

# DISCRICIONARIEDADE NA JUSTIÇA CRIMINAL: CONSTRUINDO UM QUADRO DE ANÁLISE

*Eduardo CASTELUCI\**

**RESUMO:** A introdução da colaboração premiada no Brasil atribuiu, sobretudo aos promotores e procuradores de justiça, um tipo de poder geralmente chamado de discricionário. A incompreensão a respeito dessa modificação tem motivado dificuldades em sua análise. Neste artigo é feita uma revisão a respeito do modo como a discricionariedade foi abordada pelas ciências sociais e jurídicas com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento do debate social e científico em torno do tema. Por meio da leitura crítica da produção bibliográfica em língua inglesa e dos trabalhos brasileiros que incorporaram suas premissas e métodos, concluiu-se que essa categoria admitiu grande variedade de significados e é inadequada para responder às questões que ela mesmo ajudou a propor. Finalmente, foi sugerido um quadro alternativo de análise em que a discricionariedade é decomposta em suas partes para, em seguida, ser requalificada pela teoria sociológica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Discricionariedade. Justiça Criminal. Teoria Social. Colaboração Premiada. Brasil.

## Introdução

Desde sua introdução em 2003, a ferramenta da colaboração premiada tem sido cada vez mais utilizada pelo Ministério Público brasileiro em casos de alta complexidade como forma de produzir provas contra membros do alto escalão de organizações criminosas. No caso do Banestado, cerca de vinte acordos foram

---

\* USP – Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Sociologia. eduardo.casteluci@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-9866-6657>.

firmados. Na atual Operação Lava Jato, já são mais de 160 apenas no Paraná (MPF, 2018). Ao mesmo tempo, multiplicaram-se também as críticas e os questionamentos dirigidos ao órgão por causa do uso da ferramenta.

A utilização da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro enquanto uma alternativa ao oferecimento da ação penal pública por parte do Ministério Público atribuiu a essa atividade um tipo de poder de decisão geralmente descrito pela doutrina jurídica como discricionário. Isso, por consequência, alterou significativamente a natureza das atribuições de promotores e procuradores, anteriormente regidas pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, sem exceção. Parte relevante dos questionamentos que a colaboração premiada engendra pode ser resumida por questões relativas à incompreensão acerca dessa modificação e de suas implicações para a forma historicamente estabelecida do processo penal brasileiro.

Ainda mais importante para o debate científico e público a respeito da colaboração premiada, todavia, é compreender precisamente o que são as ações discricionárias no âmbito do sistema de justiça criminal brasileiro<sup>1</sup> e saber discernir quais são as formas mais apropriadas para sua análise ou avaliação. São essas tarefas que constituem a motivação fundamental deste artigo. Contudo, como será demonstrado, a ideia de discricionariedade admitiu, ao longo do tempo, distintas possibilidades de definição e interpretação, constituindo-se em uma categoria polissêmica e, por isso, inadequada para a reflexão científica sobre a variedade de temas que circunscreve. Diante disso os objetivos deste artigo são: demonstrar por meio de uma revisão bibliográfica compreensiva e crítica essas variações e, contribuir para a formação de um novo quadro de análise sociológica capaz de empreender as tarefas propostas.

Serão discutidos os trabalhos, realizados no campo das ciências jurídicas, que definiram o modo hegemônico de descrição da discricionariedade. Será demonstrado que, a despeito de haver uma definição de aparência inequívoca para a categoria, os estudiosos do direito que investigaram a forma como os membros das instituições de justiça efetivamente agem produziram adaptações a essa noção de forma a adequá-la à interpretação das particularidades dos contextos observados. Também serão explicados os motivos que fazem com que os trabalhos em língua inglesa e com referência à tradição jurídica anglo-saxã<sup>2</sup> sejam os mais importantes para a definição desse fenômeno.

Será demonstrada a maneira como as ciências sociais incorporaram a discricionariedade entre seus objetos de estudo, novamente partindo dos trabalhos anglo-

---

<sup>1</sup> Esse sistema inclui, na leitura feita aqui, as organizações policiais, o órgão de persecução criminal e a magistratura.

<sup>2</sup> A categoria anglo-saxão compreende, aqui, os países de língua inglesa e de tradição jurídica baseada na *common law*, como, sobretudo, a Inglaterra e os Estados Unidos.

-saxões. Em geral, ela serviu como referência inicial para um conjunto de trabalhos que identificou e descreveu as estruturas culturais específicas que determinam o repertório de práticas e significados que governa o comportamento dos operadores do sistema de justiça criminal. Todavia, conforme era modificada a compreensão acerca da força e da natureza coercitiva atribuída a essas estruturas, a ideia de discricionariedade foi sendo alterada de forma a preencher as diferentes lacunas que se abriam.

O modo como as ciências sociais brasileiras, em especial a sociologia, compreenderam e aplicaram os paradigmas desenvolvidos no conjunto do debate anglo-saxão, será também apresentado. Finalmente, a conclusão, contemplará a crítica aos usos da categoria de discricionariedade e, então, será proposta uma compreensão alternativa que pretende começar a solucionar os problemas identificados. Ainda nesta introdução, é preciso ressaltar que não se espera que esse exercício de refinamento teórico-conceitual seja capaz de concluir as tarefas gerais designadas aqui. Ele é apenas a parte inicial de um esforço de pesquisa que deve ter, necessariamente, o teste empírico como sua baliza fundamental.

