positiva e realista da cultura policial e do seu significado, mas também da discricionariedade e da regulação por vias legais do comportamento policial. Assim,

It will be suggested that not only is the police culture a given, major variable in explaining and predicting police conduct, which needs to be acknowledged in all its complexity and, at times, perversity, but that it is also a resource which can be engaged for the purposes of addressing the difficult issues of policy and practice at stake in dealing with questions of police discretion and police misconduct. A key assumption orienting my argument on these issues stems from the observation that fundamentally, police discretion and police behaviour can be considered as aspects of police work, activity carried out on a regular basis by often highly experienced and knowledgeable 'street cops' who belong to the police culture.

Tomando os últimos argumentos de conjunto, Goldsmith parece, de fato, realizar o mesmo movimento de Goldstein para caracterizar aquilo que chama de discricionariedade. Aponta para um fenômeno mais circunscrito, algo que se configura na medida em que existe algum atrito ou ruído na interação das regras formais e informais. Mais à frente, incrementa sua explicação dizendo que a discricionariedade é um aspecto do trabalho policial diferente do comportamento policial (*police behaviour*). Entretanto, não fica evidente qual é exatamente a distinção entre os dois fenômenos. Se considerado o argumento de Goldstein para sustentar essa posição, pode-se compreender que a discricionariedade se faz presente à medida que se tem uma ação policial ditada por uma leitura peculiar de um conjunto ambíguo de normas e informações. E, por exclusão, o comportamento policial seria aquele mais restrito à esfera das ações rotinizadas.

Para verificar esse entendimento, é necessário olhar para o que autor considera a melhor forma de lidar, em termos práticos, com os temas propostos: a produção negociada de regras (*negotiated rulemaking*). Esse modelo, segundo ele, é

o que melhor consegue responder de forma empática e construtiva aos problemas da cultura policial e aos gerados pelas demandas do policiamento de nível da rua. Em termos mais concretos, ele afirma a necessidade de se adotar um modelo de barganha coletiva em que as negociações são percebidas como um processo informal de entre os diversos grupos afetados pela proposta de regulação. O seu produto final seria, assim, acordado por todos eles.

Além da informalidade do processo, outro deslocamento importante é que ele se apoia, dado o seu formato, não em hipóteses e especulações formais, mas sim em elementos práticos e empíricos. Finalmente, outra vantagem desse formato, a mais importante delas, está no entendimento por parte dos atores envolvidos no processo da legitimidade da decisão e das regras produzidas via negociação:

Parties which have negotiated the terms of the problems, and then accommodated sufficiently each's respective concerns about particular rule formulations to arrive at jointly produced rules, are highly unlikely, compared at least to other rulemaking procedures, to then reject the terms of such rules or to frustrate the realization of the purposes behind the rules (HARTER, 1982, p. 31 apud GOLDSMITH, 1990, p. 105).

Emprestando o argumento de Koch (1986, p. 444), ele, por outro lado, indica também os limites de sua proposta: “Efforts to structure and confine... discretion inevitably reach the point of diminishing marginal utility: the more this is done the more the system loses its ability to do individual justice”. Assim, é preciso encontrar a justa medida entre a estruturação do comportamento discricionário do policial e a sua liberdade de julgamento ou escolha, pois a saturação do sistema com normas cada vez mais específicas atinge um ponto em que ela perde eficácia real e utilidade prática. A partir dessa ideia, ele lista temas específicos em que a regulação mais extensiva é mais desejável: manifestações políticas, “enquadros”, prisões, confiscos, porte de armas de fogo, uso de informantes pagos, trato com dependentes químicos, procedimentos investigativos acerca da conduta de policiais. Nesses casos, argumenta o autor, é preferível que o exercício do poder discricionário seja mais previsível e ancorado em princípios bem definidos.

Como já havia explicado, Goldsmith afirma que, independentemente do sucesso da forma negociada de produção de regras, é preciso existir mecanismos que garantam a adesão a essas regras pois essa não se dá de forma automática e espontânea. Ademais, ele ainda sustenta que qualquer regulação pode ter consequências inesperadas e, assim, a ausência de um sistema de monitoramento

impediria que o efeito pretendido por ela seja de fato aquele que se efetivará. O caminho, assim, seria o da conformação de mecanismos eficazes de incentivo à denúncia entre pares e de sanção, ambos sendo, igualmente, produtos de negociações entre as partes.

A elaboração em torno da regulação e controle do comportamento policial coloca dificuldades para o argumento que se tentou desenvolver acima sobre a definição da discricionariedade. A discriminação racial, por exemplo, é elemento recorrente entre os achados dos estudos sobre a cultura policial. Dentro da lógica reguladora de Goldsmith seria, portanto, adequado que se formulassem mecanismos que alterassem os efeitos dessa característica das organizações policiais. Entretanto, como mostrou Pepinsky (cf. Capítulo 1), esse comportamento também é altamente previsível e rotinizado. Seria ele, portanto, um comportamento não discricionário a partir do entendimento da diferenciação que se procurou estabelecer entre o simples comportamento e a discricionariedade policial. Ou seja, se chega a uma conclusão diametralmente oposta ao que inicialmente se aventou.

No posterior desenvolvimento das pesquisas inseridas nessa agenda, seguiu se evidenciando e se aprofundando a importante contradição que até agora permaneceu latente. A despeito da centralidade da discricionariedade para a reflexão analítica que os sociólogos vinham desenvolvendo, as formulações acerca desse fenômeno em si mesmo permaneceram majoritariamente secundárias. Para entender o estatuto do conceito de discricionariedade para esse grupo da literatura é fundamental considerar o nível da análise em que se situam. Ao compreender o funcionamento das organizações policiais enquanto um conjunto de práticas de grupo, a unidade de análise do indivíduo foi relegada a segundo plano e, muitas vezes, desconsiderada. A discricionariedade, como demonstrado sobretudo por Skolnick, ocupa justamente esse nível secundário de análise.

Como demonstrou Janet Chan (1996), as pesquisas se desenvolveram largamente apenas no sentido da compreensão da cultura policial em si mesma. Contudo, com o desenvolvimento e refinamento da compreensão das culturas policiais também vai se tornando mais nítido o que os autores consideram ser a discricionariedade e quais seus efeitos para os processos de aplicação da lei.

O ponto de partida de Chan é quatro críticas fundamentais às formulações até então hegemônicas sobre a cultura policial. A primeira crítica se refere à observação de que não existe de fato apenas uma cultura policial, pois, na verdade, o que se

entendia como tal consiste apenas na cultura dos policiais de nível da rua (*street cop culture*). Os policiais de outros níveis hierárquicos possuem seus próprios conjuntos de valores e práticas que partilham entre si. Indo além, a pesquisadora retoma Manning (1993) para afirmar que existem, ao menos, três subculturas policiais: *command*, *middle management* e *lower participants*. Também deve-se distinguir entre a cultura do policiamento urbano e rural, como sugeriu Cain (1973) e indicou Shapland e Vagg (1988). Do ponto de vista jurisdicional, Bittner (1967) já indicava as características muito específicas dos policiais que patrulhavam as periferias (*skid rows*), entendidos como habilidosos artesãos (*craftsmen*) com vasto conhecimento geográfico e histórico das suas áreas de intervenção. Já Punch (1979, 1985), nota, exemplarmente, dois tipos de policiais, os “*uniform carriers*” e os “*asphalt cowboys*”, que se conformam de acordo com as características únicas da área em que trabalham. Sendo assim, a forma correta de lidar com a cultura policial é tratando-a no plural, o que significa o mesmo que dizer que se deve contextualizá-la precisamente.

Fielding (1994), por exemplo, consegue extrair a fundo as implicações que tornaram complexo o argumento das culturas policiais. Para ele, as diferentes circunstâncias que envolvem o policiamento resultam em diferentes estilos de atuação e também variações em orientações culturais, isto é, coexistem, em disputa, a construção e a manutenção de diferentes identidades policiais (do policial de tráfego, do detetive, etc.). A variação, entretanto, se produz também em função do tempo e também do sujeito influenciado por esses valores, crenças e atitudes. Interessante também é que, entre as variações possíveis, não raro se tornam flagrantes elementos contraditórios, cuja resolução é prerrogativa exclusiva do sujeito.

Essa última conclusão se desdobra na segunda crítica elencada por Chan (1996, p. 111). Segundo ela, “while the culture may be powerful, it is nevertheless up to individuals to accommodate or resist its influence”. Nesse sentido, os policiais deixam de ser objetos do processo de aculturação para se tornarem sujeitos ativos e criativos. Fielding (1994, p. 113) explica:

One cannot read the recruit as a cipher for the occupational culture. The occupational culture has to make its pitch for support, just as the agencies of the formal organization exert their influence through control of resources. The stock stories of the occupational culture may be effective as a means of ordering perceptions which maximizes

desirable outcomes. If they contradict the recruit's gathering experience they are likely to be dismissed.

O estudo de Holdaway (1983) ilustra bem a forma como o processo se desenrola. Segundo ele, desvios do estilo cultural dominante são combatidos por meio de narrativas e piadas, fazendo com que os portadores desses desvios em alguma medida se normalizem e integrem o estilo hegemônico, em uma dinâmica que lembra muito as observações de Erving Goffman. Já Burke (1993) ajuda a determinar onde estão os limites e o centro da cultura policial. Estudando policiais lésbicas e gays, seria esperado que, em um ambiente machista e homofóbico como são as organizações policiais, esse tipo de comportamento sexualmente desviante não seria aceito. Entretanto, o achado da pesquisa é que a aceitação desse desvio é possível, mas de forma subordinada à capacidade do policial de “fazer o trabalho bem feito”, isto é, na relação entre os valores e estilos culturais existentes na sociedade de conjunto e daqueles exigidos, no entendimento dos próprios policiais, pela atividade de policiamento, o processo denota uma acomodação do primeiro em relação ao último. O que também significa dizer que a cultura policial vigente prevalece, estando, no seu centro, essa espécie de entidade chamada “trabalho”. Sendo assim, o interessante passa a ser observar a forma como a diversidade cultural se expressa e como ela se reorienta de acordo com as demandas da tarefa ocupacional.

Nesse momento, é notável a correspondência com o que já afirmava Skolnick. Contudo, agora se trabalha com a tese de que existem muito mais variações do que o sociólogo pioneiro observou em suas pesquisas. Seria possível, então, concluir por um resgate da ubiquidade do fenômeno da discricionariedade, pois existiria, em realidade, muito mais variações no comportamento policial do que havia sido previamente noticiado. Contrariamente, os desdobramentos da cultura policial em várias culturas distintas e específicas apontam que mesmo as variações podem ser explicadas a partir do argumento das subculturas. Resta, assim, à discricionariedade espaço ainda mais delimitado. Ou, até mesmo, seria possível avançar para a tese de que não lhe resta nenhum espaço. Se, como quiseram os juristas, equiparar a discricionariedade com a liberdade de escolha, os estudiosos das culturas policiais encontraram um amplo leque de determinantes sociais – mesmo que em escala diminuta – para, ao contrário, afirmar a sua ausência no processo decisório dos policiais e no seu comportamento.

Já a terceira crítica de Chan diz respeito à tendência da literatura em conceber a cultura policial isolada do seu meio social. Isso, para ela, se trata de um problema fundamentalmente metodológico, pois prevalecem os métodos etnográficos, que possuem baixo grau de generalização. Chan (idem, p. 112) recorre novamente a Manning (1993) para resumir o impacto substantivo desta perspectiva metodológica: “the tensions apparent in the occupational culture generally and between the organization and the environment are the dialectic source of change in policing”. Essa ideia, por fim, é desdobrada em sua última crítica: “a satisfactory formulation of police culture should allow for the possibility of change as well as resistance to change”.

Esses dois últimos pontos levantados por Chan ajudam a entender as consequências do problema mencionado no parágrafo anterior. Nos estudos concentrados na compreensão das culturas policiais, o processo de aculturação dos policiais é considerado extremamente poderoso. A sua magnitude – real ou apenas teórica – não comporta qualquer ingerência de processos essencialmente individuais. Dessa forma, mesmo a ponderação de Fielding, acerca das possíveis inconsistências entre as culturas e subculturas policiais, não é suficiente para concluir pela relevância da discricionariedade no entendimento das práticas dos operadores da justiça. Como afirma a maioria dos autores citados até aqui, a cultura organizacional sempre prevalece. Esse mesmo argumento pode ser repetido em relação que Chan diz especificamente respeito nas suas duas últimas críticas. Não há mudança possível em um ambiente rigidamente determinado por mecanismos supra-individuais. Para que ambas as coisas se tornem possíveis, não resta alternativa além da diminuição da força dos processos de aculturação, o que incorreria em grave violação dos pressupostos desses mesmos autores. Finalmente, em uma interpretação do que diz Chan, é preciso que as teses sobre as culturas organizacionais se abram às teorias da ação para que possam superar os limites teóricos e práticos que decorrem de seus próprios postulados. Ou, como afirmou o psicólogo Richard Wortley (2003), a discricionariedade só pode ser entendida em sua essência quando o olhar do pesquisador se deslocar do sistema legal e das culturas organizacionais e passar para os seus processos psíquicos.

3. A ATUALIDADE DO DEBATE NAS ABORDAGENS CONTEMPORÂNEAS

As duas agendas de pesquisa discutidas nos capítulos anteriores definiram os contornos do debate da discricionariedade nas últimas seis décadas. Mas como já anunciado, suas limitações e inconsistências não passaram despercebidas pelos pesquisadores mais contemporâneos. A partir do final dos anos 1990, três autores se destacam dentre a literatura de ambos os campos tematizados pelo esforço que fizeram de tentar superar as teses anteriores e, com isso, propor novas agendas de pesquisa sobre a discricionariedade. São eles: Edward Rubin (1997), Elaine Campbell (1999) e Ernest Nickels (2007). Cada um deles propõe uma abordagem específica para o problema. Elaine Campbell caminha no sentido de uma reflexão teórica mais aprofundada, tentando dar conta do problema da ausência de teoria social no debate tradicional, em especial naquele formulado por Kenneth Culp Davis. Já Nickels refuta Campbell e os demais autores, em especial do primeiro grupo, de forma a propor uma definição original para a discricionariedade. Finalmente, Edward Rubin propõe, enquanto solução, o abandono do uso desse conceito. A seguir, é importante retomar no detalhe cada uma dessas elaborações e verificar se têm sucesso na superação que propõem e também verificar a consistência de suas próprias elaborações.

Elaine Campbell (1999) afirma que é preciso construir uma teoria da discricionariedade, no sentido de dar precisão à pesquisa empírica, de forma a que se possa de fato saber que fenômeno se está observando. Essa tarefa implica assumir uma perspectiva teórica geral e delimitada, e a partir dela desenvolver o conceito de discricionariedade. Isto é, ela propõe o enquadramento da discricionariedade no âmbito de teorias que procuram dar conta do comportamento humano e da sociedade de conjunto. A autora elege o trabalho de Anthony Giddens para ser sua referência geral. Assim, o primeiro passo que dá é recuperar as linhas gerais da teoria elaborada pelo sociólogo inglês.

Anthony Giddens (especialmente, 1976, 1979, 1984) propõe uma teoria que pretende superar a dicotomia entre ação e estrutura por meio de uma compreensão dinâmica dessa relação, que contém no seu âmago a recusa da ênfase exclusiva a um lado ou ao outro. Ele afirma que ação e estrutura não são elementos opostos, mas sim dimensões complementares da dualidade da estrutura. Isto é, a agência

humana é tanto parte constitutiva das instituições sociais quanto o meio pelo qual elas se constituem. Nesse sentido, a estrutura não é externa ao indivíduo e meramente um elemento de restrição das possibilidades humanas. Na verdade, ela é que provê o poder e os recursos por meio dos quais os indivíduos podem tornar possíveis as suas ações (CAMPBELL, 1999, p. 81).

Especificamente, a agência, na teoria social de Giddens, se baseia em duas qualidades humanas fundamentais. A primeira é a da capacidade, que se resume como a qualidade que permite ao agente agir de forma diferente, ou inesperada, rompendo com as práticas rotinizadas. Essa qualidade, portanto, contém o elemento da transformação e da reconfiguração da estrutura. A segunda é a da habilidade dos agentes em conhecer as condições das suas atividades diárias, em dois sentidos distintos: primeiro, no plano da consciência discursiva, em que o agente é capaz de transformar o seu conhecimento em discurso linguístico e, então, formalizar as razões do seu comportamento; segundo, da consciência prática, que se refere a um tipo de conhecimento tácito, utilizado recorrentemente no cotidiano, mas em relação ao qual o agente não é capaz de formular discursivamente (CAMPBELL, 1999, p. 81).

Essa habilidade de conhecer as condições da ação não é, contudo, total. Ela possui uma espécie de contrapartida que, por definição, se encontra indisponível ao conhecimento prévio. Isto é, ela também se encontra associada a uma parcela de pensamentos inconscientes e a condições de ação não conhecidas, que resultam em consequências não intencionais da ação – argumento próximo a Weber, autor que Giddens estudou profundamente e de quem toma os fundamentos do caráter orientado-pelo-agente de sua teoria.

No curso de sua vida, os agentes também se encontram motivados por uma certa necessidade de segurança ontológica. Essa segurança se configura como indispensável à vida em sociedade pois permite que o agente sinta que ele tem algum tipo de compreensão sobre o que o cerca. É por meio, então, da construção de rotinas vinculadas com o tempo e com o espaço que essa segurança se expressa no cotidiano. Assim, tem-se que nem todas as ações são executadas de forma reflexiva, mas também por meio da simples repetição orientada pela satisfação de expectativas baseadas na regularidade de acontecimentos e comportamentos determinados (CAMPBELL, 1999, p. 82 et seq).

As ações, como adiantado, também produzem consequências não intencionadas, já que ocorrem permeadas por condições desconhecidas pelo agente. Esse mecanismo é fundamental para a reprodução estrutural da sociedade. Ao agir, os indivíduos emprestam da estrutura social as condições que possibilitam sua ação. Ao fazer isso, o que ocorre de forma não reflexiva, os agentes reproduzem, no plano da estrutura, esse conjunto de possibilidades. Portanto, a reprodução das estruturas sociais é exatamente uma consequência não intencionada da ação social. Ademais, é por meio dessa equação que Giddens procura operacionalizar a sua síntese entre estrutura e ação, completando a dualidade da estrutura.

Por fim, resta apenas precisar o conceito de estrutura na teoria de Giddens. O sociólogo desenvolve o conceito de forma a captar o seu caráter não fixo. Ele afirma que a estrutura social existe enquanto presenças e ausências, isto é, que ela só existe na medida em que é empregada na interação social. Assim, é constituída por regras e recursos utilizados pelos agentes na interação, o que, como se disse, é a razão pela qual as relações entre indivíduos e sociedade podem ser estabilizadas e reproduzidas ao longo do tempo e do espaço (CAMPBELL, 1999, p. 83-84).

Armada desse referencial teórico, Campbell (1999) recupera alguns estudos na área (em especial, Grimshaw e Jefferson, 1987; Reiner, 1989) para afirmar que o policiamento deve, primeiro, ser entendido como uma combinação de estruturas específicas: da lei, da ocupação e da democracia. Afirma também que essas estruturas não devem tratadas, entretanto, como meros dados prévios acerca da realidade, mas como algo que é produzido e reproduzido por meio da agência humana. Essas três estruturas, segundo Campbell, constituem as formas regulares, padronizadas e duráveis de estruturação das relações policiais, ressalvadas as possibilidades de suas variações históricas. Campbell então passa a aplicar o tratamento giddensiano a cada uma dessas estruturas de forma a ir construindo a sua compreensão sobre a discricionariedade.

