



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania - MPSPJC

TIAGO ÁVILA DE SOUZA

**PERCEPÇÕES DOS PROMOTORES E PROCURADORES DE JUSTIÇA
DA CAPITAL BAIANA A RESPEITO DA DISCRICIONARIEDADE
POLICIAL**

Salvador/Bahia

2017

TIAGO ÁVILA DE SOUZA

**PERCEPÇÕES DOS PROMOTORES E PROCURADORES DE JUSTIÇA
DA CAPITAL BAIANA A RESPEITO DA DISCRICIONARIEDADE
POLICIAL**

Dissertação apresentada ao Mestrado Profissional em
Segurança, Justiça e Cidadania, da Universidade Federal
da Bahia, como requisito para obtenção do grau de mestre
em segurança pública.

Orientadora: Dr^a. Íris Gomes dos Santos

Salvador
2017

S729

Souza, Tiago Ávila de,

Percepções dos promotores e procuradores de justiça da capital baiana a respeito da discricionariedade policial / por Tiago Ávila de Souza. – 2018. 121 f.

Orientadora: Dr^a. Íris Gomes dos Santos.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2018.

1. Poder discricionário. 2. Polícia. 3. Ministério público. I. Universidade Federal da Bahia. I. Título

CDD- 345.052

TIAGO ÁVILA DE SOUZA

**PERCEPÇÕES DOS PROMOTORES E PROCURADORES DE JUSTIÇA DA
CAPITAL BAIANA A RESPEITO DA DISCRICIONARIEDADE POLICIAL**

Dissertação apresentada ao Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do título de mestre em Segurança Pública.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Prof^a. Íris Gomes dos Santos - Orientadora
Doutora em Ciência Política (DCP/UFMG)
Universidade Federal da Paraíba (DGP/UFPB)

Prof^a. Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro
Doutora em Sociologia e Política (IUPERJ/Cândido Mendes)
Universidade Federal de Minas Gerais (FAFICH/UFMG)

Prof. Riccardo Cappi
Doutor em Criminologia (Université Catholique de Louvain)
Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS)

Dedico esse trabalho ao meu pequeno Vinícius, nascido no curso deste projeto e que veio para ressignificar toda a minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, o Alfa e o Ômega, o Primeiro e o Último.

Ao Ministério Público do Estado da Bahia, por me viabilizar o aperfeiçoamento profissional.

Ao Programa do Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania, da Universidade Federal do Estado da Bahia, bem como aos meus Colegas de curso, por toda a experiência e aprendizado.

A minha Orientadora, Profa. Dra. Íris Gomes, pelos ensinamentos e pelo apoio incondicional.

A minha esposa, Priscila, e ao meu filho, Vinícius, pelo amor, compreensão e apoio durante o desenvolvimento deste trabalho e pelo sentido que dão a minha própria vida.

Aos meus pais, Gilson e Ana, pelo esforço incansável empreendido em prol da minha formação.

Aos Promotores e Procuradores de Justiça do Ministério Público da Bahia, em especial àqueles da Capital, por terem, graciosamente, aceitado colaborar com a presente pesquisa.

A Mônica Leão, Isabella Carvalho, Gabiane Abad, Renata Pedral, Sula Morgana Brandão, Ana Patrícia Jardim Moura de Almeida e Milena Lima, servidoras do Ministério Público da Bahia, e que foram fundamentais para o êxito da atividade de campo deste trabalho.

A meu colega e amigo, Ernesto Cabral de Medeiros, pelo compartilhamento de material de estudo e, sobretudo, pelos debates travados ao redor do tema.

A Marcelo Cerqueira César e a Lucas da Silva Santana, pela compreensão e pelo apoio prestado junto às minhas atividades regulares na 1ª PJ de Euclides da Cunha.

A minha equipe de campo, composta por Andrija Oliveira Almeida, Alan da Silva Araújo, Daza Ifá Ashanti Moreira, Lara Rosa Meirelles Barros, Larissa Lima Santos e Taiala Aguilan Nunes dos Santos, pela dedicação e empenho no cumprimento dos trabalhos.

Aos demais que de alguma forma tenham colaborado com este trabalho, até mesmo com uma palavra de incentivo.

Muito obrigado!

“If visitors from another planet, anxious to learn our ways, asked us to explain how our police behave, perhaps the most unhelpful thing we could do would be to hand them a copy of our legal code and say 'Our police enforce these laws'”.

Carl B. Klockars (1985).

SOUZA, Tiago Ávila de. **Percepções dos Promotores e Procuradores de Justiça da Capital Baiana a Respeito da Discricionariedade Policial**. 121 f. il. 2017 Dissertação (Mestrado Profissional) – Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

RESUMO

O presente trabalho cuidou de analisar as percepções dos membros do Ministério Público do Estado da Bahia, especialmente dos lotados em Salvador, a respeito da discricionariedade policial. A fim de alcançar certa profundidade nessa análise, primeiramente tratou de contextualizar o objeto de estudo – a discricionariedade - no âmbito da evolução do conceito de burocracia, partindo da concepção de Weber até a ideia de “*street level bureaucracy*” (burocracia do nível da rua) de Lipsky, passando também pela discussão da implementação de políticas públicas na lógica dos modelos “*top-down*” (cima para baixo) e “*bottom-up*” (baixo para cima). Discorreu sobre a evolução histórica do Ministério Público, com a exposição do seu atual arcabouço constitucional e destaque para o seu perfil de agência de *accountability* horizontal na democracia brasileira. Enfatizou, dentre suas missões, a de promover o exercício do controle externo da atividade policial, analisando-a de maneira pormenorizada e sob as vertentes das suas modalidades, amplitude e amparo normativo. Incumbiu-se, entretanto, do desenvolvimento da compreensão do poder discricionário, sublinhando as distinções ainda hoje evidentes entre a discricionariedade no seu sentido técnico-jurídico e a usualmente empregada na literatura especializada no campo policial. Examinou, em seguida, os modelos identificados por Klockars para o enfrentamento da subjetividade correlata à aplicação de regras e suas especificidades à luz de um ordenamento jurídico de *full enforcement* (de aplicação legal integral). Debruçou-se, ademais, sobre a discricionariedade dos próprios membros do Ministério Público e de como esta, em alguma medida, é capaz de estabelecer as fronteiras de licitude da atuação discricionária policial. Ao final, a partir de uma abordagem quantitativa, configurada em um *survey* realizado com 112 membros do Ministério Público do Estado da Bahia, constatou-se que malgrado os respondentes se revelem absolutamente refratários à qualquer política de aplicação seletiva da lei, sobretudo no campo da *arrest decision*, ao admiti-la, ainda que residualmente, em determinados contextos, não se inclinam, de forma preponderante, em favor de qualquer dos modelos descrito por Klockars (1985). Inferiu-se, ainda, que os promotores e procuradores pesquisados reconhecem a condição de detentores, ao menos para efeito de deflagração das ações de responsabilização cabíveis (penal e de improbidade administrativa), de destacada discricionariedade na formação de um juízo de (i)licitude das decisões discricionárias policiais. Constatou-se, entretanto, que apesar de reconhecerem sua prerrogativa de – sobretudo mediante recomendações administrativas – melhor estruturarem e/ou regulamentarem a atuação discricional das corporações policiais, consideram pouco usual a adoção de providências dessa natureza.

Palavras-Chave: discricionariedade – polícia – Ministério Público – controle externo da atividade policial – *full enforcement* – aplicação seletiva da lei.

SOUZA, Tiago Ávila de. **Perceptions of the Members of the Attorney Office of the Capital of Bahia About Police Discretion.** 121 f. il. 2017 Dissertation (Master's Degree) – Law School. Federal University of Bahia, Salvador, 2017.

ABSTRACT

This work analyzes the perceptions of the members of the Attorney Office of the State of Bahia about police discretion, especially of those who work at Salvador. In order to achieve certain depth in this analysis, first it was contextualized the object of study – discretion - in the ambit of the evolution of the concept of bureaucracy, starting from Weber's design going to Lipsky's idea of street-level bureaucracy, and also the debate about the implementation of public policies in the logic of the top-down and bottom-up models of analysis. This work also spoke about the historical evolution of the Attorney Office, with the display of its current constitutional framework and highlighting its horizontal accountability profile at Brazilian democracy. It emphasized, among the Office's missions, to promote the exercise of external control of police activity, analyzing it in a detailed way and under the terms of its modalities, scope and normative support. This work assumed the mission to develop the understanding of discretionary power, underlining the distinctions still evident nowadays between the discretion in its technical and legal sense and the notion usually employed at the specialized literature in police field. Then, it examined the models identified by Klockars to address this subjectivity correlated to the application of rules and their specificities in the light of a full enforcement statute. In addition, focused on the discretion of the members of the public Attorneys Office and how it is, in some measure, able to establish the boundaries of legality of the police officer's discretionary performance. At the end, using a quantitative approach set up in a survey conducted with 112 members of the Attorney Office of the State of Bahia, it was found that although the respondents revealed themselves unamenable to any selective enforcement police, especially in the arrest decision field, by recognizing, yet in an exceptional way, the possibility of the selective application of the law by the police bureaucracy, they do not fit in any of the models described by Klockars (1985). It was also inferred that the prosecutors surveyed tended to recognize that they have emphasized discretion in forming a judgment of (i)legality of the police officer's discretionary decisions, at least for the purpose of filing the rightfull actions (criminal and administrative misconduct). It was noted, meanwhile, that although the interviewed recognized their prerogative to – mainly through administrative recommendations – best structure and/or regulate the discretionary actions of police corporations, they consider unusual to adopt such measures.