No mais, cumpre informar que foram tomados como pontos de partida os trabalhos de revisão bibliográfica de Chan (1996), Davis (1996), Campbell (1999), McLaughlin (2006), Nickels (2007), Westmarland (2008) e Corder e Scott (2014) em relação à literatura em língua em inglesa e, para o caso brasileiro, Lima, Misse e Miranda (2000), Ribeiro e Silva (2010), Lotta e Santiago (2018), Muniz, Caruso e Freitas (2018) e Azevedo e Sinhoretto (2018). Suas referências foram, em seguida, cruzadas entre si e tiveram seu impacto científico verificado por meio dos dados dispostos nas seguintes plataformas: SciELO, JSTOR, *Wiley Online Library*, *Scopus*, *Web of Science* e *Google Scholar*. Para a exposição que segue, os trabalhos foram filtrados de modo que restassem apenas aqueles que formularam os principais paradigmas da área ou seus mais importantes desenvolvimentos e críticas, evitando redundâncias desnecessárias.

## Poder de direito ou poder de fato

A discricionariedade, enquanto um vocábulo da linguagem comum, é geralmente utilizada para qualificar as decisões tomadas de forma livre de restrições. Já em sua aplicação jurídica moderna, o termo designa a autonomia atribuída ao poder público para fazer uma escolha entre as alternativas consideradas igualmente legítimas pelas diretrizes legais de sua comunidade política. Sua aplicação mais usual é na descrição das atribuições da administração do Estado. Mais precisamente, Davis (1969, p. 4) afirma: “um servidor público possui discricionariedade, sempre que os limites efetivos sobre seu poder os deixa livre para escolher entre cursos possíveis

de ação ou inação” [tradução nossa]<sup>3</sup>. O modo de distribuição do orçamento público é exemplo notável de um tipo de decisão discricionária: cabe apenas ao processo político definir quais são as prioridades orçamentárias, não sendo da competência dos tribunais opinar sobre seus conteúdos, mas apenas sobre sua legitimidade.

Os modos como cada tradição jurídica incorporou essa categoria nas matérias criminal e processual penal do direito são severamente distintos. No caso da tradição anglo-saxã – a *common law* – a discricionariedade é em geral compreendida como um instrumento indispensável para a persecução de seus ideais de justiça, em cujo centro é encontrada a defesa dos direitos e liberdades individuais contra quaisquer tipos de tirania que o poder pode engendrar. Na tradição romano-germânica – a *civil law*, a qual o ordenamento jurídico brasileiro se filia –, a discricionariedade no processo penal é assemelhada à possibilidade de exercício de vontades individuais em um espaço em que o interesse comum deve sempre prevalecer, objeto este que, por sua vez, tem sua definição legítima produzida por meio do processo legislativo.

No caso da persecução criminal, o ordenamento jurídico anglo-saxão atribui aos seus agentes distintas alternativas e delega a eles a capacidade de avaliar que tipo de solução é mais adequada para cada caso. Já no caso romano-germânico, é a legislação que se ocupa por definir a solução mais adequada para cada tipo de caso, conferindo aos seus agentes apenas o mandato necessário à averiguação do pertencimento dos casos concretos às categorias legais e, a partir daí, ao cumprimento da legislação pertinente. Essa mesma diferença entre princípios fundacionais pode ser desdobrada para explicar importantes aspectos das atribuições dos magistrados em cada tradição jurídica, como quando considerados os processos de sentenciamento e de dosimetria da pena. Ela também indica porque a discricionariedade não é um recurso mobilizável no âmbito do processo penal brasileiro: pois ela não é permitida. Desse modo, explica Mazzilli (2002), a atribuição do promotor de justiça brasileiro constitui-se em um poder-dever para observar a lei diante do caso particular e não de interpretar a lei diante das singularidades dos casos particulares.

Portanto, no caso brasileiro o espaço de análise das práticas desses operadores do sistema de justiça criminal foi ocupado, do ponto de vista dos estudos jurídicos, pelo esforço de interpretação, sistematização e construção do melhor sentido possível para os códigos jurídicos, tanto por meio das decisões de tribunais superiores quanto por meio de obras como manuais comentados de direito. A partir de então, a avaliação das práticas efetivamente observadas torna-se o mesmo que o seu cotejamento com aquilo que foi definido como o procedimento correto. Por conseguinte, havendo diferença, designa-se a culpa ao indivíduo responsável pela decisão.

---

<sup>3</sup> No original: “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”.

No caso anglo-saxão, dois modelos de análise da discrecionariedade se desenvolveram em paralelo. O primeiro é composto pelos analistas que favoreceram as investigações baseadas na perspectiva jurídico-normativa, em que a discrecionariedade é genericamente debatida na sua qualidade de instrumento funcional à obtenção de justiça na matéria criminal. Damaska (1981), por exemplo, conduziu desse modo a sua análise comparativa entre os modelos anglo-saxão e romano-germânico de persecução criminal. O segundo é aquele em que o estudo da discrecionariedade foi tomado como a tarefa que permitiria o ingresso do conhecimento científico na complexidade do mundo das práticas efetivamente observadas dos operadores do sistema de justiça criminal. O trabalho de Davis (1975), bem como a definição que elaborou na obra *Discretionary Justice* (1969), definiram seus paradigmas.