Tratando em específico da estrutura legal, Campbell (1999, p. 85 et seq.) parte da conclusão de que as leis, no que se refere à atividade policial, não constituem, em essência, um elemento de restrição às possibilidades de cursos de ação. Pelo contrário, por suas características, em especial sua ambiguidade e sua larga abrangência, as leis acabam também servindo enquanto móveis de sustentação e de legitimação de ações de toda ordem, incluindo aquelas

aparentemente ilegais. O exemplo mais comum disso se refere ao aspecto discriminatório das abordagens policiais, que se dirigem preferencialmente a populações situadas nos estratos socioeconômicos inferiores das hierarquias sociais. A lei, contudo, permite a abordagem em caso de existência de suspeita razoável em relação àquele indivíduo ou grupo de indivíduos, sem jamais definir precisamente o que seria o elemento de razoabilidade dessa suspeita. Dessa forma, toda abordagem policial dirigida, por exemplo, à população negra se encontra legalmente assegurada por essa norma jurídica. Assim, Campbell demonstra que a estrutura legal, na verdade, possui um caráter predominantemente permissivo, isto é, ela oferece recursos de poder e de ação para os policiais nas mais variadas circunstâncias.

O elemento de constrangimento da estrutura legal só é percebido porque permite ao policial conhecer qual conjunto de ações são consideradas legais e, por exclusão, qual conjunto de ações são consideradas ilegais. Mas isso, como se pôde ver no argumento anterior, não impede que as ações ilegais ocorram. Seu efeito é a limitação das possibilidades de continuidade das práticas ilegais e do surgimento de novas. Assim como as leis permitem aos policiais diferentes formas de legitimar suas ações, essas mesmas possibilidades podem servir ao questionamento dessa legitimidade. Ou seja, a estrutura legal é permeada de contradições e incertezas que afetam o comportamento policial. De conjunto, ela é parte do que Giddens chama de consciência discursiva.

Entretanto, seguindo o argumento de Kemp *et al* (1992), Campbell (1999, p. 88 et seq.) afirma que as regras e categorias legais podem ser substituídas por normas e categorias institucionais, que, por sua vez, derivam da estrutura ocupacional. Assim, Campbell propõe que a análise da atividade policial deva considerar de que forma as contradições no nível da estrutura são resolvidas na prática cotidiana e como essa resolução reproduz e transforma o modo como a atividade policial é concebida. Ou, nos termos de Giddens, como as consequências não intencionais da ação formam as condições não conhecidas das ações futuras.

Analisando o caso das *Unit Beating Police*, a autora mostra como as formulações ideais a respeito da estrutura organizacional da polícia coloca em movimento uma série de contradições para a prática policial. Quando elas se tornam aparentes, argumenta a autora, são resolvidas no âmbito da prática, e não do que se é considerado ideal. Para ficar apenas em um exemplo, a mudança formal da

estrutura organizacional da polícia transformou também, na prática, a hierarquia policial, a despeito de não ter havido qualquer mudança previamente planejada nesse âmbito. Os policiais responsáveis por distribuir as ocorrências policiais às unidades de patrulha acumularam recursos de poder e conhecimento sobre a sua atividade em grau muito superior aos policiais de alta patente, que acabaram por restringir suas funções a atividades mais estritamente administrativas. Assim, se demonstram as interações entre a prática organizacional e a estrutura organizacional que, na sua dinâmica, transformam e reproduzem a natureza da atividade policial e das suas relações.

Em relação à última estrutura identificada, da democracia, Campbell (1999, p. 91 et seq.) afirma existir tanto um grande consenso sobre a sua importância para o bom policiamento quanto um profundo desacordo sobre o significado preciso dos valores democráticos aplicados ao policiamento. O importante, segundo a autora, baseada na ideia de consciência discursiva de Giddens, é que, do ponto de vista da análise sociológica, essa definição precisa é pouco importante. O ponto central é analisar a natureza da afirmação segundo a qual determinada ação é democrática ou não e procurar os meios pelos quais tal afirmação pode ser concretizada. Isto é, deve-se observar a maneira pelo qual os policiais invocam determinados valores democráticos para fornecer as razões que justificam o seu comportamento.

Essas três estruturas combinadas fornecem, em grande medida, os elementos que conformam a consciência discursiva dos policiais. Todavia, nelas também está contida, de forma interativa, a sua consciência prática. Essa última se revela para os estudos sociológicos desde que procuram compreender os motivos do fracasso recorrente nas tentativas de reforma das organizações policiais, seja por mudanças nas estruturas externas (lei e democracia), seja por mudanças nas estruturas internas (ocupacional ou organizacional). Os sociólogos encontram, assim, a cultura policial enquanto um móvel por meio do qual as relações policiais e do policiamento são mediadas, negociadas, filtradas e transformadas.

Para construir a sua tese, Campbell reconstrói os principais argumentos inseridos na tradição de estudos da cultura policial. Como esse tema já foi discutido no capítulo anterior, é preciso apenas retomar suas conclusões. Campbell afirma, em tom de crítica, que a análise deve procurar compreender não apenas a contextualização (ou espacialização) da cultura policial, mas também a existência de múltiplas culturas policiais – isto é, tentando dar conta também da diversidade

cultural e não somente dos fatores homogeneizantes do pertencimento cultural. Além disso, a análise deve reconhecer as interações entre diferentes identidades culturais e diferentes papéis ocupacionais que coexistem em uma mesma sociedade e, portanto, em uma mesma organização; sob esta perspectiva, mesmo se aceite o fato de que, em geral, a cultura ocupacional se sobrepõe às demais, essa acomodação não deixa de produzir ruídos. Logo, a análise aponta para os aspectos interpretativos e criativos da cultura – em contraposição à ideia do constrangimento absoluto das possibilidades de ação – de forma a situar as práticas culturais em meio às estruturas legal, ocupacional e democrática. Finalmente, a análise requer levar em conta seriamente a importância desses conhecimentos práticos na resolução de contradições estruturais e na compreensão das consequências não intencionais das ações humanas; isto é, ela deve estar apta para formular uma teoria sobre a mudança cultural com vistas a alcançar uma teoria sobre a transformação das relações policiais.

Considerando essa longa lista de tarefas necessárias para conferir tratamento adequado aos problemas propostos pelas culturas policiais, requisito necessário para a compreensão das organizações policiais sob a teoria giddensiana, Campbell (idem, p. 97), por fim, apresenta seu argumento final. Tratar a cultura policial tão somente em termos de consciência prática, como se poderia fazer, é limitante para a análise. Não é possível, a partir do que formulou Giddens, compreender as formas específicas que ela pode assumir. É preciso adicionar à teoria o que Sackmann (1991) chama de conhecimento cultural. Esse conceito pretende englobar a forma como as pessoas percebem os objetos ao seu redor, como elas os integram e os interpretam, e também as ideias e teorias que os agentes mobilizam para atribuir sentido a sua realidade física e social, em especial no que se refere às relações culturais dentro das organizações. Ressaltando a necessidade de abordar a classificação de Sackmann ainda a partir da teoria da estruturação, ela assim reclassifica na sua teoria o que antes chamava de consciência prática:

dictionary knowledge, which provides definitions and labels of things and events within an organizations; *directory knowledge*, which contains descriptions about “how things are done” generally in the organization; *recipe knowledge*, which prescribes what should be done or should not be done in specific situations; and *axiomatic knowledge*, which represents the fundamental assumptions about “why things are done the way they are” (CAMPBELL, 1999, p. 97).

Definido o escopo teórico elaborado por Campbell, é necessário ainda precisar como o conceito de discricionariedade nele se enquadra. Como dito no início da exposição, a autora toma como ponto de partida a definição de discricionariedade contida no pensamento de Kenneth Culp Davis. Sua crítica dirige-se à ideia de que o exercício da discricionariedade é o mesmo que o exercício de uma escolha livre, quando não apenas restringida pelos limites do ordenamento legal. No entanto, como se demonstrou, a ação humana individual se encontra previamente coletivizada, ordenada, rotinizada e estruturada por diversas camadas de estruturas sociais. O comportamento humano é, nos termos de Giddens, tanto estruturado quanto estruturante e essas características não desaparecem à proporção que se exercita alguma capacidade discricionária. Ela, então, afirma:

discretionary decision-making is “a continuing processes, a subtle and shifting affair that is the result of substantial human interpretative work” (BALDWIN, 1995, p. 25). It cannot, therefore, be bracketed off from other forms of human action and interaction (CAMPBELL, 1999, p. 80).

Dessa forma, para Campbell (idem, p. 98), “police discretion, and other street-level discretionary behaviour can be usefully re-conceptualized as 'strategic action' (or 'strategic conduct')”, o que, nos termos de Giddens (1984, p. 373), significa analisar a discricionariedade a partir da seguinte orientação:

Social analysis which places in suspension institutions as socially reproduced, concentrating upon how actors reflexively monitor what they do; how actors draw upon rules and resources in the constitution of interaction (GIDDENS, 1984, p. 373).

Evidentemente, o trabalho de Campbell possui o enorme mérito de situar o problema da discricionariedade dentro de uma cadeia bem elaborada e bem definida de argumentos, o que possibilita um debate crítico mais bem informado. Entretanto, a sua conclusão é apresentada de forma telegráfica; não deixa de fato evidente como se deve definir, entender e estudar o conceito e fenômeno da discricionariedade. Após dismantelar o argumento da liberdade de escolha do primeiro grupo da literatura e corrigir o segundo grupo ao enfatizar o caráter interativo das estruturas sociais em relação à ação individual, sua solução acaba por desvanecer em meio a uma complexa teia de infindas variáveis. É até mesmo difícil

dizer se essa sorte de desvanecimento estava, enfim, prevista nos objetivos iniciais da autora. A priori, pode-se dizer que não. Entretanto, esse é o único caminho deixado aberto por ela. Ao não ser possível separar o comportamento discricionário dos demais comportamentos, resta apenas tomar um pelo outro e vice-versa.

Um caminho que, no olhar mais atento, parece plausível trilhar para se seguir utilizando o conceito de discricionariedade pode ser encontrado por meio da sua contraposição com o comportamento rotinizado. Assim, os momentos discricionários apareceriam à medida que a ação individual produzisse as condições capazes de pôr em marcha transformações estruturais. A argumentação construída pela autora, contudo, melhor se adapta para a compreensão das ações rotinizadas do que das demais. Mais precisamente, sua tese oferece muito mais elementos para caracterizar as ações rotinizadas do que as ações que escapam a essa regra. É possível dizer, nesse sentido, que seu desejo de produzir uma tese que também pudesse responder às questões das transformações estruturais é o que se encontra menos desenvolvido em seu trabalho. Obviamente, essa crítica pode ser estendida à própria teoria de Anthony Giddens. Em síntese, para que os objetivos de Campbell pudessem ser completamente alcançados, ainda seria preciso desenvolver uma arquitetura conceitual para analisar as transformações sociais em seus conteúdos.

O segundo autor desse terceiro grupo é Ernest Nickels (2007). O autor desenvolve seu pensamento a partir da crítica ao primeiro grupo de pesquisadores discutidos aqui e também a partir da crítica ao trabalho de Elaine Campbell. Em relação ao primeiro grupo, sua leitura aponta, basicamente, para a impossibilidade daqueles autores em oferecer uma definição do conceito de discricionariedade que oriente tanto a identificação empírica de um fenômeno quanto o explique cientificamente. Em maior ou menor medida, a discricionariedade é algo que apenas pode ser medido indiretamente, seja a partir da estrutura legal e suas lacunas, seja a partir de um saldo residual do conjunto de comportamentos observáveis dos servidores da justiça. Já em relação a Campbell, sua crítica não é diferente que já foi mencionado aqui. Mais importante, ele não nota o uso possível do conceito de Campbell quando equiparado com o tipo de ação oposto ao da ação rotinizada. Por esses motivos, sua crítica à Campbell é desconsiderada no restante da análise.

Centralmente, a tese de Nickels é produto de um esforço de subtração lógica das principais teses jurídicas acerca da discricionariedade. Por meio dessa operação, ele extrai a conclusão fundamental de que há razões para acreditar que

os operadores do sistema de justiça criminal são capazes tanto de perceber alguma autonomia no exercício da sua função em determinados momentos, quanto de perceber sua variação. Ou seja, um policial é capaz de reconhecer que, ao executar determinada tarefa, ele possui maior ou menor grau de autonomia. É nessa percepção que se fundamenta a definição de Nickels. Ele acredita, com isso, poder desvencilhar o conceito tanto da estrutura legal que o cercara quanto da sua equiparação ao comportamento em geral. A discricionariedade é, portanto, uma força social que apenas existe na forma sujeita à percepção do agente que a exerce (ideia que ele resume na expressão “perceived job autonomy”).

Aprofundando a compreensão dessa nova formulação, Nickels (idem, p. 575) divide seu conceito em dois constructos globais, um organizacional e outro operacional. Em relação ao primeiro, ele diz que, a despeito do tipo de ocupação (*work*) a que se refere, pode-se falar da relativa autonomia que o sujeito possui na organização dos aspectos estruturais do seu trabalho. Em resumo, Nickels (idem) caracteriza essa primeira dimensão, do ponto de vista da sua mensuração, da seguinte forma:

Defining “work” as some collection of tasks, A through Z, relative autonomy in structuring one's labor would amount to perceived discretion in choosing: (1) when to engage in any of these tasks, A-Z (*schedule-discretion*); (2) when one engages in work, whether A is done, or not; whether B is done, or not; etc. (*task-discretion*); (3) when A is done; when B is done; etc. (*time-discretion*); (4) whether A is done before B, or B before A, etc. (*routine-discretion*); and (5) the manner in which A is completed; the manner in which B is completed; and so forth (*means-discretion*). (ênfase no original).

Já em relação ao constructo operacional, Nickels afirma que a discricionariedade denota algo mais do que a simples autonomia em organizar estruturalmente o trabalho de alguém. Isto é, também envolve a tarefa de conceber o trabalho que o sistema é responsável por executar. Assim, esse constructo se refere à autonomia percebida em relação à qualidade e à quantidade de leis sob mandato, neste caso, da autoridade policial. Essa ideia se expressa empiricamente da seguinte forma:

The powers of the police appear to exist in five major dimensions: (1) the capacity to establish a presence in public realms and to monitor them (*surveillance-discretion*), (2) the capacity to negotiate citizen requests for service or information (*response-discretion*), (3) the capacity to identify and to document criminal and noncriminal events (*record-discretion*), (4) the capacity to seize and to search private persons and properties (*seizure-discretion*), and (5) the capacity to

coerce compliance through force or threat of force (*coercion-discretion*). (ênfase no original)

Nesse sentido, a “perceived job autonomy” pode ser acessada no modo como ela varia dentro de uma população de operadores designados para a mesma tarefa ou para as tarefas objeto de estudo. A variação pode ser explicada, por exemplo, em função da morfologia e da estratificação dentro da organização estudada, como no caso de policiais veteranos e novatos, que podem ter percepções de autonomia diferentes pois possuem uma quantidade e qualidade de experiência de trabalho diferente. Também permite a comparação entre diferentes organizações, como polícias de unidades da federação distintas, segundo o autor.

A discricionariedade entendida como um fenômeno perceptivo (*perceptual phenomenon*) também permite afirmar que ela pode ser desigualmente distribuída de acordo com os papéis organizacionais de cada um, isto é, como função de condições extrainstitucionais, a exemplo do gênero, da raça e do tipo de treinamento, que, além disso, são também independentes da posição ocupada pelo sujeito dentro da estrutura.

Outra vantagem elencada pelo autor é que as fontes da discricionariedade podem ser estudadas de forma hipotética, e não axiomática, como costuma ocorrer, especialmente no caso dos juristas. Assim, a realidade empírica pode ser concebida como uma relação curvilínea, ou seja, o poder discricionário inicialmente tende a decrescer em função do aumento da quantidade e da especificidade das regras até que se chegue a um ponto em que as demandas feitas sejam inatingíveis, forçando uma desarticulação anômica entre o sujeito e as regras que governam sua atividade e, portanto, levando a uma maior percepção de autonomia (ibidem, p. 576).

Para ilustrar a aplicação desses constructos, poder-se-ia pensar no seguinte exemplo: embora a lei obrigue a polícia a agir imediatamente após ser noticiada da ocorrência de qualquer crime, nos casos em que ela não disponha dos recursos necessários para cumprir esse seu dever, será possível medir maior autonomia, por exemplo, na escolha de se engajar em um caso antes de outro (privilegiando crimes mais graves, por exemplo) e também na escolha da forma como proceder em relação a cada caso (oferecendo uma solução negociada em relação a uma agressão física leve, que evita que alguém seja preso e que a polícia tenha que dispende ainda mais recursos para executar todas as demais tarefas que isso a obriga, por exemplo). Seguindo essa linha de raciocínio, também poder-se-ia pensar

que aqueles policiais que atuam sem supervisão direta de um oficial de mais alta patente, no caso de uma polícia militarizada, perceberiam maior autonomia do que aquele que atua sob supervisão.

Considerando, então, a leitura original para o problema que Ernest Nickels oferece, é possível notar um deslocamento importante em relação a forma como o debate vinha se desenvolvendo. A discricionariedade enquanto percepção de autonomia no desenvolvimento de uma função insere o conceito enquanto uma característica específica do processo decisório dos servidores da justiça. Isto é, deixa de ser um comportamento separado dos demais para se tornar parte de todos os comportamentos possíveis. Assim, se o sujeito percebe maior autonomia no seu julgamento, maior é discricionariedade embutida em sua decisão. Dessa forma, o autor se desvencilha dos problemas que havia anteriormente listado, a respeito da necessidade de tornar o conceito útil para descrever esse aspecto do processo decisório dos servidores da justiça.

Entretanto, a proposta de Nickels também é de tornar o conceito de discricionariedade útil para compreender o real funcionamento das instituições de justiça. Nesse sentido, o uso de um conceito que se baseia tão somente na percepção dos sujeitos parece constituir um contrassenso em relação à própria lógica sustentada pelo autor. Esse elemento fica evidente quando se pondera que o fato do policial, por exemplo, acreditar que possui grande autonomia em relação a uma tarefa específica pode não significar que ele de fato a possua. Os estudos acerca da cultura policial, nesse caso, servem como uma boa referência para se desconstruir o argumento de Nickels. Isto é, apesar de o policial dizer que atuou de forma autônoma, ele pode estar simplesmente agindo de acordo com padrões preexistentes que nele foram introjetados de forma a que ele simplesmente não seja capaz de reconhecê-los, sendo o papel da análise científica, na verdade, relevar essa sobredeterminação cultural em relação ao comportamento dos policiais. Portanto, o conceito de Nickels permitiria apreender apenas a aparência do fenômeno, e não sua essência. Mesmo assim, Nickels poderia ainda ter sucesso na sua argumentação se fosse capaz de provar que a mera percepção de autonomia tem impacto significativo na conduta adotada pelos policiais, o que é razoável de se esperar, porém o que ele não faz.

Finalmente, é fundamental conhecer as críticas de Edward Rubin (1997) para se entender a fundo o problema do uso do conceito de discricionariedade. Das

perspectivas inseridas aqui, sem dúvidas esta é a que assume uma posição mais radical. Já na introdução de seu trabalho, afirma “In fact, the term discretion possesses little value in describing the process of modern government” (idem, p. 1299). Além deste argumento, Rubin também defende a tese que a discricionariedade é, na verdade, um mito. Mais precisamente, é apenas um produto do desacoplamento analítico das categorias legais em relação à realidade do estado administrativo moderno. Ao fim, para o autor, o uso indiscriminado do termo na verdade é apenas uma forma alternativa e mistificadora de se referir a processos burocráticos ordinários de supervisão e de elaboração de políticas (*policymaking*). A sua conclusão é a da necessidade de substituir o uso do termo discricionariedade por esses dois últimos. Cabe agora, então, verificar o rigor desses argumentos.

Partindo do debate entre Dworkin e Hart e Sacks – já comentado no primeiro capítulo –, Rubin argumenta que o termo discricionariedade é apresentado enquanto um fenômeno próprio da linguagem do senso comum e suas nuances (forte e fraca) servem apenas como meio para se entender de forma mais coerente o conceito a que o termo se refere. Mesmo assim, não é óbvia, para Rubin, a existência de um conceito útil ou particularmente coerente por detrás da palavra. Para ele, nem todo termo que é usado para descrever o sistema legal representa um conceito que é útil para se entender sua operação. A questão da discricionariedade, em específico, reside em uma anacronia: o uso de um termo antigo frente ao novo enquadramento teórico do Estado, isto é, a perspectiva do estado administrativo: “Discretion, like so many other terms and concepts, reflects our effort to describe our government in non-administrative or anti-administrative terms” (idem, p. 1303).