Keywords: police discretion - Attorney Office - external control of police activity – full enforcement – selective enforcement.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1	Esquema Analítico da Pesquisa	16
Figura 2	Nuvem de Palavras “Impressões sobre as condições de trabalho da Polícia Civil”	71
Figura 3	Nuvem de Palavras “Impressões sobre as condições de trabalho da Polícia Militar”	72
Figura 4	Nuvem de Palavras “Impressões sobre as condições de trabalho do Ministério Público do Estado da Bahia na capital”	73
Figura 5	Nuvem de Palavras “Impressões sobre as condições de trabalho do Ministério Público do Estado da Bahia no interior”	74
Figura 6	Nuvem de Palavras “Percepções sobre a Corregedoria da Polícia Civil”	75
Figura 7	Nuvem de Palavras “Percepções sobre a Corregedoria da Polícia Militar”	75
Figura 8	Nuvem de Palavras “Percepções sobre a Corregedoria da Secretaria de Segurança Pública”	76

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Opinião dos Membros do Ministério Público em relação à Possibilidade Jurídica do Poder Discricionário na Aplicação Seletiva da Lei: viés eminentemente normativo	78
Tabela 2	Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação à Discricionariedade Policial Frente os Imperativos de Eficiência e Prioridade da Atuação Policial	81
Tabela 3	Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação à Discricionariedade Policial: viés empírico exemplificativo	82
Tabela 4	Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação à Discricionariedade Policial na <i>Arrest Decision</i>	85
Tabela 5	Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação à Discricionariedade Policial na <i>Arrest Decision</i> de Crimes de Menor Potencial Ofensivo	87
Tabela 6	Opinião dos Membros do Ministério Público Acerca da Relação Existente entre a sua Independência Funcional e seus Níveis de Discricionariedade no Enquadramento Jurídico de Ilícitos Penais e de Improbidade Administrativa	88
Tabela 7	Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação à sua Discricionariedade na Definição de um Ato Discricionário Penal como Ato (I)lícito	92
Tabela 8	Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação à Margem de Discricionariedade na Definição de um Ato de Improbidade Administrativa	95
Tabela 9	Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação à sua Prerrogativa de Regulamentar Espaços de Discricionariedade da Atuação Policial	96
Tabela 10	Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação ao Direito Penal como Última <i>Ratio</i> de Controle nos Casos de Desvio de Conduta Policial	98
Tabela 11	Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação à Publicidade e à Elaboração das Políticas de Aplicação Seletiva da Lei	101

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABF	- <i>American Bar Foundation</i>
CR/88	- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNMP	- Conselho Nacional do Ministério Públicos
CP	- Código Penal
CPP	- Código de Processo Penal
IC	- Inquérito Civil
IP	- Inquérito Policial
LIA	- Lei de Improbidade Administrativa
MP	- Ministério Público
MPBA	- Ministério Público do Estado da Bahia
PC	- Polícia Civil
PIC	- Procedimento Investigatório Criminal
PM	- Polícia Militar
SSP	- Secretaria de Segurança Pública
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	14
2. BUROCRACIA, DISCRICIONARIDADE, MINISTÉRIO PÚBLICO E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL	22
2.1 A EVOLUÇÃO DA COMPREENSÃO DA BUROCRACIA E A <i>STREET LEVEL BUREAUCRACY</i>	22
2.2. O MINISTÉRIO PÚBLICO, SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E INCUMBÊNCIA CONSTITUCIONAL DE EXERCER O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL	27
2.2.1 Apontamentos sobre a origem do Ministério Público e o seu atual perfil constitucional	27
2.2.2 O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público: amparo normativo, amplitude e modalidades	31
2.3. DISCRICIONARIEDADE, DISCRICIONARIEDADE POLICIAL, APRECIATIVIDADE E DISCRICIONARIEDADE DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	37
2.3.1. Da discricionariedade no seu sentido técnico-jurídico	37
2.3.2. Discricionariedade Policial e Apreciatividade	42
2.3.3. Da discricionariedade do membro do Ministério Público a respeito dos parâmetros de licitude da atuação policial	55
3. A DISCRICIONARIEDADE POLICIAL NA PERCEPÇÃO DE PROMOTORES E PROCURADORES DE JUSTIÇA DE SALVADOR – BAHIA	61
3.1 MATERIAIS E MÉTODOS	61
3.2 PROMOTORES E PROCURADORES DE JUSTIÇA DA CAPITAL BAIANA: UM RETRATO	67
3.3 DISCRICIONARIEDADE E APLICAÇÃO SELETIVA DA LEI: as percepções dos membros do Ministério Público na capital baiana	77
4. CONCLUSÕES	103
5. REFERÊNCIAS	111

1. INTRODUÇÃO

Como se pode inferir do próprio título do presente trabalho, seu enfoque compreende o estudo da percepção de uma burocracia – o Ministério Público, especificamente os promotores e procuradores de justiça de Salvador/Ba – em relação à atuação discricionária das organizações policiais estaduais, que podem ser civil ou militar nos termos da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, art. 144).

A pertinência e, portanto, a justificativa dessa pesquisa se calca em uma série de constatações. A primeira delas de que a temática em voga - discricionariedade policial sob as lentes dos membros do Ministério Público – é pouco desenvolvida na literatura, embora o entendimento da discricionariedade da burocracia policial conte com estudos nacionais e, sobretudo, internacionais. O aprofundamento desse fenômeno também se justifica na medida em que se encarrega o Ministério Público do controle externo da atividade policial (BRASIL, CR/1988, art. 129, VII), razão pela qual lhe compete – ao menos para efeito de deflagração da ação penal e, usualmente, das ações de improbidade administrativa – a formação de juízo de valor sobre a (i) licitude desses comportamentos discricionais. Essa questão se torna ainda mais sensível quando se verifica que, na opinião dos próprios membros do Ministério Público, tal mister constitui umas de suas mais complexas atribuições, a ponto de avaliarem negativamente suas atuações nesse campo (Sadek, 2010; Lemgruber et al, 2016).

Note-se que o recorte na burocracia MP não torna esta uma pesquisa sobre controle externo ou comportamentos de promotores e procuradores na lide da fiscalização das corporações policiais.

A tal justificativa ainda se soma a crise de confiança existente na sociedade como um todo em relação às corporações policiais, situação que coloca ainda mais em xeque e em discussão as decisões discricionárias tomadas por essas burocracias, especialmente por agentes de “nível da rua”, os quais, não raro, atuam à margem da estrita legalidade. Estudo da Fundação Getúlio Vargas (2014) é ilustrativo da dimensão desse descrédito. De acordo com a pesquisa apenas 35% da população demonstrou ter confiança nas polícias (CUNHA et al, 2015). Semelhantemente, estudo realizado pelo Instituto Datafolha (2015) evidenciou que 60% da população do Estado de São Paulo tem mais medo do que confiança na Polícia Militar. O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2014, p. 06) publicou no seu oitavo anuário dados indicando a morte de 11.197 pessoas em decorrência de operações policiais

brasileiras entre os anos de 2009 a 2013, quantitativo equivalente à letalidade policial nos Estados Unidos ocorrida em 30 anos, de 1983 a 2012. Do mais novo anuário, por seu turno – 10ª Edição –, consta que 59% da população brasileira tem medo de ser vítima de violência da Polícia Militar, 53% têm igual receio em relação à Polícia Civil, sendo que 70% acredita haver exagero por parte dos policiais, como um todo, no uso da força (2016).

A Anistia Internacional (2015, p. 13/15; 72/76), e a “*Human Rights Watch*” (2009) também trouxeram em seus relatórios dados alarmantes sobre a questão no Brasil, o que se associa à advertência de Piovesan (2015, p. 421) de que tramitam na Corte Interamericana de Direitos Humanos, apenas contra o Estado Brasileiro, 38 (trinta e oito) casos onde “os peticionários denunciam o abuso e a violência policial [...] a insuficiência de resposta do Estado brasileiro, ou mesmo a inexistência de qualquer resposta, em face da falta de punição dos responsáveis pelas violações cometidas”.

Essa herança autoritária das corporações policiais brasileiras é objeto de análise de autores como Pinheiro (1991, p. 50), para quem “os aparelhos repressivos do Estado no Brasil estão impregnados do arbítrio, do terror e dos abusos das relações de poder”, e os governos de transição trataram as corporações policiais como se fossem “aparelhos neutros capazes de servir a democracia”, subestimando, assim, “o legado autoritário em suas práticas”. Igualmente, Adorno (1995, p. 38) ao enfatizar a violação diuturna dos direitos humanos não apenas por grupos da sociedade civil, mas também por parte dos agentes responsáveis pela preservação da ordem pública.

Trata-se de legado, aliás, não exclusivamente decorrente do período de exceção vivido no país. Pelo contrário, possui raízes muito mais antigas e profundas, germinadas na formação da sociedade brasileira e na perspectiva ou no discurso não declarado a respeito do verdadeiro papel que se reservou historicamente às organizações policiais - garantir a segurança do Estado e das classes dominantes (HALLOWAY, 1997; LEMGRUBER, MUSUMECI e CANO, 2003), e não de promover a segurança pública propriamente dita.