Nesse conjunto, houve grande favorecimento da atividade policial enquanto objeto de pesquisa. O principal motivo para isso é que o debate normativo em geral apontou que o mau funcionamento das organizações policiais poderia ser resultado de elevado grau de discrecionariedade nas decisões tomadas pelos policiais, argumentando, em seguida, que apenas promotores e magistrados deveriam estar habilitados a dispor desse importante recurso. Essa afirmação, ademais, contrariava o postulado jurídico de que atividade policial se constituía enquanto um mandato que, por definição, atribuía ao seu portador a obrigação de executar a lei e não a capacidade de decidir a respeito das melhores formas para isso.

Nesse sentido, Goldstein (1963, 1977[2003]) descreveu que a escassez de recursos humanos e orçamentários em geral obrigava as organizações policiais a estabelecer ou modificar hierarquias a respeito da gravidade dos crimes a fim de definir e justificar suas prioridades na alocação de recursos. Ainda mais importante, Finckenauer (1976), ao analisar os códigos legais e as diretrizes administrativas que governavam a atividade policial, identificou que eles possuíam formulações vagas de sentido, quando não eram diretamente ambíguos. Com isso, a sua execução prática se tornava dependente de um processo interpretativo conduzido pelos próprios policiais diante de cada situação em que o policiamento deveria intervir. Complementarmente, Vorenberg (1976) indicou que, em função disso, o policial se encontrava muito menos confinado, em suas possibilidades de ação pelo sistema de leis e princípios de justiça, do que comumente se acreditava.

Diante de suas observações em campo esses autores constataram que a atividade policial era mais bem descrita pelas escolhas feitas pelos próprios policiais do que pelo texto legal, em um grau que permitia, inclusive, seu produto agregado ser capaz de alterar significativamente qualquer política criminal. Era assim que, para eles, se constituía a discrecionariedade policial. Todavia, ao incluírem esses fenômenos dentro da categoria de discrecionariedade, modificaram sensivelmente a definição inicial. Originalmente compreendendo apenas o poder legítimo de escolha entre as alternativas instituídas pelo direito, a categoria agora passa a contemplar

também o poder de escolha de fato atribuído aos indivíduos, mesmo que de forma ilegítima e entre alternativas inválidas do ponto de vista do direito.

Com isso, estabeleceram também um vínculo causal entre a discricionariedade e o mau uso do poder, já que o primeiro termo passou a ser compreendido como a condição de possibilidade de manifestações arbitrárias de poder. Contudo, essas pesquisas em nenhum momento tentaram oferecer uma explicação sistemática a respeito do modo como esses dois fenômenos se associam. Pois, de forma latente, a enunciação dessa relação causal continha uma concepção naturalizada acerca do comportamento humano, baseada na ideia do indivíduo hobbesiano. Isto é, ela pressupõe que os interesses individuais são facciosos e se expressam sempre que não há adequado controle sobre o modo como os homens podem agir. Por conseguinte, os casos bem-sucedidos de discricionariedade certamente seriam aqueles em que é exercido maior controle sobre o indivíduo.

Os trabalhos de Harold Pepinsky (1975, 1984) lideraram, entre os estudos jurídicos, os esforços que problematizaram essa relação. De acordo com suas observações, o traço mais peculiar da atividade policial era que os indivíduos agiam sempre de forma muito semelhante quando submetidos a condições parecidas. Mesmo o que pudesse ser entendido como desvio possuía, na verdade, propriedades sistêmicas. Sua hipótese era a de que apenas o exercício de algum tipo de regulação sobre o comportamento dos policiais poderia ser capaz de explicar a alta padronização. Se a discricionariedade correspondia justamente ao modo como eram preenchidos os espaços de ausência de eficácia regulatória, ela não poderia ser responsável pela explicação da questão. Do mesmo modo, simplesmente afirmar que o poder de escolha promove o arbítrio ou que a arbitrariedade é o produto de uma escolha individual não-regulada, nada informava à sua ciência a respeito do aspecto fundamental da sua nova definição para o problema: a natureza coletiva do comportamento humano.

## Estruturas culturais e padrões comportamentais

A questão levantada por Pepinsky (1975, 1984) evidenciou, para o próprio mundo do direito, os limites da abordagem jurídica. Em um mundo composto apenas pela formalidade dos códigos, de um lado, e por indivíduos abstratos, do outro, as propriedades do social não podiam ser coerentemente acomodadas. Era justamente nesse espaço em que a sociologia anglo-saxã vinha, em paralelo, desenvolvendo a sua compreensão específica a respeito da discricionariedade e das práticas no sistema de justiça criminal. Entre os estudos sociais, novamente a atividade policial se constituiu como objeto privilegiado de análise, e a concentração de poder discricionário foi também sua hipótese inicial.

A pesquisa etnográfica de Banton (1964) inaugurou essa agenda de pesquisa. Ele descreveu que, ao longo de sua jornada de trabalho, o policial se deparava com uma série de conflitos em relação aos quais a comunidade esperava dele alguma resolução, mas que ele não necessariamente possuía o mandato legal para tanto. Ele tinha, então, de lidar com um conjunto extremamente variado de conflitos que frequentemente se situavam nas margens dos limites estabelecidos pelas normas, o que tornava as soluções concretas uma espécie de improvisação circunstancial da autoridade policial.