Nesse mesmo sentido, ele também critica o movimento de generalização de Dworkin, que toma como ponto de partida a magistratura, o que reflete, para Rubin, uma hierarquia igualmente datada, inadequada para compreender o estado moderno. Para ele, esse movimento serve apenas como forma de mascarar a irrelevância do conceito para entender o modo de governo burocrático, e não para apresentar o que antes era o papel mais significativo da discricionariedade, isto é, o seu papel no sistema de justiça.

Em termos mais concretos, o autor afirma que as duas formas fracas de discricionariedade listadas por Dworkin são, a rigor, apenas os métodos característicos de supervisão burocrática. São duas estratégias para concretizar o modo racional-legal de governo que Weber identificou como aspecto determinante

da moderna burocracia. Assim, Rubin questiona que papel poderia ainda cumprir o termo discricionariedade diante dessa reconceitualização enquanto um tema de supervisão hierárquica dentro do aparato estatal. Ele concebe quatro possibilidades:

first, that the term indicates some additional aspect or perceived meaning of the supervisory process; second, that it captures some part of the subordinate's phenomenological experience; third, that it reveals some structural similarity between the control of subordinates and another set of behaviors; and fourth, that it can be used as a deconstructive technique. In addition, there is the possibility that the term discretion is specially applicable to the judiciary, the primary concern of Hart and Sacks and of Dworkin, even if it serves no useful role in describing administrative behavior (idem, p. 1305).

Em relação ao primeiro caso, Rubin indica que o termo poderia ser usado para descrever a medida em que os subordinados se encontram livres de supervisão. Entretanto, essa seria uma descrição ruim, pois não indica os motivos para que não haja supervisão em casos específicos. Não se pode entender, a partir do uso do termo discricionariedade nesse sentido, que o supervisor está, de fato, atribuindo a seus subordinados uma certa quantidade de liberdade para que eles tomem suas próprias decisões, pois a liberdade seria simplesmente o subproduto dos limites da supervisão e não uma característica determinada de forma independente.

Um outro caso que o termo pode parecer mais útil se refere à situação em que a supervisão não é exercida pois ela é entendida enquanto desnecessária. Uma das situações que levam os administradores a deixar de exercer seus poderes de supervisão se refere a momentos em que ele tem certeza de que seu subordinado agirá da forma esperada. Em eventos desse tipo, prima a total previsibilidade da ação. Sendo assim, não há, precisamente, discricionariedade. Uma segunda situação que leva a esse mesmo comportamento dos supervisores acontece quando eles entendem que os resultados possíveis para as decisões que deixam deliberadamente de supervisionar simplesmente não possuem nenhuma relevância para seus objetivos. Exemplo desse último caso é a decisão a respeito da cor da gravata dos funcionários, pois não importa se ela é azul ou vermelha. Em decisões tão banais como essa novamente faz pouco sentido a adoção de um conceito específico.

Rubin também se pergunta sobre o uso do termo nos casos em que o supervisor decide por usar uma e não outra técnica de supervisão, como, por exemplo, entre padronização e monitoramento e entre controle substantivo e

procedimental. Em regra, se acredita que as distintas técnicas produzem algum grau de discricionariedade para os subordinados. Todavia, se se adota a técnica procedimental, por exemplo, não se conclui que o supervisor atribui ao subordinado a capacidade de escolher o resultado que considera melhor. Na verdade, o estabelecimento do procedimento a ser seguido visa justamente determinar, de antemão, qual será o melhor resultado dado um certo conjunto de circunstâncias. No caso do controle substantivo, o argumento é igualmente válido, pois assim não se considera que o subordinado deva escolher o procedimento que julga adequado, mas sim aquele que produzirá os resultados predeterminados. Ou seja, em ambos os casos o conceito de discricionariedade se encontra pouco acomodado.

Ainda em relação ao primeiro ponto, Rubin também considera, dado o fato de que as agências estatais operam no formato racional-legal, que não é atribuído qualquer valor intrínseco às decisões dos subordinados. Elas são só permitidas, na verdade, em função das limitações do processo de supervisão. Sendo assim, não existe nenhum aspecto adicional ou significado percebido do processo a que o termo discricionariedade poderia ser conectado de forma útil.

Em relação ao segundo caso, da experiência fenomenológica do sujeito, Rubin aponta para conclusões do mesmo sentido. Para ele, um subordinado que usa seu julgamento apenas enquanto meio para seguir instruções dificilmente percebe a sua situação enquanto uma autorização para o exercício da discricionariedade. Na verdade, o que se dá é a percepção de uma tarefa que ele deve resolver corretamente, isto é, da forma como seu supervisor espera que ele resolva. No caso de uma instrução ambígua, Rubin evidencia que o cenário mais provável é que o subordinado experimente da ansiedade relacionada à tarefa de resolver um problema do que a alegria da ação não condicionada, pois, apesar de possuir uma escolha a fazer, ele deve fazer a escolha (julgada?) correta.

No caso de o subordinado não estar constantemente sob supervisão, ele pode realmente usufruir do conforto da ação não condicionada. Entretanto, para descrever essa situação, a utilização da ideia de liberdade diante da pressão (*freedom from hassle*) se encaixa melhor do que a de atribuição de discricionariedade. O motivo para isso é que ainda não se conhecem os elementos das suas instruções. Mesmo sem estar sob constante observação, ainda é esperado do subordinado que ele obedeça às regras. Ou seja, não estar sob supervisão não significa discricionariedade para desobedecer às regras. Assim, conceber essa situação

enquanto uma liberdade discricionária tem menos potencial explicativo do que a descrição das instruções e do nível de monitoramento que é imposto ao subordinado, qualquer que seja.

Essa relação entre ansiedade e conforto é melhor compreendida quando Rubin adota, criticamente, a perspectiva da microeconomia. Nesse sentido, tem-se a premissa de que os burocratas agem de forma a maximizar algo, que, neste caso, é seu poder discricionário. A premissa implícita é que esse poder é algo que eles valorizam de forma inerente, como uma espécie de bem de consumo. No entanto, essa imagem do burocrata reifica a ideia de discricionariedade, pois assume que a sua maximização é produtora de tanta satisfação, do ponto de vista fenomenológico, que as pessoas por ela sacrificariam seu tempo e também a sua segurança profissional. Dado o modelo burocrático de administração do Estado, dos operadores é esperado que alcancem um certo objetivo, geralmente estando subordinados a alguma forma de padronização do seu comportamento. Assim, a escolha mais racional possível não é a maximização da discricionariedade, mas sim das oportunidades de se alcançar os objetivos esperados. Seus salários, suas promoções e a qualidade das relações com os seus pares dependem do sucesso em alcançar os objetivos predeterminados. A imagem mais correta do burocrata, nesse sentido, seria o do “[...] unimaginative and rule-bound, not that they are aggressive, power-hungry, and egomaniacal” (idem, p. 1309).

Para corrigir as conclusões possíveis a partir da perspectiva microeconômica – ou da escolha racional – Rubin afirma ser mais coerente pensar que o percurso mais racional para um burocrata é, portanto, sempre evitar riscos. Isso concretamente se expressa na busca pela liberdade da pressão da supervisão, que de fato é algo que potencialmente satisfaz um subordinado. Se comportar da forma mais obediente e previsível possível, garantindo que os resultados e os meios determinados pelo supervisor sejam efetivados, é o meio a partir do qual se pode obter essa maximização. Pois, também, os critérios que determinam o sucesso da realização de uma tarefa são definidos pelos supervisores.

Em relação ao terceiro argumento listado por Rubin, de que o termo discricionariedade pode ter alguma utilidade por descrever a conexão estrutural entre a supervisão burocrática e algum outro fenômeno, o autor afirma que se tem aí um problema desde a sua premissa mais básica, isto é, o nexos prévio entre as formas

fracas de discricionarietà. A única conexão possível de se estabelecer entre elas deriva do próprio conceito de supervisão administrativa:

Judgment-based discretion is the by-product of supervision by instructions, while freedom from review is a by-product of supervision by monitoring. Apart from this linkage, however, there is no apparent connection between the two (*idem*, p. 1311).

Sendo assim, o uso do termo discricionarietà, considerando o terceiro caso, em ambos os sentidos não é logicamente incorreto, mas serve mais para dificultar do que facilitar a compreensão de cada fenômeno. Esse tipo de uso dá entender que existe alguma característica estrutural ou estado fenomenológico que é uniforme de uma situação para outra. “[...] the term discretion seems to link unrelated phenomena, phenomena that are better described in terms of the allocation of authority and control within the agency” (*idem*, p. 1312).

Quanto ao quarto elemento, do uso da discricionarietà enquanto técnica de desconstrução, Rubin ventila a hipótese de que o termo funcionaria como um “suplemento perigoso” (ideia que empresta de Derrida, 1976) para as teses que sustentam a forma de operação da burocracia moderna. Ele, assim, serviria para indicar que, apesar dos processos de supervisão, os subordinados não são de fato controlados. São apenas submetidos à exigência de tomar decisões próprias, poder este que resguardam para si. Isto é, o termo se aplicaria aos casos em que as determinações da ordem burocrática falham. Seu argumento, contudo, é de que apenas na literatura jurídica tal suplemento seria necessário. Na literatura sociológica, a investigação das burocracias de Estado desde o início é marcada pela identificação do desajuste que o conceito de discricionarietà tenta, sem sucesso, designar:

From their perspective [dos sociólogos], discretion is more like an innocuous supplement, something that restates insights that the field recognized a long time before, and has now gone beyond with the development of more complex, modulated theories (*idem*, p. 1313; complemento nosso).

Se, então, a discricionarietà pode ter algum efeito positivo para o desenvolvimento dos estudos jurídicos, pode-se então argumentar pela continuidade do seu uso? Rubin afirma que não. Para ele, o judiciário é, essencialmente, apenas um meio de tornar a lei efetiva. Isto é, um grupo de especialistas organizado de forma hierárquica que tem suas instruções fornecidas por um conjunto de leis produzido por administradores ou por juízes superiores (na forma da precedência jurídica). Assim, conclui Rubin, o papel do judiciário é semelhante ao de qualquer

outro mecanismo de implementação de políticas. A sua especificidade reside apenas no fato de que a supervisão é exercida por meio de instruções substantivas e procedimentais (as normativas legais). O monitoramento, estrito senso, não é permitido pela estrutura republicana – a ideia da independência dos poderes. Porém, a existência de níveis distintos na hierarquia da magistratura e a possibilidade de se recorrer das decisões judiciais são dispositivos que cumprem função semelhante ao monitoramento das demais agências estatais. Assim, se é verdade que os juízes possuem, enquanto prerrogativa funcional, possibilidade de efetuar julgamentos, também é verdade que eles podem ser inteiramente descritos pela natureza das suas instruções. Ou seja, a ideia de discricionariedade também não é útil nesse caso.

No entendimento de Rubin, portanto, as duas formas fracas de discricionariedade de Dworkin podem ser melhores abordadas a partir da descrição e da explicação do modo de supervisão característico do moderno estado administrativo. Já, agora, a modalidade forte de discricionariedade definida por Dworkin pode ser melhor descrita a partir do que Rubin chama de elaboração de políticas.

O caso de discricionariedade no sentido forte, para Dworkin, se refere aos casos em que as decisões judiciais não são tomadas tendo como referência e a fim de satisfazer leis ou princípios jurídicos determinados, mas sim objetivos sociais mais amplos, algo que Dworkin traduz como um tipo de decisão que baseia em uma política social. Mas, para Rubin, descrever esse processo enquanto um caso de discricionariedade forte faz com que essas decisões sejam entendidas enquanto inteiramente desprovidas de padrões ou restrições.

Se esse mesmo tipo de decisão fosse simplesmente categorizado enquanto um tipo elaboração de política, se tornaria possível entender de que se trata de algo rotineiro, e não especial ou raro:

Policymaking is the process by which a government agent, whether legislator, executive, administrator, or judge, uses some articulated method to establish general rules, or standards, for the implementation of governmental efforts (idem, p. 1317).

A fim de sustentar seu argumento, Rubin retoma as quatro possíveis defesas do conceito de discricionariedade mencionadas acima, mas, agora, a partir da ótica do caso forte de discricionariedade.

Em relação à primeira, afirma que a concessão de algum poder de escolha que os legisladores atribuem a alguma agência estatal possui um sentido instrumental bastante definido. Isto é, os legisladores esperam com isso promover algum tipo de bem social. Essa espécie de concessão não se refere, portanto, ao direito conquistado pela agência para agir conforme bem entende ou a algum tipo de obrigação moral expressa pelos legisladores para permitir a ação livre dos servidores do Estado. Sendo assim, a conclusão de Rubin é que mesmo essa ação supostamente marcada por uma forte discricionariedade é, na verdade, fortemente regulada pelas diretrizes previamente estabelecidas em termos de política pública.

Agora, no que se refere à segunda defesa, sobre a experiência fenomenológica, Rubin afirma, de forma bastante direta, que não há como sustentar a ideia de que a agência incumbida da decisão perceba que está exercendo uma livre escolha. Os servidores facilmente notam que, na verdade, estão apenas decidindo acerca da melhor forma possível de concretizar os objetivos determinados pela legislação. Usar o termo discricionariedade dá a entender que não existe relação própria entre o momento de elaboração de uma política e sua implementação a não ser por meio daqueles a quem cabem essas duas tarefas. Fato é, contudo, que esses dois momentos são duas etapas do ciclo de implementação de uma política pública. Isto é, existe uma conexão entre elas que é prévia e externa aos agentes. Essa relação, do ponto de vista fenomenológico, ocorre da seguinte forma:

From the legislature's point of view, agency rulemaking is a mean of implementing its enactment; from the agency's point of view, it is a declaration of policy that street-level bureaucrats are expected to follow (idem, p. 1318-9).

Discutindo, então, a terceira defesa, Rubin também conclui por sua negação. Para ele, a elaboração de políticas públicas é constitutiva do processo de supervisão das agências estatais e dos seus servidores. É por meio dessa atividade que se estabelecem as instruções que servirão de guia para o controle do comportamento desses servidores. Assim, a elaboração de políticas públicas é melhor compreendida como algo oposto à discricionariedade, sobretudo nos episódios em que o servidor ou a agência recebe instruções ambíguas e em que não está sujeita à supervisão. A despeito, portanto, de haver alguma conexão entre as duas ideias, seguem existindo diferenças qualitativas que as situam em planos distintos.

Por fim, resta discutir a última defesa, sobre o potencial de desconstrução de paradigmas que o uso do conceito de discricionariedade pode ter. Nesse caso, Rubin afirma que não há desconstrução possível simplesmente porque em nenhum momento se considerara a elaboração de políticas públicas uma ciência precisa. Isto é, tem-se amplamente estabelecido que essa atividade possui necessariamente um caráter aberto ou indeterminado. Então, o uso da ideia de discricionariedade para expressar esse mesmo sentido é nada mais do que um reforço da visão majoritária e do senso comum.

O trabalho de Rubin coloca enormes dificuldades para ainda ser possível sustentar que o conceito de discricionariedade pode ser usado de forma analiticamente relevante. Não é difícil, por exemplo, usar seus argumentos para também criticar as elaborações apresentadas neste capítulo, de Campbell e Nickels. Em relação ao último, as críticas que Rubin faz à tese que toma como referência a fenomenologia dos sujeitos podem ser simplesmente repetidas. Já em relação à primeira, é possível verificar, no fundo, algum grau de complementariedade, pois o tema das culturas policiais é algo que se deve lidar à medida que se pensa em processos de supervisão, já que elas influem sobremaneira no comportamento dos servidores da justiça. A crítica mais contundente em relação à Campbell residiria, evidentemente, na recomendação de que o uso da ideia de discricionariedade fosse abandonado.

Entretanto, a tese central de Rubin possui, em si mesma, um ponto fraco. E ele diz respeito a sua premissa fundamental. A todo momento o autor faz referência ao modo burocrático de governo e afirma a necessidade de enquadrar a administração do estado moderno nesse quadro de referência, pois ele é o modelo vigente nas sociedades contemporâneas. Contudo, o autor, nesse movimento, parece perder de vista o funcionamento concreto das agências burocráticas. Isto é, ele deriva do modelo a possibilidade do seu funcionamento perfeito. Entretanto, assim como ensinou Weber, referência óbvia aqui, a moderna burocracia, de acordo com sua definição, é um tipo-ideal, e não um exemplo da realidade concreta, muito menos uma meta a ser alcançada. O mesmo podendo ser dito sobre o tipo de dominação racional-legal. Rubin, portanto, considera o estado moderno um aparato inteiramente burocratizado. Ele deixa de perceber a possibilidade de coexistência de elementos pré-modernos no Estado contemporâneo. De fato, Rubin só concede ao conceito de discricionariedade algum tipo de utilidade justamente para pensar as

formas pré-modernas de administração do Estado. Sendo assim, o conceito poderia ser útil também para se pensar o Estado moderno. Fato é, contudo, que também nenhuma definição apresentada até aqui cumpriria essa tarefa.

4. SELETIVIDADE, ARBITRARIEDADE OU DISCRICIONARIEDADE? O DEBATE ACADÊMICO BRASILEIRO

Completado o quadro do debate acerca da discricionariedade na literatura em língua inglesa, o próximo exercício a ser realizado é desenhar o quadro agora das pesquisas conduzidas no Brasil. Assim como ocorre no primeiro grupo, a origem disciplinar das pesquisas implica abordagens distintas sobre o problema da discricionariedade. Entretanto, essa é uma das poucas aproximações que se poderá verificar entre os dois conjuntos de pesquisas. A tônica geral é a do distanciamento entre as duas produções, em maior medida no que se refere à produção no âmbito das ciências do direito e em menor medida no que diz respeito às elaborações inseridas no campo da sociologia. Ao longo do capítulo serão detalhadas cada uma dessas pesquisas, selecionadas de acordo com a metodologia exposta na introdução. Entretanto, essa exposição não esgota os objetivos desse capítulo. Verificado o afastamento, torna-se necessário explicá-lo. O elemento fundamental dessa explicação consiste no fato de que o sistema de justiça brasileiro é constituído de forma distinta do sistema estadunidense, tanto no sentido dos seus princípios organizativos e funcionais, quanto no sentido do conjunto de proposições filosóficas que lhe subjaz e que isso acarreta um sentido distinto ao problema da discricionariedade. Por fim, nesse capítulo será adotada a mesma ordem de exposição utilizada anteriormente, isto é, em primeiro lugar serão debatidas as teses próprias à ciência do direito e, em seguida, as teses sociológicas.

4.1. CIÊNCIAS JURÍDICAS

O ponto de partida aqui é uma primeira diferença entre o caso da produção em língua inglesa e a produção brasileira. A primeira, como demonstrada no primeiro capítulo, se desenvolveu sobretudo a partir de ramos do direito especializados no sistema de justiça criminal, como o segmento do direito administrativo e a criminologia. Já a produção brasileira se concentra quase que exclusivamente nos marcos do direito administrativo e da teoria geral do direito. Por consequência, o quadro de referências brasileiro é distinto do primeiro, pois não se tematizam as instituições de justiça em específico, mas sim o poder jurisdicional do Estado em geral. Em outras palavras, se enfoca a natureza do poder de aplicar as leis do

Estado e não a forma como isso é feito em cada instituição, tema a que se dedicou a sociologia, conforme será demonstrado mais adiante.

Em primeiro lugar, considere-se a produção no âmbito da teoria geral do direito. Nesse ramo, o problema da discricionariedade é amplamente debatido sobretudo quanto esse primeiro ramo se desdobra nas teorias da decisão judicial. Ou seja, aqui o objeto único é o processo decisório dos juízes. Existem, internacionalmente, distintas correntes filosóficas que fomentam esse debate específico. Serão retomadas algumas delas que produziram maior repercussão no Brasil. De início, pode-se apresentar uma definição sumária do que se querará dizer quando usado o conceito de discricionariedade. Segundo Streck (2011, p. 40),

[...] no âmbito judiciário, o termo “discricionariedade” refere-se a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a *criar* a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado para julgamento.