Portanto, convém repisar, é absolutamente esperado que sobre o debate da discricionariedade policial recaiam contundentes críticas e ressalvas. É nesse sentido, aliás, a seguinte reflexão de Goldstein (2003, p. 102): “[...] devido à extensão do abuso de autoridade da polícia no passado [e no presente, acrescenta-se], como pode alguém, responsabilmente, propor que sejam dados quaisquer poderes adicionais à polícia?”. Todavia, e por mais que se deseje tergiversar, a primazia da realidade sempre falará mais alto, e ela é categórica ao

evidenciar tal poder discricionário já é empregado, à exaustão, pela burocracia policial. São diversos os estudos científicos a apontarem nessa direção, conforme será exposto.

Destarte, a investigação parte do seguinte problema: “*qual a compreensão dos promotores e procuradores de justiça de Salvador/Ba sobre a (i)licitude das decisões discricionárias da burocracia policial à luz do ordenamento jurídico vigente?*”. O objetivo geral diz respeito à compreensão e discussão dos juízos valorativos de (i)licitude formados pelos membros do MP no que tocam as decisões discricionais da burocracia policial, marcadamente aquelas atentatórias à literalidade do comando normativo. Procurou, entretantes, captar se na opinião dos entrevistados o MP teria aptidão para melhor estruturar e regulamentar as decisões discricionais das corporações policiais e que providências costumam adotar nesse sentido.

A despeito da relevância do tema, sobremaneira no contexto de democracias recentes, raros são os estudos nacionais, em especial de cunho empírico, a tratar da questão. Em virtude disso, a investigação buscou dialogar com autores internacionais, clássicos dessa literatura de discricionariiedade policial. Dentre tais autores, cabem destacar Goldstein (1960), Davis (1969), Caplan (1971), Klockars (1985), Walker (1993) e Wilson (1978).

Mobilizando contribuições conceituais e tipológicas destes autores, a pesquisa buscou esclarecer se a burocracia pesquisada é refratária ou não a essa subjetividade policial e, conforme o caso, se suas impressões guardam maior ou menor proximidade com três modelos descritos por Klockars (1985).

O primeiro – da Máscara da Total Aplicação da Lei ou “*Mask of Full Enforcement*” –, embora reconheça a existência do sobredito poder discricionário, inclusive no âmbito da aplicação seletiva da lei, o agente público entende que nada deve ser feito a esse respeito, sob pena de, ao tornar pública essa realidade, trazer descrédito e ainda maiores dificuldades para a atuação da burocracia policial, dentre outros malefícios.

O segundo – de Regulamentação Pública ou “*Rulemaking*” – defende que essa discricionariiedade deva ser de regulamentada / estruturada, com a indicação pela corporação policial das políticas que deverão nortear a aplicação seletiva da lei. Sustenta, entretantes, que a formulação dessas políticas não prescinde da participação popular, requisito tido como de maior relevo para conferir-lhe contornos democráticos.

Por último, tem-se o Modelo Verdadeiramente Profissional – “*The True Professional Model*” –, que possui uma natureza híbrida. Reconhece a necessidade de regulamentação de

uma parte dessa discricionariedade – embora com amparo principal em estudos científicos e na experiência profissional dos policiais –, ao passo em que, por outro lado, defende que parcela significativa dessa política de aplicação seletiva da lei não venha a público, devendo ser tratada como reserva profissional, decorrente de uma necessidade técnica ou empírica da atividade de policiamento.

Por se tratar de um estudo sobre opiniões e percepções de uma burocracia, o método mais adequado para levar a cabo tal tarefa é um *survey* de natureza quantitativa com significância estatística. Para tanto, foram entrevistados 112 membros do MP. Cumprido ressaltar, na pesquisa quantitativa as questões de partida (problema) exigem que suas respectivas hipóteses identifiquem a intensidade ou direção de relações entre as variáveis investigadas. Entretanto, o estudo partiu de hipóteses alternativas de tipo não-direcional, pois não há estudos anteriores com esse recorte (discricionariedade sob a ótica do MP) que indiquem possíveis sentidos e direções de relações entre variáveis para o caso em análise (CRESWELL, 2010). A hipótese não direcional faz uma previsão de relação-associação entre variáveis sem especificar intensidade.

Assim, a **variável dependente**¹ é a concepção de promotores e procuradores em relação à (i)licitude da discricionariedade policial. As principais **variáveis independentes** foram estruturadas segundo o arcabouço teórico acima, especialmente àquelas atinentes aos modelos de Klockars, e estas podem ser assim consideradas por remeterem a aspectos ou fatos que existem sem a interferência direta e imediata da variável dependente. Por fim, foram utilizadas variáveis de controle, todas associadas ao perfil social e trajetória profissional.

A pesquisa buscou, então, testar as seguintes hipóteses alternativas não direcionais², precedida da hipótese nula³:

Hipótese Nula (H0): negam a juridicidade da discricionariedade policial, afirmando, portanto, sua ilicitude e incompatibilidade com estatutos de *full enforcement*.

Hipótese Alternativa 1 (H1): os entrevistados tendem a inadmitir, por incompatibilidade com estatutos de *full enforcement*, a licitude de uma discricionariedade policial que descambe para uma aplicação seletiva da lei, **embora reconheçam a necessidade de uma tal subjetividade em determinados contextos**;

Hipótese Alternativa 2 (H2): ao reconhecerem, ainda que excepcionalmente, a

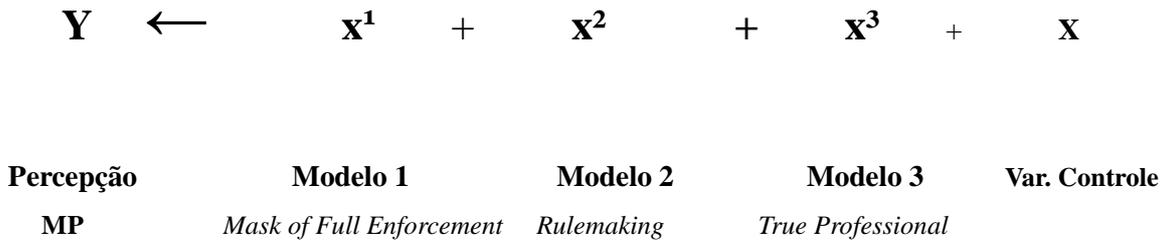
¹ Variável dependente: também denominada variável fenômeno, efeito.

² Hipótese Alternativa/ (H1) não-direcional – faz-se uma previsão sem especificação da direção da relação;

³ Hipótese nula (H0) – faz-se a previsão de não existência ou insignificância entre duas ou mais variáveis.

possibilidade de aplicação seletiva da lei pela burocracia policial, os entrevistados se inclinaram em favor do modelo da máscara de aplicação total (Klockars, 1985).

O esquema analítico proposto por essa pesquisa pode ser resumido na **Figura 01**:



Fonte: Elaborado pelo autor

Do ponto de vista da estrutura textual do trabalho, a dissertação inicia com considerações mais genéricas a respeito do que se entende por “burocracia” e a evolução detectada deste conceito (capítulo 2). Tomou-se como ponto de partida o entendimento Weberiano, discorrendo sobre as contribuições prestadas pelos teóricos dos modelos “*top-down*” (cima para baixo) e “*bottom-up*” (baixo para cima) na compreensão do papel dos burocratas em processos de implementação de políticas públicas. Destacam-se os espaços de discricionariedade franqueados ou reconhecidos aos burocratas em cada uma dessas vertentes, e, em seguida, o significado e o conteúdo da “*street level bureaucracy*”, ou burocracia do nível da rua, cujo exemplo clássico é, justamente, o das corporações policiais, e que tem como elemento marcante o largo espectro de subjetividade reservados nas mãos dos seus agentes.

Com o fito de melhor compreender a burocracia ora pesquisada (MP), passou-se a formular apontamentos sobre a origem de órgãos cujas competências se assemelham às do Ministério Público e o seu atual perfil constitucional em território brasileiro. Com referências a raízes remotas que datariam de mais de mais de 4000 (quatro mil) anos no Egito, bem como a antecessores mais recentes (e menos controversos), como os Procuradores do Rei, criados em 1302 por Felipe IV na França, avançou-se pela criação, evolução e consolidação do MP como um ente que, pouco a pouco, foi se transfigurando de procurador do monarca para procurador de toda a sociedade. Na CR/88, enfatizou-se sua posição de destaque, sob o rótulo de função essencial à justiça, bem como as garantias outorgadas tanto à instituição quanto aos seus membros, tudo com vista a garantir-lhe significativa margem de independência perante os demais poderes do Estado. Sublinhou-se, entretanto, o papel de *ombudsman* e de agência

de *accountability* horizontal que lhe foi reservado, e de como o próprio controle externo da atividade policial já se insere nesse plexo de atribuições.

Em alusão a atividade do MP de fiscal externo da burocracia policial, deteve-se o presente trabalho no estabelecimento dos parâmetros de amplitude desse mister, bem como das modalidades que lhe são próprias e do amparo normativo que lhe oferece supedâneo. Pertinente a este último elemento, foram observadas considerações que perpassaram desde a CR/88 até atos normativos internos do MPBA. Quanto à abrangência, debruçou-se sobre seus aspectos objetivos (atividade-meio X atividade-fim) e subjetivos (quais polícias são atingidas?). Finalmente, descreveram-se algumas das principais modalidades (difuso x concentrado / ordinário x extraordinário / preventiva x repressiva), tudo isso com o objetivo de oferecer um arcabouço acerca da atuação ministerial.