Em um segundo momento, identificou que as formas e os conteúdos adquiridos por esses improvisos não eram produtos específicos das disposições peculiares à cada policial, pois faziam sempre referência a um repertório coletivo de práticas. Em relação a esse repertório, Banton (1964) constatou que seu conteúdo, bem como os critérios que estabeleciam a sua validade, eram produzidos e legitimados pelo próprio grupo durante suas interações com a comunidade policiada. Isto é, as determinações legais que definiam o mandato policial eram reinterpretadas de acordo com o sentido atribuído pelos policiais às experiências acumuladas na profissão. A característica padronizada do comportamento policial era então explicada não apenas pela existência desse repertório, mas também pelo fato de que a adesão a ele não era voluntária. Ele se impunha sobre o grupo e se tornava a condição para a integração do indivíduo e, por consequência, para a coesão da coletividade.

Assim, o pesquisador descreveu a prevalência dos meios e dos conteúdos coletivos e informais que operam na construção simbólica e prática da atividade policial, processos que agrupou sob a categoria de cultura policial – a variação específica para a organização policial da cultura ocupacional. A discrecionalidade, por sua vez, era o recurso agenciado pela cultura policial para que ela se tornasse eficaz. Assim, essa categoria foi utilizada por Banton (1964) também para descrever o tipo de poder, de fato, possuído pelos policiais, mas agora um poder que é exercido pela coletividade por meio do indivíduo. Ele não se preocupou em definir a gênese da discrecionalidade, fosse ela produto da inadequação das normas ou parte inerente da atividade policial. Mais importante para ele era desvendar as razões que produziam a forma específica da cultura policial que observou. A esse respeito, ofereceu uma explicação tipicamente funcionalista: a cultura policial se produz como resposta à necessidade de integração social dos policiais diante das pressões externas e potencialmente desintegradoras que são exercidas sobre eles, isto é, em razão da conflitualidade típica ao policiamento.

Com a contribuição de Skolnick (1966) e, posteriormente, de Van Maanen (1978), essa construção se tornou a principal forma de explicação sociológica dos padrões de conduta típicos ao mundo da aplicação da lei e da discrecionalidade. Contudo, investigações posteriores, sobretudo as de Punch (1985), Shapland e Vagg (1988) e Manning (1993), demonstraram que uma organização jamais exhibe

apenas um tipo integral, totalizante, de cultura ocupacional. O tipo de policiamento exercido, o modo como a organização policial é estruturada e a forma como a comunidade policiada responde à intervenção policial produzem variações no conjunto de determinações culturais, sendo necessário tratar agora a questão em termos de distintas culturas policiais.

Assim, as organizações policiais passaram a ser representadas como compostas por um conjunto de microcosmos culturais integrados em si mesmos, porém frouxamente articulados, do ponto de vista da análise, com as estruturas sociais mais amplas. Nesse movimento, as variações comportamentais observadas – que jamais deixaram de existir – novamente voltaram a ser foco das pesquisas, mas passaram a ser compreendidas como resultado da competição entre sobredeterminações culturais e problemas de integração que isso pode produzir. A ideia de discricionariedade, nesse meio, sofreu mais uma modificação. Ela agora é utilizada para descrever especificamente o recurso mobilizado pelos indivíduos mal integrados ao grupo. Ou seja, se torna a explicação para o desvio em um mundo em que a aderência às normas coletivas é a única possibilidade.

Coube, então, a Fielding (1994) demonstrar os limites da abordagem orientada pelo conceito de cultura ocupacional para lidar com as nuances entre os comportamentos policiais observados. Com a descrição do processo de formação de novos recrutas, ele demonstrou como a cultura ocupacional, seja ela qual for, não se inscreve mecanicamente na consciência do policial novato. Ao ingressar na carreira, o sujeito não apenas dispõe de uma personalidade própria, como também possui suas preconceções a respeito da atividade policial e do bom policiamento. Dessa forma, o modo como ele se integra à cultura ocupacional é dependente do processo interativo que resulta do contato entre esses dois conjuntos de referenciais simbólicos. A maior identidade entre eles suscita a aparência de uma certa dissolução do indivíduo na coletividade. Na existência de tensões, as capacidades do indivíduo frente ao grupo e suas normas passam a ser notadas. No caso extremo, o acúmulo quantitativo de resistências em relação à incorporação nos moldes tradicionais da cultura ocupacional coloca em evidência a possibilidade de mudanças qualitativas no grupo, de forma a evitar a sua desintegração.

Nesse caso, a discricionariedade é novamente dissociada das regras do direito e do grupo, mas passa a ser o mesmo que a habilidade do indivíduo para produzir, re-produzir ou transformar o corpo de normas e valores culturais que informam as suas práticas e seus modos de ser e pensar enquanto portadores do poder de aplicação das leis. Assim, ela passa também a conter a concepção de que um dado comportamento humano é informado e tem seu sentido determinado pelo resultado da interação entre distintas estruturas de sentido, sendo a cultura ocupacional apenas uma delas, e, por isso, nem sempre a mais importante.