Esclarecido isso, o ponto de partida histórico e lógico para esse debate é a corrente do positivismo exegético. De acordo com essa corrente, as normas gerais e abstratas do direito podem ser aplicadas de forma lógica para todo e qualquer caso concreto a partir da sua interpretação literal. Isto é, há sempre um sentido unívoco nas leis e cabe ao juiz apenas extraí-lo do texto. Por óbvio, qualquer sentido que não esse é considerado produto de uma arbitrariedade do seu intérprete. Dessa forma, se encerra qualquer debate possível sobre a discricionariedade no sistema de justiça criminal – em especial se destacada a polícia militar, que se encontra sob o comando do poder executivo. Pois, por princípio, os membros desse sistema não podem agir de forma discricionária, já que não existem, para ele, escolhas disponíveis.

Entretanto, três outras correntes que contestam essas proposições são também bastante referidas na construção da dogmática jurídica brasileira: o positivismo normativista de Hans Kelsen, o jurisprudencialismo de, por exemplo, Antônio Castanheira Neves e o neoconstitucionalismo de Robert Alexy. Evidentemente, é impossível aqui retomar em detalhes cada uma dessas correntes, pois tão grandioso esforço mereceria ser objeto de pesquisa específica. Para os fins dessa dissertação, é importante tão somente observar as mudanças de estatuto que a discricionariedade vai experimentando à medida que transita entre essas correntes. Mesmo estando isso explícito, é ainda importante mencionar que a

exposição sumária do pensamento inserido em cada corrente pode traduzir apenas um entendimento vulgar delas.

Nesse sentido, se tem, com o positivismo exegético, a ausência total de discricionariedade e, à proporção que se percorrem as demais correntes, uma abrangência cada vez maior da discricionariedade na atividade de aplicar as leis. Mais especificamente, o primeiro momento desse deslocamento se dá com o questionamento de Hans Kelsen sobre a possibilidade real de se extrair um sentido unívoco das leis para todo e qualquer caso judicial. De forma contraposta, a teoria kelseniana afirma o caráter polissêmico dos textos jurídicos e que, por isso, há sempre uma certa dose de indeterminação na aplicação judicial da lei. Para que se produza uma resposta a um caso concreto é necessário um ato de vontade por parte do julgador, isto é, que ele dê uma interpretação às leis. Dessa forma, a discricionariedade, no âmbito da teoria kelseniana, se refere a esse espaço que o julgador possui para escolher a resposta judicial mais adequada a um determinado caso (STRECK, 2011).

Quanto mais se avança para as demais correntes, sobretudo o neoconstitucionalismo, verifica-se a abrangência cada vez maior da discricionariedade e da subjetividade inerente e inescapável dos atos jurídicos – havendo entre esses termos uma relação de antonomásia. Isto é, a decisão judicial passa a ser o produto do assujeitamento de um dado objeto à vontade do julgador e não mais ao sistema racional e formal de leis. Com isso, pode-se inclusive permitir a inclusão de elementos ideológicos, psicológicos e políticos na atividade de dizer o direito ao fato, pois a sua natureza se encontra na ponderação de princípios e sistemas de valores, e não na subsunção do fato à norma. Segundo Lenio Streck (2011), essa tendência mais recente da teoria do direito permite ao juiz preencher as lacunas legislativas com suas próprias considerações acerca da realidade social, levando a um tipo de ativismo judicial cuja fundamentação é uma leitura radical da tese de Kelsen sobre a decisão judicial enquanto ato da vontade. Adotando a primeira distinção terminológica apresentada aqui, poder-se-ia dizer também que toda decisão judicial é arbitrária.

Por fim, é importante também mencionar as teorias que, de certa forma, se situam no contexto do pós-positivismo exegético, todavia críticas à corrente neoconstitucionalista por seu suposto decisionismo relativista. Nesse meio, se inserem os trabalhos de Streck (2011), Castanheira Neves (1995), entre outros. Mais

especificamente, essas teorias propõem uma hermenêutica do direito em que a constituição é a referência fundamental para se determinar a correção de uma decisão judicial. Respeitando as nuances das correntes inseridas nesse subgrupo, a fórmula de Lenio Streck (2011, p. 591) sumariza de forma fidedigna o sentido em que apontam:

A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. Argumentos para a obtenção de uma resposta adequada à Constituição (resposta correta) devem ser de princípio, e não de política. Dito de outro modo, não se pode “criar um grau zero de sentido” a partir de argumentos de política (policy), que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégias econômicas, sociais ou morais.

Entretanto, no que se refere ao problema da discricionariedade, especialmente na sua contraposição à arbitrariedade, Castanheira Neves e Streck se afastam – apesar de, ao fim, chegarem a esquemas parecidos. Para o primeiro, conforme resume Reis (2012, p. 198), os dois termos foram historicamente referidos de forma sinonímica, entretanto, do ponto de vista ontológico, são essencialmente distintos. A primeira se encontra vinculada normativamente aos princípios constitucionais do Estado de Direito; enquanto a segunda, por definição, não se encontra vinculada a nada que não a própria vontade do sujeito. Já Streck (2011, p. 46) afirma que há uma relação íntima entre ambos os termos, pois o primeiro é condição para a existência do segundo. Ainda mais importante, para ele a distinção entre ambos os termos só pode ser feita em um plano abstrato, descolado do contexto do caso concreto, pois, nesse nível, se referem a um mesmo e único problema; a saber, o controle contencioso das decisões judiciais. De forma irônica, o autor sintetiza seu argumento: “a caracterização de uma decisão como arbitrária ou discricionária já é, insitivamente, uma escolha discricionária (ou, por que não, arbitrária?!)” (idem).

Essa breve exposição do debate brasileiro acerca da teoria geral do direito e suas diversas correntes filosóficas guarda semelhança, se pensada em conjunto com as demais pesquisas tematizadas nessa dissertação, sobretudo com o trabalho de Ronald Dworkin, mas também com algumas outras elaborações do âmbito da ciência do direito em língua inglesa. Entretanto, como se anunciou no início desse subtítulo, é notável que se trata de um debate muito mais amplo, por colocar em

discussão o poder jurisdicional do Estado em si mesmo, e, ao mesmo tempo, muito mais específico, pois suas consequências dizem respeito estritamente ao processo decisório da magistratura e dos tribunais. Como se viu nos primeiros capítulos, no debate em língua inglesa realizou-se o esforço de pensar a discricionariedade em função não apenas da atividade jurisdicional, mas também de atividades ligadas a ela, porém de caráter essencialmente burocrático, como as das organizações policiais e das promotorias de justiça.

Nesse sentido, as possibilidades de transposição do debate sobre as decisões judiciais para as decisões burocráticas ligadas ao sistema de justiça criminal são bastante escassas. Tal constatação, na verdade, está presente na elaboração de Lenio Streck. Para ele, ao se aproximar a discricionariedade judicial da discricionariedade administrativa é cometido um equívoco, pois cada um dos termos se refere a aspectos essencialmente distintos. Portanto, a elaboração mencionada até aqui, apesar de densa e complexa, é limitada do ponto de vista da compreensão geral do problema da discricionariedade nas instituições do sistema de justiça criminal. A fim de avançar nesse ponto, é necessário, agora, analisar as elaborações inseridas no campo do direito administrativo.

Nesse âmbito, chama a atenção, em primeiro lugar, o estabelecimento cristalino de uma doutrina tradicional. Nela, se estabelece, diretamente, que as ações legítimas do Estado podem ser distinguidas em dois tipos, fundamentalmente: as ações vinculadas, em que se pratica apenas um juízo de subsunção do fato concreto à regra estipulada; e as ações discricionárias, em que compete à autoridade realizar uma escolha efetiva dentre diferentes possibilidades oferecidas pelos quadrantes da legalidade. Há, por fim, um terceiro tipo de ação, porém ilegítimo: as ações arbitrárias, decorrentes da vontade privada e das idiosincrasias pessoais (SCHAPIRO, 2016).

A partir desse corpo doutrinário, se define também que as ações discricionárias são aquelas tipicamente ligadas a atividades políticas e, por consequência, não são, em geral, subordinadas à intervenção judicial. Por exemplo, a Presidência da República, no caso brasileiro, é responsável por elaborar o plano orçamentário do país, que deve ser aprovado pelo poder legislativo. Nesse plano, um vasto conjunto de decisões são tomadas pela presidência sendo elas apenas limitadas pelos dispositivos constitucionais que estabelecem proporções mínimas de destinação orçamentária. Tais decisões competem ao âmbito discricionário da

presidência. Não cabe, nesse sentido, ao poder judiciário emitir juízo sobre as prioridades adotadas pela presidência, pois tal processo é político e, no caso democrático, se dá por meio das eleições.

Já as ações vinculadas dizem, tipicamente, respeito a uma série de atividades em que a regra determina um único comportamento possível diante de um fato concreto. Um exemplo bastante óbvio tem a ver com a contratação de servidores públicos, que deve ser feita tão somente por meio de concursos públicos. Ou então, a necessidade de se ter uma licença ambiental de modo a realizar uma construção em uma área de manancial. Finalmente, como esse tipo de ação está diretamente conectado com o que se dispõe na letra da lei, elas podem ser submetidas à intervenção jurisdicional.

O poder de polícia e a organização policial, entendida enquanto parte da burocracia do Estado, devem ser compreendidos como praticantes dos dois tipos de ações de acordo com o nível em que se olha. Do ponto de vista administrativo, as organizações policiais, de modo a cumprir seu dever de policiamento, fazem escolhas tipicamente discricionárias, como a decisão acerca do contingente de policiais destinado a cada região de uma cidade. Como se encontra subordinada ao poder executivo das unidades federativas, parte do poder de polícia pode ser entendido como produto da política criminal estabelecida pelos governadores. Já do ponto de vista do policiamento estrito senso, as condutas policiais devem ser analisadas do ponto de vista das ações vinculadas. Pois, a despeito de ser possível definir qual região da cidade deve ser mais atendida pela polícia, não cabe ao policial deixar de agir diante da constatação flagrante de um crime, já que a lei prescreve a ele tão somente o dever de efetuar a prisão do infrator e encaminhá-lo à delegacia de polícia onde será lavrado um boletim de ocorrência e, em seguida, instaurado um inquérito por parte da polícia civil (ou judiciária).

Essa última afirmação, apesar de doutrinariamente precisa, é que a produz o maior número de polêmicas na literatura crítica e sociológica, como já se viu fartamente no caso da bibliografia em língua inglesa. Em outras palavras, a despeito das diferenças estabelecidas pela tradição jurídica nos países estudados, os primeiros baseados no sistema da *common law* e o segundo, baseado no sistema da *civil law*, as organizações policiais operam a partir da mesma lógica: a do *full enforcement* ou a do princípio da obrigatoriedade. Como visto anteriormente, esse princípio determina, sumariamente, que o policial, ao exercer seu poder de polícia,

se encontra subordinado aos ditames da lei, seja no que diz respeito a quando agir ou a de que forma agir. Mesmo os momentos em que aparentemente o policial faz escolhas, como no caso de usar ou não a arma de fogo, são inteiramente regulados, pois a lei determina o uso de força letal apenas em casos em que se verifica grave ameaça à integridade física do próprio policial ou de terceiros. Desse modo, o comportamento considerado ideal para o policial é aquele estritamente baseado nos códigos. Qualquer desvio é essencialmente incorreto ou fundamentalmente mau uso da sua prerrogativa funcional. Por óbvio, o debate doutrinário acerca da discricionariedade do policial de nível na rua não constitui propriamente um debate, pois agir dessa forma lhe é vedado e assim só pode agir se está acordo com os critérios que, na verdade, definem as ações arbitrárias e, portanto, ilegítimas.

Em síntese, do ponto de vista da doutrina do direito administrativo, existe forte semelhança com os pesquisadores tematizados nos primeiros capítulos que atribuem um sinal negativo à discricionariedade, no sentido da sua aproximação com a ideia de arbitrariedade. Também se assemelham aos pesquisadores da tradição mais legalista que veem a ação discricionária enquanto o preenchimento de uma lacuna legislativa por um ator indevido, pois os casos de imprecisão ou ambivalência das leis são os únicos considerados pelo direito administrativo enquanto possibilidade de exercício de discricionariedade no contexto das ações vinculadas. Evidentemente, em se tratando de lacunas, a solução é por demais óbvia, isto é, seu preenchimento pelo ator legislativo.

Por fim, resta dizer que dentre as três instituições do sistema de justiça criminal tematizadas ao longo dessa dissertação, isto é, a magistratura, a polícia e a promotoria, foi intencionalmente destacada a análise da última. Esse tema será objeto da seção final deste capítulo. Em seguida, passa-se a análise da produção das ciências sociais ou sociológica.

4.2. CIÊNCIAS SOCIAIS

Antes de iniciar a apresentação, é importante reconhecer as primeiras aproximações entre esse conjunto e o seu equivalente em língua inglesa. Mais nitidamente, aproximam-se quanto às motivações das pesquisas e aos seus objetos, conforme anunciado já na introdução. Isto é, dedicam-se inicialmente à descrição do efeito prático das práticas inseridas no contexto da justiça criminal e, em seguida, à

explicação desses feitos bem como a procura por suas condições de existência. Aqui, também se pautam, muitas vezes, pela necessidade da crítica sociológica ao direito e às instituições de justiça, problematizando as formulações formais e ideais (ou ideológicas) com que essas últimas operam – ou, se quiser adotar a fórmula de Rubin, o suplemento perigoso. Novamente, terão destaque as abordagens culturalistas e organizacionais e adoção de técnicas empíricas de pesquisa em contraposição ao debate mais propriamente normativo. A partir, então, da metodologia proposta na introdução, o debate será exposto segundo os critérios temporais e teóricos previamente estabelecidos.

No Brasil, a sociologia do sistema de justiça criminal começa a se constituir como tal a partir dos anos 1980, conforme aponta Sinhoretto (2006). Esse período marca o início da distensão do período autoritário e a transição para o regime democrático. Sinhoretto (2006) afirma que esse movimento político e social faz com que os cientistas sociais comecem a enfocar o sistema de justiça de acordo com as perspectivas das rupturas e continuidades da organização, da prática e das atribuições legais das instituições diante da mudança de regime político. A comparação entre as instituições do sistema de justiça no período autoritário e, depois, no período democrático tendo em vista o ideal da igualdade jurídica foi a força motriz dos principais estudos no período, incluindo os relacionados especificamente ao sistema de justiça criminal, dos quais são exemplos paradigmáticos os estudos sobre a organização policial.

Em segundo lugar, é também preciso levar em conta que os anos 1980 e, mais precisamente, a década de 1990, marcam a expansão da crise desse sistema. Conforme explica Adorno (1996, 1998a, 1998b), nesse período era possível observar um aumento constante nas taxas de criminalidade, em especial dos crimes contra a pessoa e contra o patrimônio e das graves violações dos direitos humanos, cuja resposta não estava sendo eficazmente provida pelas agências estatais de aplicação da lei penal. Ou seja, havia um excesso de demanda sobre o sistema e uma escassez de recursos, o que acabou por produzir um enorme contingente de crimes não punidos. Essa defasagem entre crimes cometidos e crimes punidos repercutiu também no âmbito da sociedade civil, gerando um sentimento de insatisfação em relação à capacidade do Estado em responder aos crimes e também proporcionando uma certa perda de sua legitimidade (ADORNO e PASINATO, 2010).

Os estudos de Adorno (1994, 1995) que tematizaram a aplicação desigual da lei penal em um regime democrático são referências fundamentais para esse ramo da sociologia. Adorno (1994) propõe o exame de práticas de produção da verdade jurídica partindo da ideia de que nas sociedades em que o estágio do desenvolvimento do capitalismo não permitiu que um grau razoável de bem-estar social fosse concedido à classe trabalhadora não foi possível conferir efetividade prática à igualdade jurídica, permanecendo apenas com sua eficácia simbólica. Para tanto, ele procedeu à comparação dos perfis sociais de absolvidos e acusados, o que lhe permitiu identificar as variáveis extraleais que influenciam no desfecho processual. Ou, mais precisamente, analisar as relações entre:

a formalidade dos códigos e da organização burocrática e as práticas orientadas pela cultura institucional, o entrecruzamento entre os pequenos acontecimentos que regem a vida cotidiana e os fatos que regem a concentração de poderes no sistema de justiça criminal, bem como a intersecção entre o funcionamento dos aparelhos de contenção da criminalidade, a construção de trajetórias biográficas e as operações de controle social. (p. 134)

Prosseguindo na sua análise, o autor conclui, somando os resultados com seu estudo anterior (Adorno, 1991), que o desfecho processual é produto de duas ordens de motivação da conduta institucional: a primeira está ligada às motivações de ordem burocrática, que se pautam pelos códigos e pelos procedimentos formais, pelas posições previamente demarcadas e cujo objeto é o próprio crime, os documentos processuais e o cumprimento dos dispositivos legais; a segunda está conectada às motivações subjetivas, que tem como foco o comportamento do criminoso, sua conduta moral, seus hábitos. Segundo o pesquisador, é nessa segunda ordem que são encontradas as condições para a promoção das injustiças tanto por parte do magistrado quanto do promotor, pois, por exemplo, é nela que são mobilizados os preconceitos que definem a população marcada socialmente como perigosa, como a ocupação, a cor e os hábitos (sempre entendidos como ruins, como o vício em álcool).

De forma a ilustrar os resultados obtidos a partir das sentenças judiciais pelo autor, destacam-se as seguintes observações: a) há maior incidência de condenação de réus defendidos por advogados dativos, isto é, recurso de defesa de que se valem preferencialmente réus mais pobres; b) os negros são super-representados entre os réus condenados e também entre os absolvidos, o que denota que a justiça penal se dedica, prioritariamente, ao controle da conduta dos negros; e c) taxa de

condenação mais elevada entre os réus com ocupações mal definidas, isto é, de baixa remuneração e prestígio social.

A democracia brasileira, segundo o pesquisador, não foi capaz, portanto, de promover plenamente o princípio da igualdade jurídica. Nesse mesmo sentido apontam os estudos que afirmaram que a transição democrática não produziu transformações significativas na lógica de operação do sistema de justiça criminal, tendo havido apenas uma readequação dos discursos institucionais e não das práticas concretas. Ou seja, o que se verificou, sobretudo no caso da polícia militar, foi a permanência da lógica de operação que vinha sendo adotada até o período autoritário só que agora inserida em um contexto de democracia formal. Por exemplo, Lima et al. (2000) chegam a caracterizar os operadores do sistema de justiça criminal como portadores de uma “insistente esquizofrenia”, pois são “compelidos a acreditar e descrever o que deve ser, e a praticar o que não é.” (p. 52).

Tendo em vista o aparente consenso que existe entre os analistas do sistema de justiça de que as práticas nele inseridas produzem, em grande medida, efeitos contrários ao que se deve esperar de um sistema de justiça articulado sobre os fundamentos de uma constituição democrática e igualitária, é que se torna fundamental investigar quais são os mecanismos que conduzem o sistema nessa direção. Para isso, é preciso colocar o foco da análise no funcionamento interno das delegacias, dos tribunais e do Ministério Público, pois são nesses espaços que são tomadas as decisões sobre quem prender, quem processar e quem condenar.

O trabalho de Roberto Kant de Lima (em especial, 1986, 1989, 1994 e 1995) é marco fundamental desse tipo de ênfase, sobretudo no que se refere à formação de uma sociologia das organizações policiais contemporâneas articulada sobre a ideia de cultura policial e sobre o uso da perspectiva comparada. Da fecunda e complexa produção do autor, convém retomar apenas o debate que propõe acerca da discricionariedade.

Nesse tema específico, Kant de Lima (1989) toma como ponto de partida os princípios de ordenamento e operação do sistema de justiça criminal conforme estabelecidos pela tradição jurídica brasileira. O primeiro movimento do autor, nesse sentido, é destacar as organizações policiais das instituições de justiça propriamente ditas. As primeiras, segundo o autor, possuem uma característica dual, em que convivem elementos próprios ao âmbito administrativo quanto ao âmbito jurídico;

enquanto as instituições de justiça respondem tão somente aos princípios jurídicos.

Nas palavras do autor:

Isso quer dizer que, num continuum onde num pólo está a arbitrariedade ou o abuso de poder e, no outro, a ação conformada à letra da lei, a autoridade [policial] toma atitudes para garantir a segurança da população que são discricionárias (idem, p. 6).