Noutro eito, e ainda como conteúdo do capítulo 2, também se incumbiu de examinar a discricionariedade como categoria, e, mais particularmente, a discricionariedade policial e a do membro do MP, trazendo, em acréscimo, considerações sobre o conceito de apreciatividade, recém forjado na literatura especializada do campo. Destarte, encetou com o desenvolvimento teórico da discricionariedade no seu sentido técnico-jurídico, demonstrando como a sua amplitude – ou os seus contornos de licitude – sempre estiveram em alguma medida vinculados à compreensão que se teve do princípio da legalidade. Evidenciou, outrossim, como, no seio de um Estado Democrático de Direito, os teóricos do poder discricionário o aprisionam não somente aos limites previstos em lei, mas também àqueloutros decorrentes dos valores consagrados pela Constituição.

A respeito da discricionariedade policial, trouxe-se a lume particularidades de como esse comportamento subjetivo é tratado pela literatura, enfatizando o caráter muito mais flexível com que são delineadas as fronteiras de licitude desses comportamentos, não raro admitindo-se a viabilidade de decisões *contra legem*, mormente em ordenamentos que se encontrem sob a égide de estatutos de *full enforcement* (aplicação total). Exemplo de ordenamento jurídico dessa natureza é o brasileiro, que é expresso ao consignar que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes **deverão** prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (BRASIL, 1941. art.: 301 – grifo e destaque nosso)”. Além disso, estabelece punições quer no âmbito criminal, quer na seara da improbidade administrativa para aquele que retarda ou deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício, como será esmiuçado adiante.

Em seguida, dissertou-se sobre os modelos descritos por Klockars (1985) como manifestações da discricionariedade (Modelo da Máscara de Total Aplicação da Lei / Modelo da Regulamentação Pública / Modelo Verdaderamente Profissional), assim também a respeito do que se denominou por “apreciatividade”, tida como uma subjetividade pública mais elástica e menos rigorosa, além de pretensamente mais adequada para estabelecer parâmetros de licitude no atuar de determinadas burocracias, exemplificativamente as policiais.

O capítulo 2 se encerra cuidando da discricionariedade dos membros do MP sobre os padrões de licitude da atuação discricional das burocracias policiais. Nesse tópico é discutida a percepção de que se, de um lado, a ambiguidade e, ou, indeterminação da norma já podem conduzir promotores e procuradores a defenderem a ilicitude da certa decisão levada a cabo pelo policial, de outro esse quadro se agrava – e muito – quando a decisão em comento descamba para uma aplicação seletiva da própria lei, isto é, no comportamento deliberado de não cumprir o mandamento legal malgrado presentes os seus requisitos ensejadores e possível o seu atendimento (Klockars, 1985, p. 96).

As repercussões desse quadro em um contexto propulsor de insegurança jurídica também são analisadas, quer sob o prisma do policial – que se não cumpre integralmente um estatuto *full enforcement* não raro se verá à mercê do juízo de (i)licitude do membro do Ministério Público, que atua no alto da sua independência funcional – quer sob a ótica do sistema de justiça como um todo, que acaba tendo na atuação policial a sua principal porta de entrada. Nesse sentido Goldstein (1960, p.01) ao assinalar que as decisões discricionais da burocracia policial frequentemente delimitam não apenas a subjetividade dos demais atores do sistema de justiça como também a própria pauta ou matéria que é recebida pelo sobredito sistema.

Para efeito de enriquecimento da discussão são também ventiladas considerações alusivas ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (de monopólio do MP), da titularidade por excelência do MP para o ajuizamento de ações de improbidade administrativa, bem como da sua prerrogativa de “expedir recomendações, visando a melhoria dos serviços públicos e de relevância pública” (LC 75/1993, art. 6º, XX – BRASIL, 1993), e de “representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder” (LC 75/1993, art. 9º, III – *idem*), mecanismos que poderiam, em tese, ser utilizados numa estruturação adequada do poder discricionário policial.

No capítulo 3 constam as análises empíricas da pesquisa, propriamente dos dados e achados mais relevantes, além de levantamento de um perfil social e profissional dos respondentes. Esta seção do trabalho contempla, inclusive, uma discussão mais detalhada sobre a metodologia empregada, que contou com a aplicação de um *survey* de administração indireta⁴, junto a 112 membros⁵ do MPBA com atuação em Salvador/Ba (87 promotores e 25 procuradores), escolhidos inicialmente de forma aleatória simples e, subsidiariamente, através de recurso aleatório sistemático, num intervalo de pesquisa de campo com duração de 08/05/2017 a 21/07/2017.

Por fim, ficou reservada a exposição das considerações finais da investigação, oportunidade em que se buscou responder objetivamente à questão de partida do estudo, bem como retomar as hipóteses formuladas, ponderando-se, outrossim, acerca do atingimento dos objetivos propostos.

⁴ Caracterizado pelo fato de o pesquisador registrar, em tempo real, a resposta sinalizada pelo entrevistado.

⁵ Amostra calculada por profissional estatístico numa população de 260 membros.

2. BUROCRACIA, DISCRICIONARIDADE, MINISTÉRIO PÚBLICO E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

O presente capítulo discute teoricamente a temática da pesquisa em voga, que versa, como já pontuado, sobre percepções de uma burocracia (MP) sobre as decisões discricionais de outras (PC e PM) cujo controle externo lhe compete. Abarca, assim, uma revisão da literatura de textos clássicos nacionais e internacionais, e um levantamento da legislação aplicável à espécie, objetivando delimitar as concepções alusivas à burocracia, ao atual perfil constitucional do Ministério Público e seu mister fiscalizatório da atividade policial, à amplitude e aos limites do que se entende por discricionariedade, e às peculiaridades desse poder discricionário no âmbito das polícias e do próprio MP.

2.1 A EVOLUÇÃO DA COMPREENSÃO DA BUROCRACIA E A *STREET LEVEL BUREAUCRACY*

Inicia-se aqui pelo entendimento do conceito de burocracia, mediante o estabelecimento de balizas sobre tal categoria teórica, destacando os chamados implementadores de políticas públicas e a margem de discricionariedade com que exercem suas respectivas funções.

A burocracia, em poucas palavras, pode ser definida como o “*aparato de Estado*” encarregado, sobretudo, da implementação de políticas públicas (HAM; HIL, 1995, p. 71). A delimitação do seu papel varia de acordo com as diferentes teorias a respeito do próprio Estado (*e.g.* pluralista, elitista, marxista ou corporativista), chegando ao ponto de ser possível afirmar o seguinte: “*o debate sobre a natureza do Estado é um debate sobre a natureza da burocracia*” (HAM; HIL, 1995, p. 71).

Sem adentrar no mérito dessas teorias, pois não se constitui objetivo dessa investigação, constata-se que o declínio da ideologia marxista, a qual concebia nas atividades do Estado – e, portanto, da sua burocracia – uma racionalidade de acumulação de capital burguês e de preservação de seus interesses, emergiram pontos de vista absolutamente distintos, pautados na importância do mencionado aparato burocrático para uma sociedade cada dia mais industrializada e complexa. Exponente mais notável desse movimento foi o sociólogo Max Weber.

No bojo da sua obra “*The Theory Of Social and Economic Organization*”, Weber cunhou o conceito de “*herrschaft*”, traduzido como “*imperative control*” (1947, p. 152; 429) ou como “dominação”, segundo Aron (1991). A dominação consiste na “*probabilidade de que um comando com um determinado conteúdo específico venha a ser obedecido por um determinado grupo de pessoas*” (WEBER, 1947, p. 152 – tradução nossa). Segundo Weber, para se alcançar uma efetiva dominação sobre um significativo número de indivíduos é necessária, como regra, a existência de um grupo (“*staff*”) marcado pelo signo da lealdade e do qual se espere fiel obediência à política geral e aos comandos específicos delineados pelas autoridades superiores. Contudo, essa obediência não se sustenta se pautada tão somente em razões de natureza afetiva, material ou mesmo de ideal de solidariedade. Ao revés, enfatiza a importância, nesse conjunto, de um elemento adicional consistente na crença por esses sujeitos na *legitimidade* do sistema de autoridade imposto. (Ibid, p. 324).

Após discorrer sobre a denominada “*legitimidade carismática*” – alicerçada sob um discurso de santidade e, ou, exemplos de heroísmo e de caráter –, e acerca da “*legitimidade tradicional*” – fincada em tradições imemoriais –, Weber se deteve em descrever o conceito de “*legitimidade racional*”, considerada superior às demais, até porque pautada numa crença na legalidade, onde a obediência deriva de uma ordem impessoal normativamente estabelecida (Ibid, p. 429). Outrossim, é justamente no contexto de um tal sistema de autoridade, formatado sobre uma racionalidade legal, que não se prescinde de um corpo burocrático atuante de acordo e nos limites das regras estabelecidas (Ibid, 1947, p. 332-336). Portanto, o burocrata seria “*um fiel executor de serviços sem paixões ou julgamentos*” (Lotta, 2010, p. 34), devendo inexistir, sob esse prisma, qualquer possibilidade de reconhecimento de um campo de discricionariedade na sua atividade.