## Discrecionalidade e abuso de poder no Brasil

No Brasil, é certo que a tese da cultura ocupacional foi a mais utilizada para a explicação das condutas policiais, como mostram Muniz, Caruso e Freitas (2018). Esse paradigma serviu sobretudo à análise das organizações policiais durante e após a redemocratização da República. Essas pesquisas demonstraram como a prática policial era determinada por um conjunto de normas culturais que remetiam aos princípios do regime autoritário que vigorava no país. Também mostraram que a adesão constitucional aos princípios democráticos de organização social não havia resultado na mudança substantiva dessas estruturas culturais, no que se destacava sua enorme capacidade de autopreservação e uma espécie de ineficácia congênita das normas do direito. Desse modo, os problemas do policiamento no Brasil, tanto os do passado, quanto os do presente, foram em geral explicados como produtos desse anacronismo nas organizações policiais. Ainda hoje são produtivas as pesquisas que buscam os traços do regime autoritário preservados nas culturas ocupacionais e entre as disposições incorporadas pelos policiais no Brasil.

A discrecionalidade se tornou relevante no debate científico brasileiro à medida que passou a ser identificada como o recurso de poder agenciado pelos membros do Estado responsáveis pela aplicação das leis de modo a dar efeito a suas inclinações (seja qual for sua natureza). Os trabalhos de Roberto Kant de Lima (em especial, 1986, 1989, 1994 e 2013) propuseram o modo como essa descoberta seria tematizada. Em suas pesquisas, ele ofereceu à organização policial brasileira tratamento comparativo em relação à estadunidense procurando na segunda, características que permitissem compreender o desenvolvimento específico da primeira.

Nesse sentido, Lima (2013, p. 567) afirmou que a discrecionalidade de tipo anglo-saxão, a faculdade atribuída ao servidor da justiça de decidir sobre a oportunidade de propositura da ação penal, não era permitida pelo sistema de obrigatoriedades que constitui o modelo de justiça brasileiro. No entanto, na qualidade de agente administrativo do Estado, o poder de polícia efetivamente se constitui por meio do exercício de poderes discricionários, sobretudo na condução dos inquéritos. Isto é, o modo como os policiais dispõem do conjunto de prerrogativas atribuídas a eles em função de seu dever de manutenção da ordem pública (DI PIETRO, 2017), como, exemplarmente, o uso da força física e a detenção provisória, que dependem primeiramente de suas avaliações circunstanciais sobre as particularidades dos eventos do policiamento.

A combinação entre essas duas lógicas distintas de definição da atividade policial produzia, por sua vez, incompreensões a respeito dos fundamentos legais da autonomia policial e, por consequência, acerca dos limites do modo de exercício do poder de polícia. Os policiais, por exemplo, justificavam algumas de suas ações

cotidianas, como liberar ou prender um pequeno traficante, mediante o argumento de uma discricionariedade que, todavia, não lhes era oficialmente autorizada.

As ambiguidades sobre a discricionariedade nesse sistema são atribuídas, por Lima (2013), ao que chama de modelo administrativo-burocrático do direito processual penal brasileiro herdado do direito colonial. Por esse modelo, os servidores do Estado são sempre obrigados a agir de uma determinada forma, porém a partir de regras abstratas elaboradas por pessoas dotadas de autoridade, mas nunca envolvidas nas ações efetivas. Cria-se, assim, um abismo sistêmico entre as abstrações da obrigatoriedade e a realidade das práticas, preenchido pela discricionariedade e resultando na “produção de normas implícitas geradas pelos agentes encarregados das ações e que não podem ser explicitadas por quase sempre contrariarem as normas abstratas” (LIMA, 2013, p. 571). Se estabelece, outrossim, um paradoxo em que a discricionariedade brasileira é, na verdade, produto de um sistema de obrigatoriedades que a nega ao mesmo tempo em que a confere caráter sistêmico, conteúdo informal e eficácia prática.

O paradoxo da discricionariedade brasileira se tornou elemento essencial para a análise da justiça criminal brasileira, em especial para a explicação da reprodução do desvio ou da arbitrariedade e dos modos adequados para seu combate. Saporì (1995, p. 12) afirmou que a pressão por eficiência exercida pela estrutura formal do processo penal brasileiro sobre suas instituições produzia o incremento indevido do poder discricionário e, por consequência, a acentuação do erro humano. Neme (1999, p. 29-31) avaliou que os critérios legais que deveriam distinguir a ação legítima dos policiais do uso arbitrário de suas prerrogativas não se estabeleceram adequadamente no Brasil, atribuindo uma espécie de plasticidade irrestrita ao seu poder discricionário. Uma conclusão semelhante a essa foi obtida por Luciano (2007, p. 38) quando afirma que “Em razão da ausência de normatização, foi atribuído ao policial o poder discricionário, que o autoriza a escolher quando e como usar a força”. Por fim, Costa (2011, p. 109) argumentou que “A existência da seletividade no Sistema de Justiça Criminal diz respeito à discricionariedade que delegados, promotores e juízes possuem”, mas que não admitem possuir.