E completa (idem, p. 17):

O Judiciário, por sua vez, situa-se num nível "superior" em relação à polícia na hierarquia judicial. Superioridade esta justificada pelo caráter acusatório, contraditório, do processo e pela maior "distância", "objetividade" e "isenção" na "aplicação estrita da lei"; superioridade que está, portanto, relacionada aos padrões acusatoriais mas não-discricionários da tradição jurídica brasileira. [...]

Dessa breve retomada é importante notar que Kant de Lima, por debater os modelos estadunidense e brasileiro de forma comparativa ao longo de sua obra, acaba adotando uma definição de discricionariedade que em muito se assemelha à elaboração clássica inicialmente debatida: uma certa margem de liberdade de movimentação permitida aos agentes públicos no cumprimento de suas funções. Ademais, ainda de acordo com o autor, no que ele se aproxima da abordagem culturalista, essa margem de liberdade é promovida pelo quadro de referências legais, mas é estruturada por um certo código informal que vigora no interior das organizações policiais. Esse argumento é corroborado pela visão que elabora sobre o Judiciário, porque as ações não-discricionárias são aquelas mais próximas à letra da lei – no que o uso constante das aspas denota que essa aproximação nunca é perfeita.

Mais difícil é, contudo, entender exatamente a contraposição entre o que é discricionário e o que é arbitrário na tese do autor. Em uma primeira leitura, poder-se-ia dizer que o segundo caso se manifesta apenas quando a ação é explicitamente contrária à lei. O que também significa dizer que são discricionárias aquelas ações consideradas formalmente legítimas. Entretanto, à medida que se aprofunda a leitura do primeiro conceito, percebe-se que ele existe enquanto resposta prática aos limites efetivos da organização policial operacionalizada em função de estigmas sociais. Assim, a pergunta “a suspeição sistemática da polícia em relação à população negra se produz enquanto uma ação discricionária ou arbitrária?” é de difícil resposta. Do ponto de vista formal, pode-se considerá-la uma ação arbitrária. Mas do ponto de vista prático, ela é ambas. Pois, desde que a discricionariedade exista dentro do contínuo “arbitrariedade(a)-letra da lei(b)”, ela nunca é, na realidade, estritamente ela

própria, mas sim o produto de combinações dos dois elementos fundamentais do binômio em que ela está inserida. Assim, pode-se elencar três possibilidades: é discricionária a ação em que se pesa mais o elemento (a) do que o elemento (b); ou a ação em que se pesa mais o elemento (b) do que o elemento (a); ou, finalmente, se se verifica mais arbitrariedade do que ação conformada à letra da lei, se configura uma ação discricionária, assim como se se verifica mais ação conformada à letra da lei do que arbitrariedade, também se configura uma ação discricionária. A leitura de conjunto do texto indica que a solução mais adequada é a terceira. Entretanto, nesse sentido um enorme rol de ações práticas seria discricionário, pois não é nem inteiramente arbitrária, já que legalmente estruturada, e nem absolutamente conformada pela letra lei, como demonstra a abordagem culturalista esposada pelo próprio autor. Assim, o problema parece sempre remontar a um outro, clássico em relação à literatura de língua inglesa, isto é, de ser impossível dissociar a discricionariedade de um conteúdo político e moral e também de dissociá-la de um leque maior de ações e comportamentos.

Se se considerar correta, na verdade, a segunda solução, ver-se-á que ela entra em conflito com a elaboração inicial, pois, então, a discricionariedade não existiria no contínuo (a)-(b), mas sim apenas nos casos em que o conjunto (a,b) é descrito por (b), ou, em outras palavras, no contínuo (c)-(b), em que (c) é o ponto médio imaginário entre (a) e (b). O mesmo valendo para a primeira solução, mas na leitura simétrica, porém inversa. Isto é, em todos os casos a discricionariedade não existe em si mesma, mas sim em função de algum outro elemento que pode ser usado para descrevê-la. Em síntese, portanto, trata-se de um espaço que só existe enquanto vazio a ser preenchido por algo que ele próprio.

A elaboração da especialista em sociologia da violência Cristina Neme (1999) aponta nesse mesmo sentido. Na nota de rodapé 56 de sua dissertação, em que discute a Polícia Militar de São Paulo, ela apresenta a definição de discricionariedade que adota:

Discricionariedade é a margem de liberdade conferida pela lei ao agente público para que cumpra seu dever; é o poder de o agente público agir ou não, de decidir atos de sua competência, dentro dos limites legais, para realizar o interesse público. (DINIZ, M. H. Dicionário Jurídico. São Paulo, Saraiva, 1998, vol. 2)

Entretanto, ela mesmo reconhece a dificuldade em precisar quais os limites desse tipo de ação, sobretudo se considerada em contraposição à ação meramente arbitrária. No que se refere ao caso do uso da força, ela afirma (idem, p. 30):

Trata-se de analisar, no caso, as ações que escapam ao enquadramento legal, sejam elas resultantes de excessos cometidos nos casos de estrito cumprimento do dever legal ou de condutas claramente desviantes ou criminosas. A polícia possui objetivos legais e sua ação deve executar-se por meios admitidos em lei: “os meios de ação também devem ser legais, ou previstos na lei ou admitidos pela lei”. É precisamente esse critério de delimitação - objetivo legal, meios de ação limitados pela lei - que legitima a ação policial e a diferencia das ações criminosas cometidas por bandidos. Pode-se afirmar que na prática esse critério não se estabeleceu razoavelmente no Brasil. [...]

Quando, ainda, adiciona à equação os elementos trazidos à tona pela abordagem institucional, isto é, a cultura policial, a análise da autora se desloca em um sentido em que a ideia de discricionariedade perde seu sentido explicativo. Pois, sendo o critério objetivo legal indeterminado, restam os critérios informais da cultura policial, normalmente baseados em estigmas sociais. E esses últimos, via de regra, conformam as ações meramente arbitrárias. Então, dado o pântano objetivo, só é possível distinguir objetivamente entre as ações estritamente legais e as ações meramente arbitrárias, já que se situam nas suas margens. Qualquer caso intermediário só pode ser descrito a partir da objetivação de um determinado código moral. E, caso exista disputa entre diferentes códigos que proporcionam diferentes interpretações, como ocorre costumeiramente, a solução legítima só poderá ser obtida a posteriori, por meio de uma afirmação de autoridade, como seria no caso de uma decisão judicial sobre o assunto.

Já a cientista política Tânia Maria Pinc Luciano (2007) discute o mesmo objeto da última autora, mas adota uma definição distinta da discricionariedade, conceito que é igualmente central para sua análise, pois constitui o argumento de fundo que motiva sua pesquisa. Assim ela o define:

O fundamento legal do uso da força pela polícia não especifica as ocasiões em que ela deva ser usada, nem tampouco o grau que deva ser aplicado, pela simples incapacidade dos legisladores preverem tais circunstâncias. Em razão da ausência de normatização, foi atribuído ao policial o poder discricionário, que o autoriza a escolher quando e como usar a força.

Em certo sentido, Neme (1999) também aponta a ausência de normatização precisa enquanto um elemento da discricionariedade. Entretanto, a discricionariedade em si mesma é algo que a lei confere à organização de forma a que essa possa cumprir adequadamente seus objetivos. No caso atual, a discricionariedade é um subproduto da ausência de normatização, ou da incapacidade dos legisladores de preverem todas as circunstâncias. Ou seja, é um efeito colateral, e não algo inerente à função exercida. Em uma leitura mais precisa, pode-se até mesmo considerar a discricionariedade enquanto algo inexorável, mas não menos residual. Assim, a despeito de novamente não existirem referências ao debate estadunidense, seus problemas e debates são reproduzidos.

Já o sociólogo Arthur Costa (2011), diferentemente dos demais, procurou estabelecer de fato estabelecer uma interface com autores que classicamente se dedicaram ao estudo da discricionariedade. Em seu trabalho, recorre às referências de, por exemplo, Jerome Skolnick, Samuel Walker e Herman Goldstein. Segundo Costa (2011), então, o poder discricionário se refere à liberdade de escolha que essas pessoas possuem de fato durante a sua prática profissional. Isso significa dizer que a discricionariedade não se limita às escolhas legalmente instituídas, mas também àquelas que podem ser feitas à margem do ordenamento jurídico, especialmente nas situações em que este não é preciso o suficiente. Ainda segundo o pesquisador, esse poder é inerente à função jurídica pois é impossível que a legislação seja capaz de determinar especificamente cada conduta que deve ser adotada em cada situação particular. O autor elenca três áreas em que os operadores do sistema de justiça criminal podem exercer o seu poder discricionário. A primeira é na aplicação seletiva das leis, isto é, por exemplo, um policial pode, de fato, decidir reprimir ou não uma determinada conduta. A segunda é na escolha dos métodos de intervenção. Por exemplo, um delegado de polícia, a fim de dar uma solução a certa ocorrência, pode escolher abrir um inquérito policial e proceder à investigação regular ou então adotar um método alternativo, apesar de não previsto legalmente, como uma conciliação informal. Finalmente, a última área de exercício

do poder discricionário é na escolha de objetivos e prioridades. Ela ainda afirma que essa é área em que a discricionariedade do sistema é mais reconhecida.

Ademais, ele considera a discricionariedade como um fenômeno de sinal positivo, pois é parte intrínseca das profissões inseridas no sistema de justiça criminal. Assim ele, junto as suas referências fundamentais, reconfigura o problema para o debate acerca das formas de estruturar e limitar a discricionariedade. No fundo, o que fica evidente acerca da elaboração é que ela carece da apreensão crítica dessas definições, sendo suscetível à enorme força das contestações feitas, por exemplo, pelos teóricos da abordagem organizacional e também por Nickels, Rubin e Campbell. Para evitar a redundância dos argumentos, basta mencionar que os estudos organizacionais considerariam um erro tratar a discricionariedade em termos de estruturação uma vez que o comportamento já é essencialmente estruturado não apenas nas suas dimensões legais, mas também a cultura organizacional, que é mais abrangente. A incompreensão desse argumento conduziria à ineficácia do remédio elaborado pelo autor, já que se trata de um diagnóstico no mínimo incompleto.

Além de Roberto Kant de Lima, outros pesquisadores também desenvolveram suas pesquisas com particular interesse nos valores compartilhados pelos grupos envolvidos no funcionamento do sistema de justiça criminal. Luís Flávio Saporì (1995), a despeito de não usar propriamente o conceito de culturas organizacionais, desenvolveu uma tese que poderia ser facilmente lida a partir dessa chave analítica, sobretudo também porque toma como referência fundamental o trabalho de Jerome Skolnick. Ademais, o seu trabalho é paradigmático pois confere a leitura da abordagem organizacional para as instituições de conjunto, isto é, para as formas como as relações entre elas se estabelecem. De partida, então, ele afirma:

A despeito de seu perfil burocrático, a justiça moderna e, em especial, a justiça criminal, não podem ser adequadamente compreendidas em seu funcionamento rotineiro, se tomarmos como referência sua estrutura formal. A atuação dos atores legais é balizada, em diversas situações, não pelas prescrições normativas do sistema, mas sim por programas de ação, de caráter informal, que estão institucionalizados nas varas criminais. Tais programas de ação, inclusive, impelem os atores legais à violação das próprias prescrições normativas formalizadas em diversas situações. (idem, p. 1)

Dessa forma, dirigindo sua análise para a observação das práticas concretas destes operadores, o autor caracteriza a justiça criminal brasileira como a “justiça linha de montagem”. Segundo ele, essa expressão representa o processamento

seriado dos processos, em que suas individualidades – ou suas concretudes – são desconsideradas a favor de uma certa padronização, o que permite que os operadores do sistema saibam de antemão como agir e como decidir em determinados tipos de casos. Isso se encontra expresso, por exemplo, no estabelecimento de modelos para as alegações finais dos promotores, no encurtamento dos ritos judiciais, nos acordos para que não se convoquem testemunhas, etc. Os acordos informais que regem a “justiça como linha de montagem” contam com a adesão de promotores, defensores públicos e magistrados, que são pessoas e organizações com interesses muito distintos, mas que acabam formando uma “comunidade de interesses” por conta da pressão por eficiência a que todos eles são submetidos.

A conclusão que se pode obter do estudo de Saponi (1995) é que essa pressão por eficiência se traduz concretamente no afastamento, por parte dos operadores, da estrutura formal que rege (ou deveria reger) a prática desses operadores. Eles próprios poderiam provocar algo como o mau funcionamento das organizações, em favor de acordos informais. A depender do seu conteúdo, tais acordos violam os princípios jurídicos do Estado de Direito, sendo o exemplo mais recorrente a violação do princípio do devido processo legal e do direito à ampla defesa, o que, por consequência, acaba também representando uma violação do princípio da igualdade jurídica.

É importante notar que, a despeito das semelhanças com os desenvolvimentos apontados sobretudo no segundo capítulo, o conceito de discricionariedade não possui estatuto dentro da análise construída por Saponi. O termo é usado apenas uma vez, quando se refere ao problema já citado da preservação dos direitos processuais fundamentais em contraposição com a pressão por eficiência no sistema. Ele, assim, afirma (*idem*, p. 12):

Busca-se, portanto, através da ênfase nos mecanismos formais, atenuar o máximo possível o erro humano no julgamento, bem como o arbítrio do Estado sobre o indivíduo. Nesse sentido, a eficiência pode engendrar um incremento indevido do poder discricionário do Estado e a acentuação do erro humano [...].

Considerando, portanto, esse último excerto, se configura, na análise de Saponi, um enredo semelhante aos outros no que se refere à discricionariedade. Ela é apresentada como esse elemento que responde pelos erros do sistema de justiça criminal. Isto é, aquilo que possibilita a manipulação prática dos mecanismos formais

de forma a se obter resultados considerados eficientes. Entretanto, como essa eficiência está associada, na verdade, a violações de condições fundamentais para a justiça do processo penal, a discricionariedade passa a ser sinônimo de arbitrariedade. No limite, pode ser entendida tão somente como uma espécie de caixa-preta que permite que a arbitrariedade se produza dentro do sistema.

O trabalho de Saporì permite, agora, passar ao debate dos estudos sobre o fluxo do sistema de justiça criminal, uma das principais correntes da sociologia do sistema de justiça criminal brasileira. Antes disso, é importante ainda notar que a característica fundamental dos trabalhos discutidos até agora é o enfoque descritivo, com a notável exceção apenas de Roberto Kant de Lima. Esse tipo ênfase pode ser considerado uma explicação para o uso mais ou menos acrítico do conceito de discricionariedade. Como os capítulos anteriores demonstraram, seu uso serve ou, pelo menos, tenta servir à explicação das discrepâncias entre o ideal e o real no âmbito do sistema de justiça criminal ou da produção decisória dos servidores do sistema. Essa característica reaparecerá nos estudos mencionados a seguir.

Como afirmado na introdução ao capítulo, emerge agora a ideia de seleção. Essa é, certamente, mais precisa para descrever seu objeto específico, pois permite, fundamentalmente, manter o sujeito da oração oculto. Isto é, as pesquisas demonstram quais casos são selecionados, mas não por quem (indivíduos livres? Conjunto de regras informais?, etc.) tampouco como (por meio de uma margem de escolha conferida pela lei? por meio de uma margem de escolha introduzida no sistema a despeito do veto legal?). No detalhe, as pesquisas sobre o fluxo do sistema de justiça criminal se dispõem a investigar a questão da impunidade penal no Brasil, entendida, conforme Adorno e Pasinato (2010)⁵, como a desistência de aplicação da lei penal para crimes reportados à autoridade policial ou judicial.

No contexto de aumento da criminalidade, a impunidade pode ser entendida como produto direto da incapacidade de o sistema de justiça criminal prover respostas a todos os casos que chegam ao seu conhecimento. Essa perspectiva analítica, cuja obra pioneira foi a de Coelho (1986), se dedica, prioritariamente, à mensuração do fluxo de processos que transitam pelo sistema de justiça criminal.

5 Dahrendorf, R. (1987). *A lei e a ordem*. Brasília: Instituto Tancredo Neves; Fundação Friedrich Naumann, cap. 1, p. 28 (Como diz o autor: 'A impunidade, ou a desistência sistemática de punições, liga o crime e o exercício da autoridade').

Com isso, é possível saber quantos processos entram no sistema e quantos saem, dando a medida precisa da impunidade. Além disso, a partir do estudo longitudinal dos processos (cf. RIBEIRO e SILVA, 2010), é também possível verificar em que momento cada processo deixa o sistema, sobretudo se isso ocorre em algum ponto intermediário, o que é fundamental para identificar quais são os momentos de filtragem do sistema.

Tendo como base a síntese dos resultados desses estudos produzida por Ribeiro e Silva (2010), pode-se concluir que todos eles apontam um resultado semelhante e já consolidado na literatura especializada (cf., por exemplo, Sinhoretto, 2006): o sistema de justiça criminal tem o aspecto de um funil, tendo como sua base, mais ampla, as ocorrências policiais registradas e, na sua ponta, mais estreita, a quantidade de sentenças proferidas, sendo os principais filtros exercidos na transformação de ocorrências policiais em inquéritos penais, cuja responsabilidade é da Polícia Civil, e esses últimos em processos criminais, cuja responsabilidade é do Ministério Público. Ainda é possível incluir, como um ponto anterior à base do sistema, as cifras ocultas do sistema, isto é, a quantidade de crimes que são cometidos, mas que não chegam a serem registrados nas instituições policiais (SILVA, 2007), o que tornaria ainda mais evidente o aspecto de funil do sistema.

Uma excelente ilustração dessa formatação do sistema de justiça criminal brasileiro pode ser obtida por meio da pesquisa coordenada por Sérgio Adorno (cf. resultados em Adorno e Pasinato, 2010), em que foram recolhidas informações de todos os boletins de ocorrência registrados na terceira seccional de polícia da cidade de São Paulo, o que compreende um total de dezesseis delegacias de polícia, entre os anos de 1991 e 1997. Os pesquisadores identificaram, do total de 344767 Boletins de Ocorrência Policial (BOs) observados, que 211832 compreenderam registros de crimes não-violentos⁶, apenas 8216 se tornaram inquéritos policiais. Essa cifra representa apenas 3,9% dos boletins inicialmente registrados.

Levando em consideração somente o crime de furto, que compreende a maior parte dos registros policiais desta espécie (202632, isto é 58,8%), observa-se que apenas 3,23% se tornaram inquéritos. O único ponto fora da curva, neste universo, é o do crime de uso de entorpecentes, em que 89,92% dos boletins foram convertidos.

6 Crimes não violentos são aqueles que não acarretam graves violações à integridade física das vítimas, como os furtos.

Isso se explica, segundo Adorno e Pasinato (2010), com o fato de que este crime geralmente é registrado com a observação do flagrante. Finalmente, a pesquisa também mostrou que a proporção de ocorrências violentas, aqueles que implicam grave ameaça à vida ou à integridade das vítimas, convertidas em inquérito (8,14%) é duas vezes maior do que das não-violentas (3,88%).

Além da mensuração propriamente dita, os estudos do fluxo do sistema de justiça criminal são também excepcionalmente importantes por revelarem alguns dos critérios adotados pelos operadores em cada momento de filtragem de processos. Contudo, até o momento, apenas o primeiro e maior filtro, a transformação de ocorrências policiais em inquéritos tem sido alvo de análise. Para tanto, os estudos têm se valido do cruzamento estatístico de dados coletados dos boletins de ocorrência transformados em inquéritos policiais, como natureza da autoria, se houve ou não flagrante, o tipo de infração penal, a idade da vítima, o gênero da vítima e do acusado, entre outras coisas.

O estudo de Vargas (2007), a respeito do crime de estupro em Campinas, constitui outro caso paradigmático. A autora identificou que um dos principais fatores que opera no sentido da não-instauração do inquérito é a autoria desconhecida. Os dados da pesquisadora apontam que a chance de o inquérito ser instaurado nos casos em que o autor do delito não é conhecido é reduzida em 28 vezes. Apesar de não contar com a mesma precisão, o estudo já citado de Adorno (2008) também aponta que a observação do flagrante é determinante para o prosseguimento de uma ocorrência dentro do sistema de justiça criminal brasileira, o que representa, por exemplo, a baixa disposição e a baixa eficiência da polícia em conduzir investigações. Além disso, como já mencionado, esse estudo também aponta que o grau de violência do crime também é fundamental para prever seu andamento dentro do sistema.