Trata-se, sem sombra de dúvidas, de uma perspectiva intimamente associada com a racionalidade implícita no modelo “*top-down*” de estudos de implementação de política pública, pautada em um formato tradicional que tem ênfase, de um lado, na separação entre a implementação e os elementos estruturantes da política (*policy*), e, de outro, no protagonismo de um sistema de coordenação fincado nos ideais de hierarquia e autoridade. Noutras palavras, enquanto a política (*policy*) é elaborada no nível estratégico (topo), o processo de implementação deve ter espaço entre os agentes de piso, sempre em consonância com os objetivos traçados pelos *policy makers*. Possui, assim, um destacado viés prescritivo, que tem como pedra angular justamente a indicação de como a política pública e seu processo de

implementação devem ocorrer (BARRETT, 2004).

Estudos da década de 70 e 80, nos Estados Unidos, constataram que tal modelo de análise apresentava lacunas porque ao se voltar, com exclusividade, a um imperativo de prescrição deixava de lado a análise de como a política, efetivamente, era executada pelo corpo burocrático do Estado. Destarte, acabava negligenciando qualquer potencial descritivo e explicativo do processo, contexto este que culminou na emersão do modelo *bottom-up* de análise da implementação de políticas.

Para os “*bottom-upers*”, o modelo combatido possuía, em essência, as seguintes fragilidades: a) ênfase nos formuladores da política em detrimento dos demais atores; b) dificuldade de explicar os casos onde a política é conduzida por uma multiplicidade de diretivas e de atores governamentais, sem que nenhum deles goze de proeminência; c) subestimação das estratégias utilizadas pelos burocratas do nível da rua quer no sentido de darem execução à política, quer na direção de desviá-la em seu próprio favor; d) equívoco na separação estrita entre as fases de formulação e implementação das políticas, sendo preferível falar-se em evolução das políticas. (SABATIER, 1986).

Ambas as abordagens (*bottom-up* e *top-down*), por conseguinte, não passam de diferentes pontos de vista a respeito de um mesmo objeto de estudo: o processo de implementação das políticas públicas. Sobre a dicotomia identificada entre esses dois modelos, Susan M. Barrett discorre (2004, p. 255):

As abordagens de cima para baixo podem ser consideradas essencialmente prescritivas – aquilo que deveria acontecer –, mas foram vistas pelos críticos como não fornecendo uma descrição ou compreensão adequada sobre a complexidade das interações que ocorrem nos processos de implementação. As abordagens inferiores tendem a se concentrar na compreensão e na explicação, na medida em que não é possível prescrever sem compreender. (tradução nossa).

Embora o aprofundamento dessa reflexão não seja essencial ao objeto da presente pesquisa, impõe-se assumir que o modelo “*bottom up*” – distintamente do “*top-down*” – abre significativo flanco para o reconhecimento da atuação discricionária da burocracia estatal. Isto porque compreende o processo de implementação como estágio capaz de alterar e adaptar a política prévia, dada a existência de dinâmicas de interação e negociação entre, de um lado, os seus formuladores e, de outro, os seus atores implementadores e beneficiários (Majone e Wildavsky, apud LAZIN, 1994). Por conseguinte, há possibilidade de interferência de fatores diversos durante a implementação, especialmente para as pressões ambientais e os

compromissos ideológicos existentes (BARRET; FUDGE apud LAZIN, 1994, p. 08-09). Nessa perspectiva, os “*bottom-upers*” enfatizam o que “*é possível dentro de um ambiente particular de implementação [...], considerando os atores, os interesses, os poderes de barganha e os conflitos de valores envolvidos*” (LOTTA, 2010, p. 33).

Em realidade, um olhar aproximado sobre o fenômeno tem revelado a prevalência de uma interação intrínseca entre a política (*policy*) e a burocracia, bastante superior àquela concebida durante um significativo período de tempo. Isso porque estudos indicaram que a atuação dos burocratas de há muito extrapolou as fronteiras da implementação das políticas para alcançar relevo também no seu processo de (re) formulação, sobretudo com o fornecimento de conhecimento técnico a respeito das temáticas enfrentadas, incorrendo no fenômeno da “*burocratização da política*” (Lotta, 2010, p. 35), ideia proposta por Aberbach (et al, 1981).

Em pesquisa empírica realizada em diversos países, Aberbach e colegas observaram um progressivo hibridismo entre a política e a burocracia, a ponto de afirmarem “que as teorias clássicas que excluía os burocratas de qualquer papel na formulação de políticas já não se encaixam na realidade” (Ibid, p. 239 – tradução nossa). Tal fenômeno ainda se soma à ideia de “*politização da burocracia*”, evidenciada em decisões tomadas pelos burocratas à margem do conhecimento técnico e pautadas na busca por consensos e articulações que atendam aos interesses daquela categoria.

Delineado nesses termos, o conceito de burocracia e o papel por ela exercido enquanto aparato de Estado, bem como o campo de atuação discricionária a esta atribuído com o passar dos anos, impõe-se, doravante, cuidar de uma modalidade especial desse corpo – a *street level bureaucracy* ou burocracia do nível da rua. Tal expressão cunhada por Lipsky (2010) se refere a parcela significativa do aparato burocrático do Estado que, até mesmo pela natureza da atividade exercida, estabelece uma interação mais direta e intensa com os cidadãos, gozando, em razão disso, de um elevado grau de discricionarietà.

De acordo com Brown (1988, p. 29), existem três espécies de tomadores de decisão na Administração Pública: as elites administrativas, os diretores e supervisores, e, por fim, os burocratas do nível da rua. Em relação a esses últimos, afirma que recai sobre eles a missão de enfrentar um ambiente de incertezas, o qual, não raro, se contrapõe às diretrizes e objetivos previstos na implementação da política ou do programa em execução. São, ainda, marcados pelo signo da dualidade, na medida em que medeiam a organização de onde se originam e o

ambiente, uma posição com amplos poderes de discricionariedade, mormente pelo contato direto estabelecido com o público.

Lipsky indica ser a organização policial um exemplo clássico dessa burocracia, dentre outras, assinalando que “a forma como esses burocratas aplicam benefícios e sanções [de suas organizações] estrutura e delimita a vida e a oportunidade das pessoas” (tradução nossa - 2010, p. 3-4). Isso é tão significativo a ponto de o citado pesquisador afirmar serem as decisões e rotinas estabelecidas por esses burocratas, para lidar com as pressões e incertezas do seu ambiente de trabalho, transformadas, em alguma medida, na própria política pública por eles implementada.

Ao discorrerem sobre o tema, Hupe (et al, 2015, p. 16) apresentam três características próprias, advertindo possibilidades de se manifestarem em diferentes graus a depender da realidade empírica analisada: i) burocratas do nível da rua trabalham em contato direto com cidadãos individualmente considerados, como consumidores, alunos, pacientes, motoristas etc; ii) o trabalho por eles exercido é sempre no âmbito da prestação de um serviço público, ainda que eventualmente por intermédio de uma organização particular; e iii) exercem tarefas específicas para as quais, em regra, foram capacitados. Em razão disso, defendem Hupe (et al, 2015. p. 16), os indigitados possuem uma discricionariedade imanente, atuam como co-formuladores de políticas públicas e são detentores de uma certa *expertise* no desenvolvimento das suas atividades.

De acordo com Lipsky (Ibid, p. 161), a discricionariedade desses profissionais também se justifica na medida em que os serviços por eles prestados demandam um julgamento humano o qual não pode ser objeto de programação. Afinal, conforme pontuam Portillo e Rudes (2014, p. 323), “é em campo que um policial julga determinada ação como um crime”, como também é “na sala de aula, frequentemente como o único adulto, que o professor passa planos de aula e prepara seus alunos para avaliações” (2014, p. 323, tradução nossa).

Este cenário, como se vê, ganha contornos dramáticos no caso das corporações policiais. Afinal, o aludido julgamento humano, tal qual, pode eventualmente se manifestar através do poder de decidir sobre a prisão ou a liberdade de determinada pessoa. De forma menos grave, porém igualmente relevante, também perpassa sobre uma série de outras tomadas de decisão, todas elas típicas do exercício da atividade policial, e que, em algum grau, interferem na esfera de liberdade e bem estar dos cidadãos. É o que se examinará em tópico distinto, quando, após delimitado o conceito de discricionariedade e traçados alguns

apontamentos sobre o papel do Ministério Público no controle externo da atividade policial, cuidar-se-á do enfrentamento teórico dessa subjetividade no âmbito da burocracia policial e do próprio Ministério Público.

2.2. O MINISTÉRIO PÚBLICO, SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E INCUMBÊNCIA CONSTITUCIONAL DE EXERCER O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

Ao Ministério Público a Constituição Federal atribuiu a função/dever de fiscal externo da atividade policial. É o que se deflui do art. 129, inciso VII, da referida Carta Republicana (BRASIL, 1988). Essa constatação, por si só, no entanto, não é bastante para o entendimento da amplitude e do significado de sua missão. Impõe-se, antes disso, o registro de algumas considerações sobre a evolução histórica da burocracia, as alterações sofridas no seu perfil constitucional e, finalmente, a respeito da regulamentação atualmente existente ao redor da matéria.

2.2.1 Apontamentos sobre a origem do Ministério Público e o seu atual perfil constitucional

A origem do Ministério Público está longe de ser um assunto pacífico na literatura especializada. Com base nas pesquisas de Berto Valori, Roberto Lyra (2001, p. 17) reconhece no Egito, há mais de 4.000 anos, o nascedouro mundial do Ministério Público. O *magiaí*, funcionário real do Egito, seria este ator histórico. Sobre ele, e nos seguintes termos, discorreu Lyra ao citar Valori (ibid, p. 17):

Assim, reproduz Valori os deveres do Ministério Público há 4.000 anos, no Egito: i) é a língua e os olhos do rei do país; ii) castiga os rebeldes, reprime os violentos, protege os cidadãos pacíficos; iii) acolhe os pedidos de homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso; iv) é o marido da viúva e o pai do órfão; v) faz ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso; vi) toma parte nas instruções para descobrir a verdade.