Desse modo, a discricionariedade foi utilizada no Brasil principalmente de forma a demonstrar que os servidores do Estado fazem importantes escolhas na condução de suas tarefas, mas de uma forma que as tornam indisponíveis ao controle público a respeito de sua qualidade e de sua validade. Com isso, complementa-se o argumento das culturas ocupacionais com uma descrição das condições estruturais e formais que permitiam a sua reprodução. Todavia, assim como ocorreu no debate anglo-saxão, foi notado que a articulação entre esses dois fenômenos não poderia ser reduzida a uma espécie de natureza comum a ambos, isto é, a ação do policial individual não poderia ser subsumida às culturas policiais, bem como o abuso de poder não poderia ser explicado em função da mera existência do poder.

Esse argumento foi desenvolvido sobretudo nas reflexões de Muniz e Proença Jr. (2007) acerca da definição e do modo de exercício do mandato policial. Nesse caso, o conjunto de fenômenos compreendidos pela ideia de discrecionalidade policial é sensivelmente alargado. Os pesquisadores afirmam que a categoria “Reporta-se não apenas às oportunidade e propriedade do uso de força, mas alcança toda e qualquer atividade policial” (MUNIZ e PROENÇA Jr., 2007, p. 17). Trata-se de decisões e escolhas de múltiplas instâncias que fornecem ao mandato policial contornos concretos, em um processo cuja temporalidade singular é dada por uma “[...] sucessão de eventos, conexos ou desconexos, contínuos ou descontínuos, envolvendo dinâmicas multi-interativas entre diversos atores” (MUNIZ e PROENÇA Jr., 2007, p. 17). Assim, entre as “[...] direções emanadas da polity quanto a oportunidade e a propriedade de um determinado curso de ação” (MUNIZ e PROENÇA Jr., 2007, p. 17) e os interesses e valores em conflito no contexto de cada situação particular, o conteúdo específico da ação policial é produto de uma avaliação *ad hoc* inescapavelmente conduzida pelo policial individual, o que enseja a possibilidade do arbítrio.

Adicionada essa última abordagem ao movimento geral desenvolvido em torno da ideia de discrecionalidade no Brasil, é possível notar agora profundas semelhanças com a trajetória do debate anglo-saxão, mesmo quando consideradas as diferenças nas tradições jurídicas. Nesse sentido, a categoria começa a ser analisada a partir de sua definição enquanto a autonomia decisória legitimamente conferida pelo direito aos seus agentes; em seguida, passa a ser entendida como o poder de fato exercido pelos aplicadores da lei, no que é vinculada à possibilidade de manifestações arbitrárias de poder em meio ao sistema de justiça criminal e suas normas, seja em razão do mero desvio ou por efeito da intervenção de estruturas culturais; posteriormente, as afinidades entre esses fenômenos passam a ser analisadas no nível de seus mecanismos e, então, a discrecionalidade adquire sentido equivalente à mediação que os indivíduos exercem em relação às regras do direito e ao contexto em que se encontram inseridos.

## Conclusões

Ao final dessa exposição, a tarefa de responder à pergunta: o que é a discrecionalidade e como analisá-la? se tornou apenas mais difícil. Agora, se não é possível atribuir uma definição inequívoca para o termo e nem precisar exatamente que fenômeno ele descreve, alguma alternativa pode ser encontrada na busca pelos elementos comuns às várias definições existentes. Dessa forma, deve se tornar evidente que a discrecionalidade foi mobilizada pelos pesquisadores sempre que era necessário preencher as lacunas da explicação do modo como as normas abstratas do

direito são transcritas em práticas concretas e eficazes. Mais precisamente, sempre que foi preciso reconhecer os papéis desempenhados pelos indivíduos no processo de objetivação das normas.

A partir disso, deve também ficar evidente o efeito de oclusão que a plasticidade atribuída à ideia de discricionariedade ensejou. Ao debatê-la, os pesquisadores produziram afirmações, em geral de forma desarticulada, a respeito da objetividade das normas sociais, e também do sentido da ação humana, da habilidade de mediação dos sujeitos, da natureza da agência humana, da natureza do poder social e do modo como esse poder é distribuído e exercido. Ainda mais importante, ao realizarem afirmações sobre todos esses temas por meio da mobilização de uma categoria essencialmente jurídica, os pesquisadores as transformaram em respostas particulares ao processo de aplicação das leis ou apenas ao próprio policiamento, quando, na verdade, elas dizem respeito ao modo como a sociedade é em si mesma produzida, reproduzida e transformada pelos seus membros.

Assim, faz-se necessária uma inversão de rumo. A partir de reflexões a respeito de momentos específicos desse debate, Chan (1996) concluiu que o argumento das culturas policiais precisa ser complementado por uma teoria sobre sua mudança; Rubin (1997) sustentou a opção por uma teoria do processo decisório em organizações burocráticas; Campbell (1999) apontou para o desenvolvimento de uma teoria da discricionariedade; Nickels (2007) e Muniz e Proença Jr. (2007) concluíram, de forma semelhante, pelo desenvolvimento de uma teoria sobre a polícia e o policiamento. Em geral, portanto, sugeriram a formação de uma espécie de teoria endógena sobre o processo de aplicação das leis. Aqui, conclui-se pelo movimento oposto: o entendimento das especificidades dos fenômenos associados ao processo de aplicação das leis depende, em primeiro lugar, do seu enquadramento em um corpo teórico que permita uma interpretação compreensiva das dimensões da vida social tematizadas por meio dos argumentos sobre a discricionariedade.