Em relação com os estudos analisados sobretudo nos capítulos 3 e 4, pode-se, enfim, verificar os afastamentos a que se fez referência no início. O ponto central dele é, mais diretamente, o estatuto que o conceito de discricionariedade ocupa nas análises brasileiras. Ao contrário das primeiras pesquisas, aqui a ideia é apenas lateralmente importante para as pesquisas. Sendo seu objetivo mais propriamente a descrição do modo de funcionamento do sistema de justiça criminal, o conceito de discricionariedade, geralmente utilizado no momento explicativo, dá espaço para outros, em especial a ideia de seletividade. Se essa escolha puder ser pensada a

partir da tese de Rubin acerca da discricionariedade enquanto suplemente perigoso, ver-se-á, na verdade, que ela cumpre de forma mais adequada essa função, pois ela, em primeira análise, não remete à diferenciação estabelecida pelo direito administrativo entre ações vinculadas e discricionárias, permitindo maior interlocução. Aponta, tão somente, que mesmo no âmbito das ações vinculadas existe, por algum motivo, algum grau de seleção por parte do agente, colocando em suspeição o postulado de que a lei determina apenas um curso de ação possível nesses casos e isso basta para entender o problema da aplicação da lei. Nesse sentido, portanto, o modo como a tradição jurídica brasileira tratou o tema da discricionariedade administrativa fez o conceito ter um sentido muito mais preciso e unívoco do que no caso da literatura em língua inglesa, tornando necessária a elaboração de novos conceitos que pudessem ser capazes de cumprir papel semelhante que o da discricionariedade tem no sistema da *common law*.

Pelo mesmo motivo apresentado acima é que se pode entender também o uso mais indistinto que se faz, aqui, entre as ideias de discricionariedade e arbitrariedade. Como a doutrina que governa a prática das instituições burocráticas de justiça no Brasil opera a partir da fórmula dicotômica vinculação-discricionariedade, onde se verifica a primeira, não se pode, por definição, se verificar também a segunda. Dessa forma, à medida que as pesquisas sociológicas ou críticas apresentam diversos momentos de ruído para a definição formal da subsunção do fato à norma, automaticamente se conclui, novamente do ponto de vista formal, que esse ruído é externo à ordem legal. Por consequência, aquilo que não é racional e impessoal, é irracional e idiossincrático; logo, arbitrário. Tal relação, que explica a convergência semântica entre esses dois termos, é constitutiva do sistema de justiça brasileiro, isto é, da *civil law*. Por ora, basta mencionar, enquanto argumento, que no centro da “exposição de motivos” dos princípios que ordenam essa tradição está a busca implacável pela redução e eliminação de qualquer juízo pessoal nas atividades da justiça. Esse tema será retomado na seção seguinte.

4.3. O “PROBLEMA” DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como mencionado no fim da primeira seção deste capítulo, o debate acerca do Ministério Público (MP) brasileiro e a seu poder discricionário foi destacado do restante do conjunto. Isso se deve a três motivos principais. O primeiro é que o MP

sem dúvida é a instituição do sistema de justiça criminal menos estudada pelas ciências sociais – com a notável exceção da ciência política –, o que implica menos informações e quantidade maior de questões abertas nesse tema específico. Segundo, dentre todas as instituições discutidas aqui, o MP brasileiro é o que menos se assemelha ao seu equivalente estadunidense, principalmente. Isso torna necessário uma série de notas introdutórias antes que seja possível estabelecer relações entre os debates suscitados por elas na literatura em língua inglesa e no Brasil. Por fim, o MP, conforme se demonstrará a seguir, produz curtos-circuitos e combina elementos vistos anteriormente na análise da discricionariedade e, nesse sentido, se eleva como um objeto privilegiado para a continuidade dessa pesquisa, isto é, da aplicação e verificação empírica das teses e questões que se produziram aqui a partir do estudo comparativo e normativo das ciências jurídicas e sociais em língua inglesa e em língua portuguesa.

Para poder, então, se compreender as especificidades do MP brasileiro, é necessário primeiro dizer que essa instituição é enquadrada, pela Constituição Federal de 1988, no Capítulo IV, em que se definem as funções essenciais à justiça. Dessa forma, ela não é, tomando como referência os três poderes republicanos, subordinada a nenhum deles. É, ainda de acordo com a Constituição, na verdade, uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, edificada sobretudo pelos princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional. Dentre suas funções, a mais importante é a de detentor exclusivo da titularidade sobre as ações penais públicas. O Ministério Público, por meio de seus promotores e procuradores, é, portanto, o titular privativo do *jus puniendi* do Estado brasileiro.

Já do ponto de vista organizativo, a Constituição determina sua divisão em Ministério Público da União, compreendendo as divisões Federal, do Trabalho e Militar, e em Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Esses últimos correspondem a maior parte da instituição e cabe a eles atuar sobre a maior parte dos casos cobertos pelo Código Penal Brasileiro. Ademais, os promotores são selecionados mediante concurso público e são protegidos pela vitaliciedade de suas funções, pela inamovibilidade de cargo e pela irredutibilidade de subsídio. Por fim, todas as outras questões organizativas do MP são determinadas de acordo com Leis Orgânicas próprias.

Esse conjunto de características do MP brasileiro é produto de importantes conquistas obtidas pelos promotores e procuradores durante o último processo constituinte. Conforme relatam alguns pesquisadores (cf., por exemplo, Arantes, 1999, 2002; Sadek, 1997), essa instituição foi uma das que sofreram as maiores transformações nesse período, tendo elas, de conjunto, apontado para o seu fortalecimento institucional e para o seu maior protagonismo dentre os demais órgãos estatais. Nesse sentido, vê-se, por exemplo, que as prerrogativas e proteções constitucionais atribuídas ao MP em muito se assemelham às da magistratura – até mesmo a remuneração salarial foi equiparada entre as carreiras. Do ponto de vista hierárquico, observa-se também que a carreira na promotoria possui prestígio semelhante à carreira na magistratura. Nas últimas décadas, portanto, se desenvolveu e se consolidou a autonomização e o fortalecimento do MP em relação às demais partes do Estado, sobretudo o Executivo.

Do ponto de vista jurídico-normativo, entretanto, a atuação dos promotores, sobretudo nos marcos do MP estadual e das ações penais públicas, é extremamente bem delimitada. É nesse ponto que reside a diferença mais importante com a instituição equivalente tematizada por vezes nos capítulos anteriores. Nesse âmbito, os promotores devem atuar segundo o mesmo princípio que atua a polícia, isto é, de acordo com o princípio da obrigatoriedade (ou da legalidade), traço, como visto, fundamental da tradição da *civil law*. Em síntese, esse princípio torna obrigatório ao promotor de justiça que ele dê início a uma ação penal pública em todos casos de crimes noticiados a ele pela polícia legislativa – ou diretamente – em que exista indícios suficientes a respeito da materialidade e da autoria do crime. Nas palavras de Fernando Capez (2012, p. 160),

No Brasil, quanto à ação penal pública, vigora o princípio da legalidade, ou obrigatoriedade, impondo ao órgão do Ministério Público, dada a natureza indisponível do objeto da relação jurídica material, a sua propositura, sempre que a hipótese preencher os requisitos mínimos exigidos. Não cabe a ele adotar critérios de política ou de utilidade social.

Não havendo o cumprimento mínimo dos requisitos legais, cabe ao promotor apenas requerer, diante do juiz, o arquivamento do inquérito policial. Há, por fim, uma terceira possibilidade: não existindo, no inquérito, provas suficientes para verificar o cumprimento ou o não cumprimento dos critérios, pode o promotor requerer novas diligências à autoridade policial de forma a coletar mais informações.

Pensando a partir da distinção estabelecida pela doutrina tradicional do direito administrativo brasileiro entre ações vinculadas e discricionárias, conclui-se que as ações dos promotores de justiça respondem aos critérios das primeiras⁷. Sua função reside tão somente no juízo técnico de subsunção do fato (o crime noticiado) à norma (o Código Penal). Nota-se ainda que existência de possibilidade de cursos de ação distintos (denúncia, arquivamento e novas diligências) não configura, necessariamente, uma abertura discricionária ao promotor. Isso pois a depender das informações disponíveis no inquérito, cada uma dessas ações é a única solução possível para o caso. Ou seja, não pode o promotor, havendo o cumprimento dos critérios legais, ainda assim requerer o arquivamento do caso ou novas diligências. Se age dessa forma, viola seu dever constitucional. De acordo com Hugo Nigro Mazzilli (s/d), referência fundamental na conformação doutrinária do MP, a ação dos promotores não lhes é um poder, mas sim um poder-dever. Também de acordo com o cientista político Fábio Kerche Nunes (2007, p. 272) que, ao refletir a discricionariedade e a autonomia do MP no que se refere ao âmbito criminal, afirma:

No caso brasileiro, em relação à ação penal para crimes comuns, os promotores não possuem discricionariedade para decidir se uma ação deve ou não ser levada ao Judiciário [...]

Já nos Estados Unidos e em outros países inseridos na tradição da *common law*, vigora o princípio da oportunidade no que se refere à atuação do órgão de acusação estatal. Segundo Damaska (1981, p. 120), onde esse princípio governa a ação dos promotores, suas decisões devem se encontrar também ancoradas em “expediency grounds”, ou, mais especificamente, no cálculo acerca do melhor uso possível dos recursos da instituição levando em consideração os objetivos sociais a que ela se encontra submetida. Isto é, mesmo tendo sido verificada a ocorrência de um certo crime, ao servidor encarregado da decisão é autorizada a recusa de

7 Essa compreensão é majoritária no que se refere à qualificação do papel do Ministério Público no ordenamento jurídico do Estado brasileiro. Entretanto, ela não é incontestada. A procuradora Denise Alves Abade (2003) defende a tese de que o membro do Ministério Público é, na verdade, um agente político. Para ela, o caráter político de um cargo se dá a partir da verificação do exercício com exclusividade de uma função do Poder de Estado com independência funcional. Esse critério, para ela, é observado no caso do MP. Mesmo agindo conforme o princípio da obrigatoriedade, a natureza política da função é retida, segue a autora, pois os fatos e as leis são apreciadas pelos promotores de acordo com seu livre convencimento, isto é, não há relação de mando ou subordinação na definição de um caso. De acordo com Abade, contudo, não se pode concluir a partir disso que o MP age de forma discricionariedade.

prosseguir com os procedimentos criminais caso, por exemplo, a ofensa seja demasiadamente trivial (como um pequeno furto). O argumento, nesse sentido, seria de que o custo para se obter uma condenação nos tribunais (seja este medido em termos monetários ou de interesse da sociedade) seria muito alto em relação aos ganhos sociais obtidos com a punição do infrator. No binômio retomado acima, portanto, os promotores estadunidenses praticariam ações tipicamente discricionárias, pois as leis lhes permitem escolher o melhor curso de ação possível diante dos cenários apresentados.

Em síntese, portanto, se adotado o critério do direito administrativo brasileiro, não é possível discutir a atuação do MP brasileiro de acordo com a gramática da discricionariedade. Entretanto, ao retomar a orientação dos estudos mencionados nos capítulos anteriores de inquirir a prática concreta dos operadores do sistema de justiça criminal e não apenas o que se determina nos códigos, ver-se-á que é possível reabrir o debate da discricionariedade. Nesse sentido, existe na literatura um exemplo paradigmático desse uso. Ao redigir a lei 9099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais (JECrim), o então deputado federal Michel Temer (1989) afirmou, na sua exposição de motivos:

Com efeito, a ideia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade ou disponibilidade da ação penal pública, mostrou com toda evidência sua falácia e hipocrisia. Na prática, operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos, inclusive entre os órgãos da persecução penal e judiciais. Não se desconhece que, em elevadíssima porcentagem de certos crimes de ação penal pública, a polícia não instaura o inquérito e o MP e o juiz atuam de modo a que se atinja a prescrição. Nem se ignora que a vítima – com que o Estado até agora pouco se preocupou – está cada vez mais interessada na reparação dos danos e cada vez menos na aplicação da sanção penal. É por essa razão que atuam os mecanismos informais da sociedade, sendo não só conveniente como necessário que a lei introduza critérios que permitam conduzir a seleção dos casos de maneira racional e obedecendo a determinadas escolhas políticas.

Isto é, na prática, o efeito esperado do princípio da obrigatoriedade de dar tratamento rigorosamente igual a todas as infrações penais, sem julgamento de conveniência e oportunidade e sem, também, influências idiossincráticas, não se demonstrou, de acordo com o então deputado. Entretanto, tal conclusão não é revestida de valorização essencialmente negativa. Não se busca, por conseguinte, atuar no sentido de possibilitar que o princípio da obrigatoriedade se faça valer plenamente. A seleção discricionária só se torna um problema quando ela é operada

a partir de critérios e práticas informais. Se bem estruturada, ela consiste, em última instância, na melhor alternativa para o bom funcionamento do sistema de justiça criminal. Nesse caso, a discricionariedade (quando bem estruturada) é a ideia chave para a superação de um grave problema do sistema.

Entretanto, se observado o debate normativo em torno dessa mesma lei, será possível notar que se adotou um outro conceito para descrever o tipo de prática inserida nos Juizados Especiais: a discricionariedade regrada. Para poder entendê-la, é preciso saber, primeiro, que esses juizados possuem o objetivo de conferir a possibilidade de tratamento diferenciado para os crimes considerados de menor potencial ofensivo. Esse tratamento se baseia, essencialmente, no estabelecimento da oralidade dos procedimentos e na resolução via transação penal ou via suspensão condicional do processo.

A lei, então, abre a possibilidade de dois novos percursos, além dos já mencionados anteriormente. A quem cabe, então, definir qual percurso será adotado? Se cabe ao promotor de justiça, certamente se configurará um caso de ação discricionária, pois então ele terá alternativas de escolha igualmente válidas perante a lei. Contudo, como afirma Ada Pelligrini Grinover et al. (2005), havendo sido cumpridos os critérios para que um caso passe à responsabilidade do JECrim, não cabe ao promotor optar por não o fazer. Ou seja, se determinada conduta é tipificada entre os crimes de menor potencial ofensivo, não é permitido ao promotor que ele escolha levar o caso ao JECrim ou à justiça criminal convencional, mas apenas ao primeiro. Por isso, os mesmos autores afirmam que, em última análise, essa lei não muda ou mitiga o princípio da obrigatoriedade, mas apenas permite que ele seja plenamente efetivado. Ademais, a lei não confere à promotoria a capacidade de deixar de agir em determinadas circunstâncias, traço essencial da discricionariedade típica do sistema da *common law*.

Contrapondo os argumentos usados para defender a implementação da lei e os argumentos desenvolvidos na sua sustentação doutrinária, fica evidente a contradição lógica. Em primeiro lugar, se reconhece que existe, na prática, discricionariedade. Se diz, ainda, que não é possível que seja diferente. Entretanto, se introduz, como solução, um dispositivo legal que, de novo, nega formalmente a possibilidade de ação discricionária. Apenas nesse contexto, finalmente, pode fazer sentido o uso do conceito de discricionariedade regrada. É uma expressão que contém em si própria a contradição que a produziu originalmente: existem

alternativas, mas não escolhas; ou, ironicamente, liberdade para tomar a única decisão correta. Assim, a despeito da avaliação positiva ou negativa que se possa fazer desses juizados, é evidente que eles não respondem diretamente aos problemas listados no discurso do deputado formulador da lei. Veja, a favor desse último ponto, que, com a introdução do JECrim, o promotor pode seguir adotando escolhas informais como antes, só que agora “ajustando” a tipificação das condutas de forma a escolher por qual meio o processo irá se desenvolver. Assim como não havia controle político e racional sobre as escolhas anteriores – item que provocou os maiores sobressaltos no deputado – também não existem sobre essas.

A despeito de aqui se ter optado por debater mais detalhadamente a função mais socialmente relevante do Ministério Público, isto é, a persecução criminal no âmbito das justiças estaduais, é importante mencionar que no âmbito do Ministério Público Federal (MPF) e sua atuação em relação aos crimes contra o sistema financeiro ou econômico, conforme analisada por Glaucia Mouzinho (2007), o tema da discricionariedade aparece de forma mais nítida. Quando analisa o processo de seleção dos casos por parte dos procuradores, a pesquisadora afirma uma determinada forma parcialidade, que se contrapõe à ideia geral da imparcialidade da distribuição de casos – o promotor natural. De acordo com os dados da autora, os procuradores estabelecem critérios de seleção dos casos pois não possuem recursos suficientes para dar conta da enorme quantidade de casos que chegam até eles. Assim, estabelecem uma hierarquia entre os casos baseada nas possibilidades de se obter maior retorno, tanto do ponto de vista de objetivos sociais mais amplos quanto do ponto de vista estritamente econômico. Nesse sentido, pode-se obter da fala dos entrevistados que tal seleção é considerada legítima e necessária, ou, em outras palavras, uma devida correção no modo como a lei prescreve o funcionamento da persecução criminal.

Em sentido estrito, poder-se-ia considerar que os procuradores federais não agem de forma discricionária pois, principalmente, não deixam de agir em determinados casos, mas apenas escolhem agir prioritariamente em relação a casos que satisfaçam determinados critérios. Não há dúvida, entretanto, que a determinação desses critérios corresponde a uma espécie de política criminal e, sendo assim, ocupa o rol das atribuições discricionárias. Dessa forma, opera-se um tipo de divisão semelhante a que se descreveu em relação à organização policial: há

discricionariedade – reconhecida – no âmbito administrativo, mas não no trabalho do procurador em relação aos casos.

A comparação do caso do MPF e dos MPs estaduais suscita uma questão importante. Em ambos os casos algum tipo de seleção ou hierarquização de processos é realizada. Entretanto, existe uma valoração positiva da seleção que o primeiro realiza e negativa para a seleção operada pelos segundos. Essa diferença se explica pelo conteúdo moral tão presente no debate acerca da discricionariedade. Entende-se que a dedicação do MPF a casos de maior repercussão social seja algo essencialmente bom para a sociedade, pois perseguiriam criminalmente aquelas pessoas que ofenderam mais gravemente a ordem social, como os políticos corruptos e as grandes empresas sonegadas de impostos. Entretanto, tal argumento não pode ser estendido às divisões estaduais, mesmo sendo evidente que entre os crimes comuns há também diferenças importantes de gravidade. Qualquer seleção praticada aí é taxada no mínimo enquanto incompatível com o ordenamento legal. Entende-se, na verdade, que qualquer avaliação acerca da conveniência da persecução criminal desses casos é de responsabilidade das autoridades políticas, que já manifestaram sua vontade no Código Penal – mesmo sendo possível reproduzir esse argumento para o caso acima. No que concerne aos crimes comuns, é imprescindível que se faça valer todo o rigor do princípio da obrigatoriedade sob a ameaça de que qualquer violação a ele produzirá enviesamento no sistema de justiça criminal e a aplicação desigual da lei, algo intolerável do ponto de vista democrático.

Como se demonstrou, contudo, o sistema de justiça criminal brasileiro já é flagrantemente enviesado. Do ponto de vista das organizações policiais, existe um excelente conjunto de pesquisas que ajudam a descrever e a explicar a sua parte nessa “distorção” do sistema. As análises acerca da magistratura também já existem em bom número, sobretudo a avaliação estatística das sentenças proferidas. Já a justa parte do Ministério Público nesse processo ainda segue muito desconhecida, apesar da sua enorme importância, pois, como já dito, esse é o único órgão responsável pela acusação criminal no Brasil. Todos os casos policiais que se tornam sentenças condenatórias certamente foram objeto também do trabalho de um promotor de justiça.