Ainda no contexto dessas raízes remotas, há quem vislumbre antecedentes históricos do Ministério Público nos éforos de Esparta, nos “*themostetis*” gregos, ou mesmo nas figuras romanas dos “*pretores fiscalis*”, “*advocati fisci*”, “*defensor civitatis*”, censores,

“*procuratores caesaris*”, dentre outros. Semelhantemente, e já na Idade Média, são apontados os “*saions*” germânicos, o “*gastaldi*” no direito longobardo, os “*bailios*” e “*senescals*”. (MAZZILLI, 2013, p. 37-38; GARCIA, 2017, p. 69-70).

Todavia, é forçoso reconhecer que a origem mais mencionada do Ministério Público remonta à figura dos “*procuradores do rei*”, criados pelo monarca Felipe IV através da Ordenança Francesa de 25 de março de 1302, e que funcionavam como agentes do poder real perante as cortes de justiça, com atuação independente em relação aos magistrados. Referida ordenança, além de estender-lhes o juramento até então exigido dos magistrados, proibiu-lhes o patrocínio de qualquer outro interesse que não o do rei. (MAZZILLI, 2013; GARCIA, 2017; MARTINS JÚNIOR, 2015).

A evolução de um órgão correspondente ao Ministério Público atual, inclusive na França, se deu de forma bastante lenta. Apenas com a *Ordonance Criminelle* de 1670, editada por Luis XIV, que os procuradores do rei – para além de defenderem os interesses privados do monarca – passaram a exercer a função de acusadores oficiais, adquirindo maior autonomia de atuação. Outrossim, somente no ano de 1790 um decreto lhes conferiu a garantia da vitaliciedade, e outro partilhou suas atribuições entre duas espécies de agentes: a) o comissário do rei, nomeado pelo monarca e inamovível, com a função de velar pela aplicação da lei e pela execução dos julgados; e b) o acusador público, eleito pelo povo e encarregado da sustentação das acusações nos tribunais (MAZZILLI, 2013; GARCIA, 2017).

A Revolução Francesa foi outro momento histórico importantíssimo para a consolidação do Ministério Público. Como legado, já em 1790, decorre a conquista por essa burocracia das garantias da inamovibilidade e da independência – ainda efêmera – em relação ao Poder Executivo, características que, pouco a pouco, foram transmutando a sua identidade, fazendo dos integrantes dessa corporação procuradores e defensores da sociedade e não mais do monarca (GARCIA, 2017). A partir daí, o Ministério Público foi, paulatinamente, se estabelecendo com as características assumidas nos dias de hoje, em que pese as particularidades de cada Estado soberano.

Em território brasileiro, poder-se-ia discorrer sobre a evolução do Ministério Público desde o período colonial até a atualidade. Entretanto, essa tarefa escaparia às pretensões e interesses da pesquisa. A despeito disso, não se prescinde de um delineamento do seu atual perfil constitucional.

A Constituição Federal de 1988 (CR/88) cuidou do Ministério Público no Capítulo IV

- “*Das Funções Essenciais à Justiça*” - do Título IV - “*Das Organizações dos Poderes*”. Referido título contém, no seu corpo, capítulos distintos para cada um dos poderes do Estado: a) “*Capítulo I – Do Poder Legislativo*”; b) “*Capítulo II – Do Poder Executivo*”; e c) “*Capítulo III – Do Poder Judiciário*”. Daí se infere que, explicitamente, o Ministério Público não foi tratado no bojo de qualquer dos poderes do Estado (BRASIL, 1988).

A referida Carta conferiu aos membros da aludida burocracia garantias como a da vitaliciedade e a da inamovibilidade (art. 128, § 5º, I, “a” e “b”), vedando-lhes a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Esse arcabouço, associado, de um lado, às autonomias funcional, administrativa e financeira concedidas à instituição (art. 127, § 2º), e, de outro, à independência funcional de seus membros (art. 127, § 1º), a dissociou, em boa medida, dos demais poderes do Estado. Outrossim, como instrumento de fortalecimento e proteção da independência e da autonomia de tal burocracia, a Constituição tipificou como crime de responsabilidade a conduta do Presidente da República que atente contra o livre exercício do Ministério Público (art. 85, II). (BRASIL, 1988).

Dentre as funções outorgadas ao MP, destacam-se a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*), a promoção privativa da ação penal pública (art. 129, I), o zelo pelo efetivo respeito dos poderes públicos aos direitos assegurados na Constituição (art. 129, II), a proteção do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos (art.129, III), além do exercício do controle externo da atividade policial (art. 129, VII) (BRASIL, 1988). Estas competências merecem ênfase na medida em que fundamentam, em nível constitucional, a atuação dos membros do Ministério Público no manejo de ações de improbidade administrativa e mesmo de ações penais, sobretudo em casos onde os supostos infratores da lei integrem alguma corporação policial, cujo controle externo, como visto, lhe é próprio.

De forma mais ampla, contudo, pode-se afirmar que na CR/88 o Ministério Público possui *status* de agência da *accountability* horizontal⁶ do Estado Brasileiro, tendo-lhe sido conferido instrumentos para tutelar aquelas esferas que, segundo O'Donnell (1998), seriam as 03 (três) principais atingidas pela atuação ilícita de outros agentes ou agências do Estado⁷: a

⁶ A *accountability* horizontal, conforme O'Donnell pode ser compreendida pela “existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o impeachment contra ações ou emissões de outros agentes ou agência do Estado que possam ser qualificadas como delituosas” (1998, p. 40).

⁷ Embora o Ministério Público não possa diretamente impor qualquer sanção ao integrante da burocracia policial ou das burocracias do Estado como um todo, certo é que pode fazê-lo indiretamente ao provocar, pelas vias cível

democracia, as liberdades e o republicanismo⁸. Assim, o Ministério Público foi qualificado como *ombudsman*⁹ da sociedade, cuja existência associa-se a uma garantia de que as atividades do Estado, sobretudo as relativas aos direitos fundamentais, possam ser objeto de efetiva fiscalização (ÁVILA, 2016b, p. 236-237).

Isso se justifica porque os mecanismos de *accountability* vertical - que “*trata da relação entre o Estado e a sociedade, no qual o controle ocorre através de eleições limpas, regulares e balizadas no princípio da regra da maioria*” (ARANHA, 2015, p. 65) – se mostram, isoladamente, ineficientes. Não é outra a conclusão de Susan Rose-Ackerman (1999, p. 143) ao afirmar que “*as eleições podem restringir os políticos, mas, como vimos, são uma ferramenta imperfeita*” (tradução nossa). Outra faceta da *accountability* vertical seria a do controle societal, “em que grupos mobilizam o sistema legal para suas demandas em relação à prevenção, reparação ou punição de ilegalidades” (CUBAS, 2010, p. 79). Manifesta-se pela fiscalização externa exercida por atores não estatais como, *e.g.*, a imprensa e os movimentos sociais (KENNEY, 2003).

Este é, portanto, o perfil constitucional do Ministério Público e dele provém a sua legitimidade para o exercício da fiscalização externa da atividade policial. Em verdade, seu poder-dever, segundo salienta Checker (2013), constitui uma subespécie do controle que essa burocracia já realiza sobre os atos da Administração Pública como um todo, também decorrendo da natureza difusa – e sindicável pelo Ministério Público – do direito a um policiamento em conformidade aos deveres de moralidade, eficiência, transparência e legalidade.

e criminal, o Poder Judiciário, circunstância que não desnatura sua natureza de agência de *accountability*, conforme explicitado por Scott Mainwaring (2003, p. 13) em expressa referência ao Ministério Público brasileiro.

⁸ Também pelo reconhecimento do Ministério Público como mecanismo de *accountability* horizontal, Sadek e Cavalcanti (2003, p. 206) afirmam: “em outras palavras, esses novos poderes institucionais [trazidos pela Constituição Federal de 1988] transformam o Ministério Público em um mecanismo que Guillermo O'Donnell chama de *accountability* horizontal” (tradução nossa).

⁹ Segundo Checker (2013, p. 51), com antecedentes históricos em Atenas (os Euthynoi), Esparta (os Efloren), China (Yan), Império Persa (O Olho do Rei), Veneza (O Conselho dos Dez), Direito Romano (Defensor Civitatis), Turquia (Supremo Representante do Rei) e Rússia (O Olho do Rei), ao *Ombudsman* “pode-se apontar, em síntese, as funções [...] de vigiar os atos dos funcionários da administração, garantir o respeito às leis e receber reclamações populares contra injustiça”.

2.2.2 O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público: amparo normativo, amplitude e modalidades.

Não é fato novo que o controle externo da atividade policial constitui uma das mais “espinhosas” incumbências outorgadas ao Ministério Público. Pesquisas realizadas em 1997 e 2016 (Sadek, 2010; Lemgruber et al, 2016), evidenciam a avaliação negativa dos próprios membros do MP em relação à sua atuação nesse campo.