Evidentemente, não se pretende, com esse movimento, eliminar as polêmicas presentes no debate. Tampouco isso é desejável. Espera-se, na verdade, reorganizá-las em função do desvelamento da natureza de suas diferenças, isto é, a adoção de diferentes pressupostos analíticos. Lotta e Santiago (2018), ao analisar o modo impreciso que a ciência política utilizou os conceitos de autonomia e discricionariedade na investigação do funcionamento das organizações burocráticas, chegaram à conclusão semelhante. Contudo, supuseram que a evidenciação das premissas incorporados nas distintas maneiras de abordar os conceitos poderia ser suficiente para evitar as confusões entre eles e as produzidas por eles. Nesse ponto, não há acordo. Pois os fenômenos que pretendem categorizar e explicar ainda permaneceriam revestidos de uma imagem de particularismo que, para esclarecer o específico, mistifica o geral.

O argumento desenvolvido agora também não deve ser confundido com um certo tipo de recusa do objeto concreto em favor da análise essencialmente teórica ou do refinamento conceitual abstraído de contextos. Ao contrário, afirma-se que as questões postas por meio do debate da discrecionariiedade devem ser reinterpretadas a partir de um corpo mais amplo de proposições teóricas. E, dessa forma, deve-se estar preparado tanto para modificar o método de identificação, descrição e explicação dos objetos, quanto para ajustar o modelo teórico diante dos problemas colocados pelos objetos.

Por conseguinte, o ponto de partida deve ser a ponderação do potencial das várias teorias sociais existentes para a análise, nos termos da teoria social, da relação entre estrutura sociais e agências humanas e, ainda mais fundamental, da forma como recursos de poder são produzidos e mobilizados nessa relação. Nesse sentido, o argumento das culturas ocupacionais coloca importantes problemas para as teorias que de algum modo essencializam o indivíduo e sua ação; já o argumento da discrecionariiedade enquanto variação comportamental, ou como espaço do arbítrio, permanecerá inexplorado caso se adote uma abordagem de tipo estrutural-funcionalista. Pois, então, as teorias que trataram o indivíduo e a sociedade ou a ação e a estrutura como partes de uma relação não-dicotômica talvez sejam por onde começar.

Portanto, é do seguinte modo que, sugere-se, o problema da colaboração premiada no Brasil deve ser encarado: não como uma ação discrecionária, mas como um recurso de poder mobilizado por indivíduos cuja capacidade de agência é tanto estruturada, quanto estruturante de uma organização social complexa da qual o sistema de justiça criminal é apenas uma parte. Nesse sentido, é preciso reconhecer que os trabalhos de Bonelli (2003), Azevedo (2010) e Cardoso (2017) quanto às visões de mundo partilhadas pelos membros do Ministério Público, as pesquisas de Sadek (1997) e Arantes (1999, 2002) sobre as mudanças sofridas pela organização no processo de redemocratização, os achados de Saporì (1995) e Costa (2011) sobre como promotores gerenciam a sua alta demanda de trabalho, e as conclusões de Mouzinho (2007) sobre as diferenças no processo de criminalização e incriminação entre os alvos comuns da justiça penal e os políticos já constituem referências indispensáveis para a construção do objeto e para a adequação dos modelos teóricos.

### ***DISCRETION IN CRIMINAL JUSTICE: DEVELOPING A FRAMEWORK FOR ANALYSIS***

***ABSTRACT:*** *The introduction of the plea bargain in Brazilian's legislation granted prosecutors a type of power generally called discretion. Failure to understand this change has caused difficulties in its analysis. In this article an effort is made to*

*define discretion and review its use as a scientific concept in both the social sciences and legal studies with the goal of providing a better understanding of the subject to the scientific and public debate. Through the critical reading of published works in English as well as from Brazilian researchers that utilize its premises and methods, it is concluded that discretion as a concept has been used in variety of ways and that it is inadequate as an answer to questions that it has helped to ask. Finally, an alternative framework for social analysis is proposed in which discretion is decomposed before being requalified by social theory.*

**KEYWORDS:** *Discretion. Criminal Justice. Social Theory. Plea Bargain. Brazil.*

### **DISCRICIONARIEDAD EN LA JUSTICIA CRIMINAL: CONSTRUYENDO UN CUADRO DE ANÁLISIS**

**RESUMEN:** *La introducción de la colaboración premiada en Brasil atribuyó sobre todo a los fiscales un tipo de poder generalmente llamado de discreción. La incomprensión respecto a esta modificación ha motivado dificultades en su análisis. En este artículo se hace una revisión acerca del modo en que la discrecionalidad fue abordada por las ciencias sociales y jurídicas con el objetivo de contribuir al desarrollo del debate social y científico en torno al tema. Por medio de la lectura crítica de la producción bibliográfica en lengua inglesa y de los trabajos brasileños que incorporaron sus premisas y métodos, se concluyó que esa categoría admitió gran variedad de significados y es inadecuada para responder a las cuestiones que ella misma ayudó a proponer. Finalmente, se sugirió un cuadro alternativo de análisis en que la discrecionalidad se descompone en sus partes para ser recalificada por la teoría sociológica.*

**PALABRAS CLAVE:** *Discriminación. Justicia criminal. Teoría social. Colaboración premiada. Brasil.*

### **REFERÊNCIAS**

ARANTES, Rogério. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 14, n. 39, pp. 83-102, 1999.