O principal motivo para que o papel do MP nesse tema seja secundarizado parece dizer respeito a sua própria localização no sistema de justiça criminal e a

uma certa caracterização do seu funcionamento. Em primeiro lugar, os dois momentos considerados mais importantes, no âmbito do fluxo do sistema de justiça criminal, são o da entrada e o da saída. O primeiro controlado pela polícia, que determina de fato se o caso entrará ou não no sistema de justiça criminal e que também é o mais volumoso. E o segundo, pela magistratura, em que se determina a principal consequência de um processo criminal, isto é, a condenação e a pena. A localização intermediária do MP é entendida como aquela mais limitada, tanto legalmente quanto interinstitucionalmente. Mais especificamente, o MP é legalmente obrigado a movimentar todos os inquéritos que chegam ao seu conhecimento de formas determinadas em um prazo previamente fixado. Essa movimentação deve ser justificada e apresentada diante de um juiz, que deve dizer se a decisão foi ou não correta. Quanto ao segundo ponto, é certo que o MP é, entre as instituições do sistema, a que responde mais perfeitamente aos critérios da burocracia conforme definidos por Weber. É, por exemplo, formada por profissionais altamente especializados e rigorosamente selecionados. Além disso, atua da forma próxima ao ideal racional-legal, já que todas as suas ações são registradas junto com suas justificativas e, portanto, não podem ser simplesmente motivadas por elementos externos ao ordenamento jurídico. Deduz-se, a partir daí, que não há margem para a “livre” movimentação dos promotores.

Entretanto, esses pontos apenas tocam na superfície das atribuições e formas de agir do MP. Desconsideram, por exemplo, decisões fundamentais que os promotores tomam, como é, fundamentalmente, a tipificação da conduta observada, algo que, como visto, é determinante para se predizer as consequências do processo. Ademais, se tomado como referência o estudo de Saporì (1995), pode-se entender também que o fato de um juiz analisar as movimentações do MP não significa exatamente que a análise é legalmente eficaz do ponto de vista dos seus objetivos últimos. Em relação ao segundo ponto, deixa-se de considerar que também nas leis que regem a atuação do MP podem existir imprecisões e ambivalências, por exemplo, como ocorre sobretudo no caso de pedidos de novas diligências, objeto que foi descrito (cf., Costa, 2011) como um meio de manipulação do princípio da obrigatoriedade e dos prazos estabelecidos para os promotores. Nesse mesmo sentido, não se pode também deixar de aventar a possibilidade da existência de uma cultura organizacional típica das burocracias que molda sua forma agir de conjunto, como sugere esse tipo de abordagem e a despeito do efeito de atomização dos

promotores que os princípios da inamovibilidade, da irredutibilidade de subsídios e da vitaliciedade podem provocar.

Considerando os argumentos apresentados até aqui, se torna, finalmente, evidente o potencial do Ministério Público enquanto objeto para se refletir sobre os diversos problemas de definição e análise da discricionariedade. Isso porque, fundamentalmente, o MP combina desde elementos próprios ao poder judiciário até elementos típicos das organizações policiais. Veja, por exemplo, que ele possui prestígio e prerrogativas funcionais muito semelhantes à do poder judiciário ao mesmo tempo em que é regido pelo mesmo princípio que conforma a atividade policial. Ou também, que os promotores são profissionais tão altamente especializados quanto os juízes, mas impedidos de exercer tipos semelhantes de juízos que seus pares estadunidenses sob o argumento da pulsão inescapável das idiossincrasias pessoais que originam as arbitrariedades. A partir da sua análise, portanto, pode ser possível romper os limites da análise normativa e obter, por meio da pesquisa empírica, uma síntese mais precisa para esse extenso debate, e também para o debate acerca da relação entre o princípio da obrigatoriedade e a discricionariedade, tema que se torna central quando se trata das instituições brasileiras.

Além da atuação do MP em relação aos processos criminais mais comuns poder ser genericamente analisada a partir do escopo da discricionariedade (preservando suas várias nuances), existem dois aspectos dessa instituição que parecem se destacar. O primeiro diz respeito à formação de Grupos de Ação Especial e o segundo, à crescente defesa da participação mais direta dos promotores na investigação criminal.

Em relação ao primeiro, veja-se, por exemplo, como se define o Grupo de Ação Especial de Combate ao Crime Organizado de São Paulo (GAECO):

criado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em 1995, tem como função a prevenção e a repressão das atividades de organizações criminosas no Estado, devendo officiar nas representações, inquéritos policiais, procedimentos investigatórios de natureza criminal, peças de informação e ações penais, mediante atuação integrada com o Promotor de Justiça Natural, e coordenando ações conjuntas com outras instituições. Atualmente, existem quatorze Núcleos de atuação, distribuídos em todas as regiões do Estado de São Paulo.

Centralmente, dessa breve descrição se destaca a atuação integrada com o promotor de justiça natural. Esse último conceito se encontra intrinsecamente conectado com o princípio da obrigatoriedade, no sentido de que é o dispositivo

doutrinário que veda as possibilidades de que um promotor escolhe deliberadamente em qual caso deseja trabalhar. Todos os inquéritos que chegam até ele, segundo esse critério, se dá de forma aleatória e independente de sua vontade. No âmbito do GAECO, entretanto, há um evidente rompimento com esse dispositivo, pois os integrantes do grupo podem efetivamente observar todos os inquéritos e oficiar junto àqueles que se satisfazem os critérios estabelecidos por eles mesmo. Podem também, simplesmente, deixar de oficiar em relação a casos que também satisfaçam esses mesmos critérios. Isto é, há, nesse caso, a possibilidade de se fazer uma escolha efetiva. A lista de atribuições do GAECO demonstra cabalmente a existência, agora, de atividades que facilmente poderiam ser entendidas enquanto tipicamente discricionárias:

Art. 7º. - Caberá aos Promotores de Justiça integrantes do GAECO o exercício das seguintes atividades:

- I – instaurar procedimentos administrativos, nos termos dos artigos 105 a 116 do Ato Normativo nº 168/98-PGJ/CGMP, de 21 de setembro de 1998, e Resolução n. 13, de 02 de outubro de 2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, ante a notícia da prática de crime organizado, sem prejuízo de eventual requisição de instauração de inquérito policial;
- II – coordenar ações conjuntas com as instituições Policiais para o combate da criminalidade organizada regional;
- III – acompanhar atos de investigação realizados por órgãos policiais com atribuições para a apuração da criminalidade organizada;
- IV – reunir-se com os Secretários-Executivos das Promotorias de Justiça abrangidas por sua atuação, buscando colher subsídios para a prevenção e repressão ao crime organizado, transmitindo-lhes os relatórios de atuação;
- V – elaborar, mensalmente, relatórios das atividades de investigação realizadas, encaminhando-os à Corregedoria-Geral do Ministério Público e ao CAOCrim;
- VI – participar de reuniões designadas pela Procuradoria-Geral de Justiça ou pela Secretaria Executiva;
- VII – providenciar a divisão interna das atribuições, comunicando-as para a Procuradoria-Geral de Justiça por intermédio da Secretaria Executiva.

[...]

Art. 10. A Secretaria Executiva do GAECO será ocupada por Membro do Ministério Público designado pela Procuradoria-Geral de Justiça e não exercerá funções de execução, competindo-lhe:

- I - articular e monitorar as iniciativas nas diversas regiões do Estado de São Paulo, visando o cumprimento da missão institucional estabelecida pela Procuradoria-Geral de Justiça;
- II - intermediar e organizar a atuação cooperada entre os membros do GAECO, visando à obtenção de resultados com maior abrangência no Estado;
- III - intermediar perante outros órgãos da administração pública a viabilização de Força-Tarefa ou a obtenção de informações;
- IV – articular com o CAEX para o fomento e alimentação do banco de dados sobre crime organizado;
- V - articular com o setor de informações e perícias do CAEX, do Ministério Público e de outras instituições públicas ou privadas;

VI - intermediar junto ao CAOCrim para articulação de atuação conjunta do GAECO com as Promotorias de Justiça Criminais, do Júri e Execuções Criminais ou demais Grupos de Atuação Especial;

VII - articular com a Assessoria Militar para a adoção de medidas preventivas contra as atividades das organizações criminosas investigadas pelo GAECO.

VIII – implantar o sistema de "disque-denúncia", promovendo sua ampla divulgação nos meios de comunicação de massa e junto à sociedade civil.

Art. 11. A Secretaria Regional será ocupada por Membro do Ministério Público designado pela Procuradoria-Geral de Justiça, dentre os que oficiem no GAECO, cumprindo-lhe, além do exercício das funções de execução:

I – encaminhar relatórios de atuação e produtividade, na forma disposta no presente Ato, fazendo-o por meio eletrônico;

II – encaminhar cópias das principais peças processuais para a Promotoria de Justiça com atribuições e para a Secretaria Executiva, fazendo-o por meio eletrônico;

III – praticar atos de gestão, encaminhando a Secretaria Executiva relatórios de atuação individualizada, deles constando os deslocamentos físicos e/ou diligências que possam gerar ônus para o Ministério Público.

Ou seja, escolhendo em quais casos trabalhar, os promotores membros do GAECO naturalmente também determinam em que termos cada caso deve ser discutido, alinhando critérios e prioridades. Assim, entende-se que o próprio fato desse grupo ter se constituído revela de forma direta o delineamento de uma política criminal estrito senso por parte da instituição, tarefa que, a partir da leitura doutrinária, é considerada exclusiva das autoridades legislativas e dos membros do executivo⁸. O Ato Normativo nº 549-PGJ-CPJ, de 27 de agosto de 2008, que versa sobre a reorganização do grupo diz expressamente:

Considerando que a execução da política criminal estabelecida no Plano Geral de Atuação do Ministério Público reclama a eleição de prioridades a ser desenvolvida em conformidade com as diretrizes fixadas pela Procuradoria-Geral de Justiça e seus órgãos de apoio;

E também:

Art. 3º. A Procuradoria-Geral de Justiça, por Ato específico, fixará as metas gerais e regionais para a atuação do GAECO, retirando-as da política criminal estabelecida no Plano Geral de Atuação do Ministério Público.

Finalmente, a conformação desses grupos também indica uma possível reversão da tendência de atomização dos promotores em função das suas prerrogativas funcionais e da natureza essencialmente individual do seu trabalho. Acrescenta-se ainda o fato de que os grupos são conformados mediante indicação da Procuradoria. No conjunto, então, poder-se-ia argumentar pela grande possibilidade de conformação, entre esses promotores, de uma cultura

8 A esse respeito, conferir Gomes (2011) para uma análise extensiva sobre a relação entre o MP e os demais poderes, sobretudo em relação ao controle que o MP exerce sobre os últimos.

organizacional, semelhante à observada nas organizações policiais, que moldaria suas ações. Nesse sentido, portanto, parece ser produtivo, para se avaliar essa questão, a comparação entre o grau de compartilhamento de valores sociais e visões entre os promotores em geral e entre os promotores inseridos nesses grupos.

Ainda mais recentemente, pode-se notar um outro processo importante para a compreensão do tema da discricionariedade no MP. Ele diz respeito à disputa que vem sendo travada por promotores no sentido de aumentar seus poderes de investigação criminal direta. Os comentários, por exemplo, do especialista em direito processual penal Paulo Rangel (2016) levantam uma série de problemas a respeito dessa movimentação, com destaque para uma possível apropriação – indevida ou não – do poder de comando das organizações policiais judiciárias, que, constitucionalmente, pertencem exclusivamente ao chefe do poder executivo das unidades da federação. Entretanto, o ponto mais importante desse processo, para os fins dessa pesquisa, diz respeito à natureza das funções que os promotores desejam desempenhar. Não há dúvidas que, podendo assumir a tarefa de coordenação da investigação, eles assumirão encargos tipicamente discricionários, como a alocação de recursos institucionais, que, novamente, são autorizados tão somente para os membros das esferas políticas do poder.

Note também que a reivindicação dos promotores brasileiros em muito se assemelham às prerrogativas que já possuem, por exemplo, os *district attorneys* estadunidenses, que contam com divisões de investigação a sua disposição. No caso da procuradoria federal estadunidense também, os *US attorneys*, há também relação de comando em relação a destacamentos do *Federal Bureau of Investigation* (FBI). Tais prerrogativas, no ordenamento jurídico desse país, estão intimamente relacionadas com a autorização que possuem para dispor discricionariamente dos seus recursos e dos seus poderes. Assim, pode-se levantar mais uma importante hipótese para investigação: existiria, então, uma tendência de desenvolvimento dos poderes do Ministério Público brasileiro no sentido da sua aproximação com os órgãos inseridos na tradição da *common law*, em que, como se demonstrou extensamente, a discricionariedade é um princípio fundamental e, sobretudo, disputado.

Nas primeiras seções desse capítulo se demonstrou a falta de interlocução entre as pesquisas em língua inglesa de conjunto e as pesquisas brasileiras, tanto no âmbito da ciência do direito, quanto no âmbito da sociologia, principalmente. Mais

especificamente, foi possível observar que as primeiras construíram seus debates em torno do conceito da discricionariedade, organizando disputas acerca da sua definição e das suas implicações. Já as segundas fizeram uso mais lateral dessa mesma ideia, havendo grande prevalência do sentido definido pela doutrina tradicional do direito administrativo. As ciências sociais brasileiras adotaram, centralmente, conceitos diferentes para descrever o mesmo problema geral, como exemplifica o uso da ideia de seletividade. Além disso, parte significativa do debate brasileiro que possui relação mais direta com os subtemas enfocados pelos pesquisadores da *commom law* na verdade orienta-se tão somente pelo conceito da arbitrariedade, cuja explicação, conforme se argumentou, se dá por meio do entendimento das especificidades que a organização do sistema de justiça criminal produz por força do princípio da obrigatoriedade. Ao fim, portanto, se estabeleceram gramáticas distintas entre as ciências tematizadas e entre os países e tradições jurídicas enfocados.

De um ponto de vista epistemológico, poder-se-ia argumentar as diferenças produzidas por esse desenvolvimento em paralelo respondem, justificadamente, às especificidades de cada contexto. Entretanto, como veio se demonstrando, também é evidente que a ausência de interlocução mais direta produz perdas significativas para o debate, sobretudo para o caso brasileiro. É notável, nesse sentido, que o debate em língua inglesa, por ter reconhecido muito anteriormente o problema da discricionariedade em seu sistema, foi capaz de avançar significativamente para pontos mais complexos e densos – incluindo até mesmo aqueles que desejam se abdicar do uso desse conceito – em relação a sua versão brasileira. Aqui, segue sendo ainda travada a disputa em torno do reconhecimento do problema. Um importante argumento, desenvolvido aqui, é que a adoção de gramáticas distintas por parte da doutrina jurídica e da sociologia brasileiras é em parte responsável por isso. Na disputa por caracterizar os comportamentos dos operadores do sistema de justiça criminal enquanto arbitrários ou não arbitrários, acaba por se configurar, ao fim, uma disputa facciosa. Por óbvio, as possibilidades de síntese e, assim, de melhor desenvolvimento do sistema de justiça criminal se tornam muito limitadas. As ideias apresentadas na última seção desse capítulo tentam, finalmente, demonstrar a necessidade e a potencialidade da adoção da – confusa, porém rica – gramática da discricionariedade no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na introdução, foi anunciado que o debate acerca do conceito de discricionariedade é central para a compreensão do funcionamento interno das instituições de justiça modernas e que este é um aspecto central para a compreensão total da justiça contemporânea, sobretudo de seus desvios e descompassos. Também se afirmou que, a despeito dessa centralidade, o conceito adquiriu diferentes significados ao longo dos anos, do campo científico específico em que se conduzia o debate, e também de acordo com o país ou tradição jurídica em que ele se inseria.

No primeiro capítulo, se demonstrou a construção do principal paradigma a respeito desse conceito, produzido na academia legal estadunidense, tendo como base o sistema de justiça da *common law*. Esse paradigma se estabeleceu em torno da definição da discricionariedade enquanto liberdade de escolha em meio a um sistema de dispositivos legais, que ora lhe servia como fonte de recursos e ora, como fonte de restrições. A partir daí, começou a se demonstrar a polissemia e as imprecisões lógico-conceituais e histórico-empíricas do debate. Mostrou-se que as várias pesquisas tematizadas nesse capítulo divergem sobre o valor atribuído à discricionariedade no âmbito da justiça contemporânea e sobre a sua natureza. Mais importante ainda, divergem sobre o rol de decisões que configuram a discricionariedade. Ora se afirma que a discricionariedade descreve adequadamente apenas as decisões de maior relevância tomadas em meio a contextos de grande indeterminação legal; ora, apenas as decisões cotidianas e banais, por serem as únicas em que não há, de fato, normativa jurídica disciplinadora; e, finalmente, somente decisões de conteúdo obscuro cujas variações não podem ser explicadas pelos analistas.

A despeito, então, das definições variarem inicialmente em torno de uma mesma ideia – a liberdade de escolha – apontou-se que elas, em tendência, se desenvolveram no sentido da restrição gradual do que se poderia entender enquanto liberdade e enquanto escolha, engendrando diferentes conteúdos substantivos para o mesmo conceito. No limite, apontou-se que as decisões geralmente compreendidas enquanto discricionárias também podem ser entendidas, na verdade, como casos paradigmáticos de decisões de tipo oposto, isto é, em que não há nenhuma autonomia por parte dos decisores.

Esse último desenvolvimento das pesquisas no âmbito das ciências jurídicas é, como demonstrado no capítulo seguinte, exacerbado por parte da sociologia jurídica estadunidense. Onde os juristas encontraram decisões variadas cujos resultados eram produto da autonomia individual, os sociólogos observaram decisões altamente padronizadas. Dessa padronização, obtiveram como causa as culturas ocupacionais. No âmbito das instituições de justiça, em especial nas organizações policiais, se desenvolvem sistemas de normas e valores informais próprios a elas e compartilhados por todos seus membros. Esses sistemas são utilizados como guias e balizas para a condução das atividades cotidianas da instituição. Além disso, afirmam que tais sistemas existem por causa de um irresistível processo de aculturação, capaz de abarcar totalmente as maneiras de ser, agir e pensar dos indivíduos neles inseridos, mesmo quando há contradição entre os valores que estabelecem e os valores pré-adquiridos pelos indivíduos. Dessa forma, toda vez que um indivíduo, no exercício de sua atividade profissional, toma uma decisão, ele reproduz tais sistemas e, portanto, decide de acordo e de forma semelhante ou idêntica a todos os seus pares.

Em um mesmo movimento, portanto, os sociólogos questionam a própria essência da discricionariedade conforme definida pelos juristas e também a existência da discricionariedade enquanto fenômeno real e cientificamente investigável. Porém, ao fazerem isso acabam definindo o sistema de justiça criminal como inteiramente perpassado por uma estrutura inquebrantável e, ainda mais problemático, impermeável. Com isso, seus modelos de análise se tornam ineficazes para explicar as nuances possíveis dentro das organizações, que, conforme se demonstrou empiricamente, existem. Do ponto de vista interno ao argumento principal, as variações só podem ser explicadas por meio da coexistência de diferentes culturas ocupacionais, cada vez mais específicas e partilhadas por menos pessoas, porém igualmente fortes. O que concerne especificamente ao indivíduo – tema inacessível à sociologia que fazem – é designado enquanto discricionário, em um esforço de nomeação sem consequências analíticas e teóricas.

De um lado, a liberdade ou autonomia para se fazer escolhas, sem se saber quais; de outro, organizações e culturas ocupacionais capazes de compassar todas decisões que seus membros tomam. Dadas essas inconsistências e imprecisões, torna-se necessário desenvolver uma abordagem crítica para o problema da discricionariedade entendida como dimensão do processo decisório dos indivíduos e

também como problema científico em si mesmo. É a esse esforço que se dedicam as pesquisas discutidas no terceiro capítulo. Nisso, desenvolvem-se três abordagens distintas, incompatíveis entre si e que, novamente, apontam sentidos distintos para a questão.