No universo da discricionariedade policial, a pertinência de investigar as percepções dos membros do MP a esse respeito decorre, justamente, do fato de que lhes compete o exercício da atividade fiscalizatória externa de tal burocracia, cujos quadros trabalham, preponderantemente, no nível da rua. É o que dispõe o art. 129, inciso VII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Portanto, sobre os agentes, denominados de Órgãos Ministeriais, recai a responsabilidade de realizar o juízo de (i) licitude das decisões tomadas, diuturnamente, pelos profissionais policiais, ao menos para efeito de deflagração, ou não, de ações penais e, ou, de improbidade administrativa contra os indigitados.

A apreensão do significado e da amplitude desse controle externo, todavia, exige algum cuidado. Do ponto de vista normativo, a pedra angular de seu exercício, como assinalado, encontra fundamento nas previsões do art. 129, incisos VII e VIII da Constituição Federal. Para além de atribuírem expressamente ao Ministério Público “o controle externo da atividade policial, na forma de lei complementar”, estes dispositivos também lhe conferem a prerrogativa de “requerir diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial” (BRASIL, 1988). Em idêntica senda, a Constituição do Estado da Bahia, a teor do seu art. 138, inciso VIII (BAHIA, 1989).

A lei complementar indicada pela CR/88 corresponde àquela mencionada no seu art. 128, § 5º (BRASIL, 1988), cujo objeto é “a organização, as atribuições e o Estatuto de cada Ministério Público”. No caso do Estado da Bahia, trata-se da Lei Complementar Estadual de nº 11, do dia 18 de janeiro de 1996. Este diploma normativo, no seu art. 72, estabelece, dentre outras, as seguintes funções institucionais do Ministério Público:

Art. 72 – São funções institucionais do Ministério Público, nos termos da legislação aplicável:

[...]

XIV – exercer a fiscalização de cadeias públicas, dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, crianças e adolescentes, incapazes ou pessoas portadoras de deficiência;

XV – verificar, nos cartórios ou repartições em que funcione, o andamento dos

processos, inquéritos ou serviços, usando das medidas necessárias à apuração da responsabilidade de titulares de cargos, serventuários ou funcionários;

XVI – exercer o controle externo da atividade policial por meio de medidas administrativas e judiciais, podendo, dentre outras:

- a) ter ingresso em estabelecimentos policiais, civis ou militares, ou prisionais;
- b) representar à autoridade competente para adoção de providências para sanar a omissão ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;
- c) ter livre acesso a quaisquer documentos relativos à atividade de polícia judiciária;
- d) requisitar à autoridade competente a abertura de inquérito sobre omissão ou fato ilícito ocorridos no exercício da atividade policial;
- e) receber, imediatamente, comunicação da prisão de qualquer pessoa por parte da autoridade policial, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão;
- f) requisitar à autoridade competente a abertura de inquérito para apuração de fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;
- g) requisitar o auxílio de força policial. (BAHIA, 1996).

A Lei Federal n. 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público –, malgrado não tenha discorrido sobre a matéria, preconizou que “aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União” (BRASIL, 1993), a saber, a Lei Complementar Federal de nº 75/1993. De forma semelhante aos diplomas anteriores, este último não regula amiúde o processamento do controle externo da atividade policial. Pelo contrário, se limita a apontar suas diretrizes¹⁰ e a conferir algumas prerrogativas aos membros do Ministério Público, tidas como modestas “se considerarmos a ampla gama de poderes atribuído ao Órgão do Ministério Público, em outros trechos da lei” (ROLIM *apud* GUIMARÃES, 2012, p. 93).

Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:

- I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;
- II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;
- III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;
- IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;
- V - promover a ação penal por abuso de poder.

Art. 10. A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão.

¹⁰ Art. 3º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista: a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei; b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público; c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder; d) a indisponibilidade da persecução penal; e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.

Diante da evidente escassez de normas a disciplinar a atividade fiscalizatória em comento, os Ministérios Públicos editaram atos normativos próprios, a teor, no caso da Bahia, do Ato Normativo de n. 002/2006 – que “disciplina a atuação do Ministério Público do Estado da Bahia no controle externo da atividade policial” (BAHIA, 2006a) – e da Resolução de n. 004/2006 (BAHIA, 2006b), responsável pela criação do GACEP – Grupo de Atuação Especial para o Controle Externo da Atividade Policial.

De forma a unificar o tratamento dado à matéria, o Conselho Nacional do Ministério Público, com amparo no seu poder regulamentar assegurado pela Constituição Federal (BRASIL, 1988, art. 130-A, § 2º, I), editou a Resolução de nº 20/2007 (BRASIL, 2007), que trouxe maiores detalhamentos sobre o tema e praticamente encerrou – juntamente com as demais previsões acima indicadas e aquelas de cada MP em particular – o arcabouço normativo a regular em território brasileiro o controle externo da atividade policial.

Esse controle externo pode ser compreendido sob algumas vertentes. A primeira delas divide-o em 02 (duas) modalidades: o *difuso* e o *concentrado*. Por controle “difuso” entende-se aquele exercido por todos os membros do Ministério Público com atribuição criminal à vista dos procedimentos que lhes são distribuídos, em regra, inquéritos policiais, segundo reza o art. 3º, inciso I, da Resolução n. 20/2007 do CNMP (BRASIL, 2007). Já o controle concentrado é aquele praticado por membros com atribuição específica para essa fiscalização externa da atividade policial (BRASIL, 2007, art. 3º, inciso II). No âmbito do MPBA, tal controle é de incumbência, sobretudo, do GACEP – Grupo de Atuação Especial para o Controle Externo da Atividade Policial, criado pela Resolução de nº 004/2006 (BAHIA, 2006b), sem prejuízo da atuação de outros membros, especialmente no interior do Estado, que detêm essa atribuição específica.

Uma segunda classificação divide o controle externo da atividade policial em ordinário e extraordinário. Por “ordinário” deve-se compreender o controle praticado por intermédio das atividades corriqueiramente empregadas pelos membros do Ministério Público, “seja através dos controles realizados na verificação do trâmite dos inquéritos policiais, e conseqüente cumprimento de diligências requisitadas, seja através de visitas periódicas (ao menos mensais) às Delegacias de Polícia” (GUIMARÃES, 2012, p. 81). Já o controle “extraordinário” é aquele empregado com uma finalidade específica e que, não raro, decorre da constatação de irregularidades em inspeções ordinárias (FREITAS, 2013).

Outra questão relevante diz respeito à abrangência subjetiva e objetiva da atividade

fiscalizatória. Sob o aspecto “subjetivo”, pode se questionar se o controle externo em comento, conduzido pelo MP, incide apenas sobre a atuação da polícia judiciária ou se, pelo contrário, abrangem as demais forças de segurança pública com atuação no país, em especial a polícia militar.

De um lado, há autores que adotam uma perspectiva mais restritiva, limitando-o ao universo das atividades desempenhadas pela polícia judiciária. É o exemplo de Walter Paulo Sabella (1991, p. 14):

O enunciado literal do dispositivo, dada a sua amplitude, poderá enganadamente conduzir à conclusão de que toda e qualquer atividade da polícia, preventiva ou repressiva, inclusive as atividades-meio, simplesmente ordinatórias do funcionamento interno dos órgãos policiais como centros de competências, dos segmentos civil ou militar, será objeto da atividade controladora.

Mas, salvo melhor juízo, não é isso que ocorre. Tomando-se em conta as razões históricas que levaram à formulação do dispositivo, ou seja, dar ao Ministério Público o conhecimento da ocorrência do fato criminoso e sua apuração, conferindo-lhe meios de combater e diminuir a impunidade, concluir-se-á que o alvo dessa nova atribuição do Parquet é a atividade policial de apuração das infrações penais, desde o momento em que chega a notícia criminosa à repartição policial; isto é, a atividade de polícia judiciária que Magalhães Noronha explica como “função investigatória destinada a auxiliar a Justiça no cumprimento de seus fins e à consecução dos fins do processo”.

Todavia, o posicionamento acima não é prevalecente. Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu a legitimidade da atuação ministerial no controle externo exercido sobre a conduta de policiais militares (e.g. HC 93930/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 02.02.2011 – BRASIL, 2011). De forma mais ampla, a Lei Complementar 75/93 dispõe que o controle externo da atividade policial deve ter em vista “*a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública*” (BRASIL, 1993, art. 3º, “e”). Nesta linha, a Resolução 20/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público ao preconizar que o sobredito controle externo alcança “*os organismos policiais relacionados no art. 144 da Constituição Federal, bem como as polícias legislativas ou qualquer outro órgão ou instituição, civil ou militar, à qual seja atribuída parcela de poder de polícia, relacionada com a segurança pública e persecução penal*” (BRASIL, 2007).

Para os que ladeiam a orientação em comento, ela é impositiva, pois toda atuação policial se associa, em alguma medida, com o uso da força, o qual quando não é efetivo, se revela, ao menos, de maneira latente e potencial. Cuida-se de uma possibilidade de violência que, de *per se*, já seria apta a justificar a necessidade de um controle externo (DIANA, 2013).

Corroborava Ávila (2016a, p. 147), ao sustentar que o controle externo praticado pelo Ministério Público deve alcançar toda e qualquer instituição atuante no campo da segurança pública, mesmo não nominada explicitamente no art. 144 da Constituição Federal, citando o exemplo das Forças Armadas e das Guardas Municipais.