\_\_\_\_\_. **Ministério Público e Política no Brasil**. São Paulo: EDUC/FAPESP, 2002

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli e SINHORETTO, Jacqueline. O sistema de justiça criminal na perspectiva da antropologia e da sociologia. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais - BIB**, São Paulo n. 84, v. 2, p. 188-215, 2018.

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

BONELLI, Maria da Glória. Profissão e política no Ministério Público Paulista. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 1, v. 65, pp. 169-182, 2003.

CAMPBELL, Elaine. Towards a Sociological Theory of Discretion. **International Journal of the Sociology of Law**, v. 27, pp. 79-101, 1999.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. **Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do embricamento das disputas do sistema de justiça paulista com as disputas da política convencional**. Tese. Doutorado em Administração Pública e Governo. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2017.

CHAN, Janet. Changing police culture. **British Journal of Criminology**, n. 36, pp. 109-134, 1996.

CORDNER, Gary e SCOTT, Michael. **Police Discretion and Its Control**. The Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice. Nova York: Springer Reference, 2014.

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

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

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

\_\_\_\_\_. **Police Discretion**. Saint Paul: West Publishing, 1975.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

FINCKENAUER, James. Some factors in police discretion and decision-making. **Journal of Criminal Justice**, v. 4, pp. 29-46, 1976.

GOLDSTEIN, Herman. Police discretion: the ideal versus the real. **Public Administration Review**, v. 23, n. 3, pp. 140-148, 1963.

\_\_\_\_\_. **Policinando uma sociedade livre**. São Paulo: Ford Foundation/NEV/Edusp, 1977[2003].

LIMA, Roberto Kant de. **Legal Theory and Judicial Practice: Paradoxes of Police Work in Rio de Janeiro City**. Tese. Doutorado. Cambridge, Harvard University, 1986.

\_\_\_\_\_. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 4, n. 10, pp. 65-84, 1989.

\_\_\_\_\_. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. Rio de Janeiro: PMERJ, 1994.

\_\_\_\_\_. Entre as leis e as normas: éticas corporativas e práticas profissionais na segurança pública e na Justiça Criminal. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 6, n. 4, pp. 549-580, 2013.

LIMA, Roberto Kant de; MISSE, Michel e MIRANDA, Ana Paula Mendes de. Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: uma bibliografia. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais - BIB**, v. 50, pp. 45-123, 2000.

LOTTA, Gabriela e SANTIAGO, Ariadne. Autonomia e discricionariedade: matizando conceitos-chave para o estado de burocracia. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais - BIB**, n. 81, v. 1, pp. 21-41, 2018.

LUCIANO, Tania Maria Pinc. **O uso da força não letal pela polícia nos encontros com o público**. Dissertação. Mestrado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007.

MANNING, Peter. Toward a theory of police organization: polarities and change. **International Conference on Social Change in Policing**, Taipei, 1993.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no processo penal. **Revista dos Tribunais**, 805/464, 2002

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

MPF - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**. Disponível em: <<http://www.mpf.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acessado em: 03 ag. 2018.

MOUZINHO, Glauca Maria Pontes. **Sobre culpados e inocentes: o processo de criminalização e incriminação pelo ministério público federal brasileiro**. Dissertação. Mestrado em Antropologia. Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2007.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira e PROENÇA JR, Domício. Da *accountability* seletiva à plena responsabilidade policial. In: CARUSO, Haydée; MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; CARBALLO BLANCO, Antônio Carlos (org.). **Polícia, Estado e sociedade: práticas e saberes latino-americanos**. Rio de Janeiro: Publit, 2007. p. 21-73

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; CARUSO, Haydée e FREITAS, Felipe. Os estudos policiais nas ciências sociais: um balanço sobre a produção brasileira a partir dos anos 2000. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais - BIB**, São Paulo n. 84, pp. 148-187, 2018.

NEME, Cristina. A Instituição Policial na Ordem Democrática: o caso da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Dissertação. Mestrado. Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, 1999.

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

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

\_\_\_\_\_. Better living through police discretion. **Law and Contemporary Problems**, n. 47, 249-267, 1984.

PUNCH, Maurice. **Conduct Unbecoming: The Social Construction of Police Deviance and Control**. Londres: Tavistock, 1985.

RIBEIRO, Ludmila e SILVA, Klarissa Almeida. Fluxo do sistema de justiça criminal brasileiro: um balanço da literatura. **Cadernos de Segurança Pública**, Rio de Janeiro, a. 2, v. 1, pp. 14-27, 2010.

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

SADEK, Maria Tereza (org.). **O Ministério Público e a justiça no Brasil**. São Paulo: IDESP/Sumaré, 1997.

SAPORI, Luis Flávio. A administração da justiça criminal numa área metropolitana. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 10, n. 29, 1995.

SHAPLAND, Joana e VAGG, Jon. **Policing by the public**. Londres: Routledge, 1988.

SKOLNICK, Jerome. **Justice Without Trial: law enforcement in democratic society**. Nova York: John Wiley and Sons, 1966.

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

VORENBERG, James. Narrowing the discretion of criminal justice officials. **Duke Law Journal**, n. 4, pp. 651-697, 1976.

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

Recebido em 16/08/2018.

Aprovado em 22/11/2018.