Se tenta conferir à discricionariedade um lugar dentro de uma teoria social mais ampla, que procura explicar tanto as regularidades produzidas pelas culturas ocupacionais, quanto as transformações que elas também sofrem ao longo do tempo e do espaço. Nesse sentido, a discricionariedade é o mecanismo que torna a mudança possível. Mas, com isso, se delimita apenas seu efeito, sem avançar na precisão de seu conteúdo. De outra parte, dada a impossibilidade de distinguir as ações discricionárias das não-discricionárias a partir de seus próprios conteúdos, move-se o problema para o plano da fenomenologia. Com isso, ela é transformada em fenômeno abrangente. Toda ação é mais ou menos discricionária. Todavia, o grau de discricionariedade de cada ação não pode ser aferido objetivamente e também não se pode derivar suas consequências para o funcionamento das instituições de justiça. Por fim, se encontra a posição mais extrema. Advoga-se pelo abandono do conceito de discricionariedade. As polêmicas em torno dele, nesse caso, não apontariam nenhuma saída. Apenas servem para nublar o fenômeno que lhe subjaz. Para se compreender os processos decisórios no âmbito do Estado moderno é preciso partir das categorias que nascem junto a ele: supervisão burocrática e *policy-making*. Contudo, se as categorias nativas dão conta do que é propriamente moderno, elas deixam de ser úteis à medida que se deparam com fenômenos pré-modernos. Infelizmente, nenhuma formação político-institucional moderna é perfeitamente moderna.

O capítulo final foi reservado à tarefa de descrever como o debate da discricionariedade foi absorvido pela academia e pelas instituições brasileiras. Demonstrou-se que o tratamento sistemático do conceito foi prerrogativa quase exclusiva das ciências jurídicas. Diferentemente do caso estadunidense, no entanto, a discricionariedade é tematizada no Brasil em plano mais aberto, de perspectiva mais geral, o que é refletido no fato da maior parte das produções científicas se encontrarem inseridas nos campos da teoria geral do direito e das macroteorias do direito administrativo. Mesmo do ponto de vista dos objetos, o sistema de justiça é pensado em termos mais abstratos, e normativos, do que no primeiro caso. Já a sociologia brasileira caminhou, na maior parte do tempo, distante desse debate

específico, utilizando outros conceitos – como seletividade – para definir e explicar fenômenos correlatos. Ademais, aqui o processo decisório é pensado apenas em termos das condutas desviantes e, por consequência, a arbitrariedade é a ideia mais abundantemente empregada quando se quer encontrar explicações para elas. Em maior ou menor medida, portanto, se encontra na literatura científica e doutrinária brasileira que a discricionariedade não pertence a esse sistema de justiça criminal, seja enquanto prática assimilada ou enquanto conceito explicativo. Para essas constatações, elaborou-se uma explicação, centrada nas características específicas da tradição da *civil law*, vigente no Brasil. Onde seus princípios regem o sistema legal, onde se poderia ver discricionariedade sempre se verifica, na verdade, arbitrariedade.

Finalmente, foi elaborada uma breve hipótese a respeito da utilização da gramática da discricionariedade, conforme definida nos demais capítulos, para se pensar as instituições da justiça criminal brasileira e a despeito das diferenças entre as tradições jurídicas. Nesse ponto, justificou-se a escolha do Ministério Público brasileiro como ponto de partida para a análise desse tipo. Fundamentalmente, a investigação dessa instituição pode ser produtiva pois há nela importantes movimentações no sentido da adoção de dispositivos legais que a torna mais próxima da sua versão estadunidense, em que a discricionariedade é palavra-chave. Ademais, do ponto de vista da sociologia brasileira, estudo mais detido sobre o MP a nível estadual – e, mais precisamente, sobre as promotorias criminais – é por si só de grande importância, pois há muito poucos trabalhos dedicados a esse objeto até o presente momento.

Mesmo assim, é razoável suspeitar sobre a utilidade da transposição de um debate tão sinuoso quanto o da discricionariedade para se pensar as instituições brasileiras. Evidentemente, a hipótese – mencionada aqui, inclusive – de que o conceito é de fato pouco útil não deve ser descartada. Todavia, é preciso também reter que, do ponto de vista científico, o debate estadunidense sobre a justiça criminal em geral avançou de forma mais nuançada do que no Brasil. Argumenta-se aqui que as controvérsias em torno da discricionariedade são as principais forças motrizes desse avanço. Nas sucessivas divergências, apontaram-se distintas, porém igualmente fundamentais dimensões para a compreensão total do funcionamento desse sistema. A constante interpelação crítica não permitiu que se acomodasse a

realidade no modelo; tornou – e segue tornando – necessário o ajuste do modelo no sentido de englobar a realidade.

É por esse motivo que se defende aqui a adoção da gramática da discricionariedade para se pensar as instituições brasileiras. Dizer que a discricionariedade possui uma gramática é o mesmo que dizer que ela fornece um tratado descritivo para a compreensão da morfologia e da sintaxe do funcionamento concreto das instituições de justiça. Por meio de seus temas, ela fornece guias para o estudo da forma e da configuração dos processos decisórios no âmbito desse sistema. Permite dizer que é preciso ao menos olhar as decisões enquanto produto da autonomia individual e profissional dos decisores e enquanto resultado de normas e valores compartilhados pelos grupos, ambos relacionados com o sistema legal. Também permite entrever esses elementos enquanto partes de uma mesma frase, isto é, aspectos distintos porém intrinsecamente relacionados de um mesmo fenômeno. Possibilita estabelecer as conexões lógico-formais entre os termos e também aventar suas relações de subordinação real – com maior grau de imprecisão, de certo.

A perspectiva gramatical permite, enfim, estabelecer a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade. Conforme se demonstrou ao longo do texto, esses termos jamais eram inicialmente apresentados como fenômenos semelhantes. O primeiro dizia respeito a uma certa liberdade de escolha, enquanto o segundo, a uma ruptura, motivada por idiossincrasias, em relação aos deveres e às prerrogativas dos operadores do sistema de justiça. No entanto, conforme se avançava a crítica em relação à inadequação teórico-metodológica da discricionariedade, seu conteúdo se tornava quase indistinguível da própria definição de arbitrariedade. Portanto, ao fim, ambas as ideias se tornavam – muitas vezes contra a vontade de seus formuladores – sinônimos. Com a abordagem gramatical, distingue-se a primeira ideia como o conjunto de elementos que interagem no percurso prático do processo decisório dos servidores da justiça; enquanto a segunda mantém seu sentido original.

Por fim, resta acrescentar que, assim como nos estudos linguísticos, a gramática da discricionariedade não compreende a sua semântica. Isto é, as diferentes perspectivas adotadas para se pensar a discricionariedade levam a atribuições de diferentes sentidos a ela. Tais diferenças, no entanto, não tornam o conceito inutilizável, pois o sistema que lhe subjaz conserva a sua inteligibilidade. À

medida que a discricionarietà é aplicada na reflexão de objetos específicos, se produz sincronicamente a sua sintaxe. E, complementarmente, pesquisas como esta extraem o seu componente diacrônico de sentido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABADE, Denise Neves (2003). "O membro do Ministério Público como agente político". *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, vol. 2, n. 7, p. 39-47, abr./jun.
- ADORNO, Sérgio (1994). "Crime, justiça penal e desigualdade jurídica". *Revista da USP*, n. 21, pp. 132-151.
- _____ (1995). "Discriminação racial e Justiça Criminal". *Novos Estudos Cebrap*, n. 43, pp. 45-63.
- _____ (1996). A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea. Tese (Livre-docência em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP.
- _____ (1998a). "O gerenciamento público da violência urbana: a justiça em ação". In: PINHEIRO, Paulo Sérgio et al. *São Paulo sem medo: um diagnóstico da violência urbana*. Rio de Janeiro: Garamond.
- _____ (1998b). "Consolidação democrática e políticas de segurança pública no Brasil: rupturas e continuidades". In: ZAVERUCHA, Jorge. *Democracia e instituições políticas brasileiras no final do século XX*. Recife: Bagaço.
- _____ (2008). "Políticas Públicas de Segurança e Justiça Penal". *Cadernos Adenauer IX*, n. 4 – Segurança Pública.
- ADORNO, Sérgio e PASINATO, Wânia (2007). "A justiça no tempo, o tempo da justiça". *Tempo Social*, vol. 19, n. 2, pp. 131-155.
- _____ (2010). "Violência e impunidade penal: Da criminalidade detectada à criminalidade investigada". *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, vol. 3, n. 7, pp. 51-84.

ARANTES, Rogério (1999), "Direito e Política: O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 14, nº 39.

_____ (2002). *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: EDUC/FAPESP.

BALDWIN, Robert (1995). *Rules and government*. Oxford: Oxford University Press.

BANTON, Michael (1964). *The Policeman in the Community*. Londres: Tavistock.

BAUMGARTNER, Mary. (1992). "The Myth of Discretion". In: HAWKINS, Keith (ed.), *The Uses of Discretion*. Oxford: Clarendon Press.

BEETHAM, David (1979). *Max Weber y La Teoria Política Moderna*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales.

BITTNER, Egon (1967). "The Police on Skid-Row: A Study of Peace Keeping". *American Sociological Review*, vol. 32, n. 5, pp. 699-715.

BURKE, Marc (1983). *Coming out of the blue: British Police Officers Talk About Their Lives in "The Job" as Lesbians, Gays and Bisexuals*. Londres e Nova York: Continuum International Publishing Group.

CAIN, Maureen (1973). *Society and the Policeman's Role*. Londres: Routledge and Kegan Paul.

CAMPBELL, Elaine (1999). "Towards a Sociological Theory of Discretion". *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 27, pp. 79 a 101.

CAPEZ, Fernando (2012). *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio (1995). "O problema da discricionariedade". In: *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora.

CHAN, Janet (1996). "Changing police culture". *British Journal of Criminology*, n. 36, pp. 109 a 134.

COELHO, Edmundo Campos (1986). "A administração da justiça criminal no Rio de Janeiro: 1942-1967". *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 29, n. 1, pp. 61-81.

COOPER, Harris; HEDGES, Larry (2009). *The Handbook of Research Synthesis and Meta-Analysis*. Nova Iorque: Russell Sage Foundation.

CORDNER, Gary; SCOTT, Michael (2014). "Police Discretion and Its Control". *The Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*. Nova Iorque: Springer Reference.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão (2011). "É Possível uma Política Criminal? A Discricionariedade no Sistema de Justiça Criminal do DF". *Revista Sociedade e Estado*, vol. 26, n.1, pp. 97-114.

DAMASKA, Mirjan (1981). "The Reality of Prosecutorial Discretion: Comments on a German Monograph". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 29, pp. 119 a 138.

DAVIS, Kenneth Culp (1969). *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Westport: Greenwood Press.

_____ (1971). "Discretionary justice in social research and the law". *Journal of Legal Education*.

_____ (1975). *Police Discretion*. Saint Paul: West Publishing.

DAVIS, Michael. (1996). Police, discretion, and professions. In: KLEINIG, John (ed.) *Handled with discretion: Ethical issues in police decision making*. Nova York: Rowman and Littlefield.

DERRIDA, Jacques (1976). *Of Grammatology*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press.

DWORKIN, Ronald (1977). *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press: Cambridge, MA.

_____ (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Belknap Press.

_____ (2010). *Levando direitos a sério*. 2a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes.

FIELDING, Nigel (1994). "Cop Canteen Culture". In: NEWBURN, Tim; STANKO, Elizabeth (eds.). *Just Boys Doing Business? Men, Masculinities and Crime*. Londres: Routledge.

FINCKENAUER, James (1976). "Some factors in police discretion and decision making". *Journal of Criminal Justice*, vol. 4, pp. 29 a 46.

FLETCHER, George (1984). "Some unwise reflections about discretion". *Law and Contemporary Problems*, n. 47, pp. 269-86.

GELSTHORPE, Loraine; PADFIELD, Nicola (ed.) (2003). *Exercising discretion: decision-making in the criminal justice system and beyond*. Portland: Willan Publishing.

GIDDENS, Anthony (1976). *New Rules of Sociological Method*. Hutchinson: London.

_____ (1979). *Central Problems in Social Theory: action structure and contradiction in social analysis*. Macmillan: London.

_____ (1982). *Profiles and Critiques in Social Theory*. Berkley: University of California Press.

_____ (1984). *The Constitution of Society: outline of the theory of structuration*. Cambridge: Polity Press.

GOLDSMITH, Andrew (1990). "Taking police culture seriously: Police discretion and the limits of law". *Policing and Society: An International Journal*, vol. 1, pp. 91 a 114.

GOLDSTEIN, Herman (1963). "Police discretion: the ideal versus the real". *Public Administration Review*, vol 23, n. 3, pp. 140 a 148.

_____ ([1977]2003). *Policinando uma sociedade livre*. São Paulo: Ford Foundation/NEV/Edusp.

GOMES, Rogério Jimenez (2009). *A investigação criminal e a atuação do Ministério Público*. Dissertação (mestrado em direito), São Paulo, Pontifícia Universidade Católica.

GRIMSHAW, Roger; JEFFERSON, Tony (1987). *Interpreting policework: policy and practice in forms of beat police*. Nova York: Harper Collins Publishers.

GRINOVER, Ada Pellegrini (2005). *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099/1995*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

HOLDAWAY, Simon (1983). *Inside the British Police*. Oxford: Basil Blackwell.

KADISH, Sanford (1961). "Legal Norm and Discretion in the Police and Sentencing Processes". *Harvard Law Review*, vol. 75, pp. 904-31.

KANT DE LIMA, Roberto (1986). *Legal Theory and Judicial Practice: Paradoxes of Police Work in Rio de Janeiro City*. Tese (doutorado). Cambridge, Harvard University.

- _____ (1989). "Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 4, n. 10, pp. 65-84.
- _____ (1994). *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro: PMERJ.
- KEMP, Charles, NORRIS, Clive, FIELDING, Nigel (1992). *Negotiating Nothing: police decision making in disputes*. Aldershot: Avebury.
- KOCH Junior, Charles. (1986). "Effective regulatory reform hinges on motivating the 'street level' bureaucrat". *Administrative Law Review*, n. 38, pp. 427.
- LIMA, Roberto Kant de; MISSE, Michel e MIRANDA, Ana Paula Mendes de (2000). "Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: uma bibliografia". *BIB*, vol. 50, pp. 45-123.
- LUCIANO, Tania Maria Pinc (2007). *O uso da força não letal pela polícia nos encontros com o público*. Dissertação (mestrado em ciência política). São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas.
- MANNING, Peter (1977). *Police Work: the social organization of policing*. Cambridge: MIT Press.
- _____ (1989). "Occupational culture". In: BAILEY, William (ed.). *The Encyclopaedia of Police Science*. Nova York e Londres: Garland.
- _____ (1993). "Toward a theory of police organization: polarities and change". *Trabalho apresentado na International Conference on Social Change in Policing*.
- MAZZILLI, Hugo Nigro (2002). "A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no processo penal". *Revista dos Tribunais*, 805/464.

_____ (s/d). "O Promotor natural, o controle da inércia do Ministério Público e as diligências requisitadas no inquérito policial". *Justitia – Revista do Ministério Público paulista*. Disponível em: www.revistajustitia.com.br/artigos/ddcc59.pdf. Acesso em: 20/03/2014.

McLAUGHLIN, Eugene (2006). *The New Policing*. Londres: Sage.

MOUZINHO, Cláucia Maria Pontes (2007). *Sobre culpados e inocentes: o processo de criminalização e incriminação pelo ministério público federal brasileiro*. Dissertação (mestrado em antropologia), Niterói, Universidade Federal Fluminense.

NEME, Cristina (1999). *A Instituição Policial na Ordem Democrática: o caso da Polícia Militar do Estado de São Paulo*. Dissertação (mestrado em ciência política). São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

NICKELS, Ernest (2007). "A note on the status of discretion in police research". *Journal of Criminal Justice*, n. 35, pp. 570 a 578.

NUNES, Fábio Kerche (2007). "Autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil". *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 50, n. 2, pp. 259-279.

PEPINSKY, Harold (1975). "Police decision-making". In: NATIONAL INSTITUTE OF MENTAL HEALTH, *Decision-making in the criminal justice system: reviews and essays*.

_____ (1984). "Better living through police discretion". *Law and Contemporary Problems*, 47, 249 a 267.

PUNCH, Maurice (1979). *Policing the inner city*. Basingstoke: Macmillan.

_____ (1983). "Officers and Men: Occupational Culture, Inter-Rank Antagonism, and the Investigation of Corruption". In: PUNCH, Maurice (ed.). *Control in the Police Organization*. Cambridge: MIT Press.

_____ (1985). *Conduct Unbecoming: The Social Construction of Police Deviance and Control*. Londres: Tavistock.

RANGEL, Paulo (2016). *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. São Paulo: Atlas.

REINER, Robert (1989). "The politics of police research in Britain". In: WEATHERITT, Mollie (ed.). *Police Research: some future prospects*. Avebury: Aldershot e Police Foundation.

_____ (1992). *The Politics of the Police*. 2a ed. Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf.

REIS, Maurício Martins (2012). "Discricionariedade e interpretação jurídica". *Revista Brasileira de Direito, IMED*, vol. 8, n. 2, jul-dez.

REMINGTON, Frank (1969). "Review of Discretionary Justice: a preliminary inquiry by Kenneth Culp Davis". *University of Chicago Law Review*, vol. 36, n. 4, pp. 884-902.

RIBEIRO, Ludmila e SILVA, Klarissa Almeida (2010). "Fluxo do sistema de justiça criminal brasileiro: um balanço da literatura". *Cadernos de Segurança Pública*, a. 2, vol. 1, pp. 14 a 27.

RUBIN, Edward (1997). "Discretion and its discontents". *Chicago-Kent Law Review*, vol. 72, n. 4, pp. 1299-336.

SACKMANN, Sonja (1991) *Cultural Knowledge in Organizations*. Newbury Park: Sage.

- SADEK, Maria Tereza (org.) (1997). *O Ministério Público e a justiça no Brasil*. São Paulo: IDESP/Sumaré.
- SAPORI, Luis Flávio (1995). “A administração da justiça criminal numa área metropolitana”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 1.
- SCHAPIRO, Mario (2016). “Discrecionalidade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes”. *Revista Direito GV*, vol. 12, n. 2, pp. 311-344.
- SELLIN, Thorsten (1938). “Culture Conflict and Crime”. *American Journal of Sociology*, vol. 44, n. 1, pp. 97-103.
- SHAPLAND, Joana; VAGG, Jon (1988). *Policing by the public*. Londres: Routledge.
- SILVA, Cátia Aida Pereira da (1999). *Novas facetas da atuação dos promotores de justiça: um estudo sobre o ministério público e a defesa dos interesses sociais*. Tese (Doutorado em Ciência Política), São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP.
- _____ (2001). “Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 45, vol. 16, pp. 127-144.
- SILVA, Klarissa Almeida (2007). “O sistema de justiça criminal brasileiro: discutindo fluxo, morosidade e impunidade com o Ministério Público Mineiro”. Trabalho apresentado no 31º encontro anual da ANPOCS. Caxambu, 22 a 26 de outubro.
- SINHORETTO, Jacqueline (2006). *Ir aonde o povo está*. Tese (Doutorado em Sociologia), São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP.
- SKOLNICK, Jerome (1966). *Justice Without Trial: law enforcement in democratic society*. Nova York: John Wiley and Sons.

STRECK, Lenio Luiz (2011). *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva.

TEMER, Michel (1989). *Exposição de motivos da lei 9.099*. Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - 24/2/1989, Página 329 (Exposição de Motivos).

VAN MAANEN, John (1978). "The asshole". In: VAN MAANEN, John and MANNING, Peter (eds.). *Policing: A View from the Streets*. Nova York: Random House.

VARGAS, Joana Domingues (2007). "Análise comparada do fluxo do sistema de justiça para o crime de estupro". *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 50, n. 4, pp. 671 a 697.

VORENBERG, James (1976). "Narrowing the discretion of criminal justice officials". *Duke Law Journal*, n. 4, pp. 651-97.

WEBER, Max (1954). "Rational and Irrational Administration of Justice". In: RHEINSTEIN, Max (ed.) (1954). *Max Weber on Law in Economy and Society*. Cambridge: Harvard University Press.

_____ [1922] (1978). *Economy and Society: an outline of interpretative sociology*. Berkeley: University of California Press.

WESTMARLAND, Louise (2008). "Police culture". In: NEWBURN, Tim (ed.) *Handbook of policing*. Portland: Willan Publishing.

WORTLEY, Richard (2003). "Measuring police attitudes toward discretion". *Criminal Justice and Behavior*, vol. 30, pp. 538 a 595.