Emoldurada em tais termos a amplitude subjetiva desse controle – que contempla a fiscalização da Polícia Militar –, impõe-se investigar se ele deve incidir sobre toda a atividade policial ou somente sobre sua atividade-fim. A opinião predominante, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de o controle externo realizado pelo Ministério Público se ater aos atos relacionados à atividade-fim das polícias, conforme REsp 1439193/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 09/08/2016 (BRASIL, 2016a); REsp 1365910/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 28/09/2016 (BRASIL 2016b). Igualmente, a dicção do art. 9º, II, da Lei Complementar de n. 75/1993 (BRASIL, 1993), e do art. 5º, II, da Resolução de n. 20 do CNMP (BRASIL, 2007).

No entanto, convém assinalar que as fronteiras entre atividade-fim e atividade-meio nem sempre são claras o bastante e esse critério, por vezes, é mais prejudicial do que útil para o enfrentamento do tema. Exemplo disso pode ser extraído do segundo julgamento mencionado no parágrafo anterior, quando os ministros da 2ª Turma do STJ divergiram sobre se as pastas com as chamadas Ordens de Missão Policial conteriam, ou não, matéria relacionada à atividade-fim da Polícia Federal e, por corolário, se deveriam, ou não, ser franqueadas ao Ministério Público.

Diante dessa dificuldade parece mais adequada a reflexão lançada no julgamento proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (BRASIL, 2011), que se calca na ponderação do caso concreto à luz do sistema constitucional de *checks and balances* e não na fluidez dos conceitos de atividade-meio e de atividade-fim:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ACESSO A DOCUMENTOS NEGADO PELO DELEGADO. ILEGALIDADE.

[...]

O controle externo da atividade policial se orienta por um princípio, qual seja, estabelecer um sistema de freio à atividade policial, face armada do Estado, para equilibrar esse poder com os interesses da sociedade civil. Portanto, é essa ratio que deve orientar o intérprete no exame da legalidade do controle, e não meros conceitos estanques, que limitam rigidamente o controle externo à atividade-fim, conceito fluido, que não oferece qualquer segurança e não obedece a uma concepção finalística dessa missão constitucional. Apelação e remessa oficial desprovidas. (TRF4, APELREEX

5002196-64.2010.404.7110, TERCEIRA TURMA, Relator CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, juntado aos autos em 18/07/2011 –grifo nosso).

Freitas defende: “no campo de acesso à informação [...] possui o Ministério Público o mais amplo acesso possível às informações referentes à atividade policial, inclusive atividade-meio quando esta informação venha a influir na atividade-fim”. (2013, p. 134)

Por fim, é evidente que o controle externo pode ser exercido pelo Ministério Público de forma preventiva ou repressiva, como enfatiza o art. 2º, inciso V, da Resolução CNMP n. 20/2007 (BRASIL, 2007).

Do ponto de vista preventivo, merecem ênfase as atividades de visita periódica a repartições policiais, de análise difusa dos inquéritos e termos circunstanciados recebidos, e de expedição de recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, a teor, neste último caso, do que dispõe o art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar 75/93 (BRASIL, 1993).

Sob o enfoque repressivo, sobressaem as possibilidades de requisição de inquérito policial (art. 129, VIII, da CR/88 – BRASIL, 1988), de instauração de Procedimento Investigatório Criminal – PIC (vide Resolução de n. 181/2017 do CNMP – BRASIL, 2017a; e jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal *ex vi* do julgamento do Recurso Extraordinário de n. 593727, Rel. Min Cezar Peluso, DJe 04/09/2015 – BRASIL, 2015), de instauração de inquérito civil (art. 129, III, da CR/88 – BRASIL, 1988), de deflagração da ação penal pública (art. 129, II, da CF/88 – BRASIL, 1988) ou mesmo de ajuizamento de ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/1992 (BRASIL, 1992).

Advirta-se serem as instâncias penal, cível e administrativa independentes, por isso, na esteira da jurisprudência do STF, não há que se falar em:

“[...] violação dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal pela aplicação de sanção administrativa fixada em processo disciplinar legitimamente instaurado antes de finalizado o processo cível ou penal em que apurados os mesmos fatos” (RMS 28.919, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 12/02/2015 – BRASIL, 2015).

O controle externo repressivo da atividade policial será novamente discutido neste trabalho quando analisados, de um lado, os espaços de licitude do atuar discricionário das burocracias policiais e, de outro, o juízo também discricionário que não raro possuem os

promotores e procuradores de justiça na subsunção de determinadas condutas como infrações penais ou mesmo atos de improbidade administrativa.

2.3. DISCRICIONARIEDADE, DISCRICIONARIEDADE POLICIAL, APRECIATIVIDADE E DISCRICIONARIEDADE DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

O presente tópico se inicia, desde o seu título, com uma aparente redundância. Nada obstante, se pretende desvelar que a teoria da discricionariedade no seu sentido técnico-jurídico não parece ser similar à utilizada – ao menos não integralmente – pelos estudiosos da discricionariedade policial, pois enquanto a discussão da discricionariedade – do ponto de vista jurídico – se atém, quase invariavelmente, aos limites outorgados pela lei, no caso dos estudos científicos sobre a discricionariedade policial esse debate avança para a possibilidade, ou não, de aplicação seletiva da própria lei. Isso prediz a tensão existente entre as doutrinas do “*Full Enforcement*” e da “*Selective Police Enforcement*”.

Tomando-se como lastro as ponderações de Klockars (1985, p. 96), por aplicação seletiva entenda-se a decisão do policial de não aplicar a lei – sobretudo de não efetuar a prisão quando esse ato for considerado vinculado (legalmente cogente) – mesmo quando presentes estiverem todos os seus pressupostos ensejadores e quando possível for o seu cumprimento. Primeiramente, tratar-se-á nesta seção sobre a discricionariedade “administrativa”, propriamente dita, para posteriormente, e à luz da realidade policial, traçar alguns paralelos e delinear especificidades das tomadas de decisão típicas dessa burocracia do nível da rua.

2.3.1. Da discricionariedade no seu sentido técnico-jurídico

Segundo Meirelles, “a atividade discricionária encontra plena justificativa na impossibilidade de o legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige”. (2016, p. 141). Igualmente, Mello ao prescrever: “a discricionariedade é pura e simplesmente o resultado da impossibilidade da mente humana poder saber sempre, em todos

os casos, qual a providência que atende com precisão capilar a finalidade da regra de Direito”. (2012, p. 43).

Todavia, a compreensão dessa discricionariedade não teve um conteúdo único no curso da história. Em termos teóricos, o estado constitucional surgiu a partir da Revolução Francesa, como *liberal* “assente na ideia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente, pela sua divisão, como externamente, pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade” (MIRANDA, 2002, p. 72). Nesse período emerge a ideia do indivíduo como sujeito de direito (ainda que muitas vezes apenas formalmente), e da Constituição como mecanismo de limitação do poder do Estado em prol das liberdades dos cidadãos (FERNANDES, 2014).

Nesses idos, prevalecia o entendimento de que o “detentor da discricionariedade [...] poderia fazer não somente o que a lei expressamente autorizasse, mas também tudo aquilo que a lei não proibisse ou não previsse” (SADDY, 2016, p. 57). Embora tal constatação possa aparentar um contrassenso, marcadamente no seio de um momento histórico conhecido pela emersão do princípio da legalidade – ou da substituição da vontade do rei pela vontade geral materializada na lei – isso pode ser explicado a partir da tentativa realizada de compatibilizar esse primado legal com a ideia, até então admitida, do conceito de discricionariedade.

Conforme Di Pietro (2012), herdou-se naquele período (pós Revolução Francesa) o conceito de discricionariedade administrativa o qual imperou durante o denominado “*Estado de Polícia*” e que, ao se utilizar da teoria da dupla personalidade do Estado¹¹, acabou por isentar de qualquer controle atos da Administração que decorressem do chamado *jus polittiae*. Dito de outro modo, esse poder discricionário era visto “como um tipo de atividade administrativa que não admitia controle judicial” (Ibid, p. 14), de natureza eminentemente política e não jurídica.

As contradições da burguesia revolucionária, no entanto, não demoraram a aparecer. Ao assumir o controle político da sociedade, deixou de lado – ao menos materialmente – sua preocupação filosófica com uma sociedade livre, igual e fraterna para fazer imprimir uma verdadeira ideologia de classe, com absoluto prejuízo daqueles que nela não se enquadravam.

¹¹A respeito da Teoria do Fisco, que, durante o Estado de Polícia, dividiu a personalidade, pontua Di Pietro (2012, p. 6-7): “Para combater esse poder absoluto do príncipe, elaborou-se, em especial por doutrinadores alemães, a teoria do fisco, em consonância com a qual o patrimônio público não pertence ao príncipe nem ao Estado, mas ao fisco, que teria personalidade de direito privado, diversa da personalidade do Estado, associação política, pessoa jurídica de direito público, com poderes de mando, de império. O primeiro submetia-se ao direito privado e, em consequência, aos tribunais; o segundo regia-se por normas editadas pelo príncipe, fora da apreciação dos tribunais”.

A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social.

E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe. Foi essa a contradição mais profunda na dialética do Estado moderno. (BONAVIDES, 2007, p. 42).

Tais distorções não demoraram a repercutir, sendo a I Guerra Mundial um marco significativo nessa direção. Afinal, foi-se descortinando que a concepção de uma liberdade meramente formal - no âmago de uma realidade marcada por uma desigualdade de fato – se presta, apenas, de um manto de abstração. Tal liberdade, como alerta Vierkandt (apud, BONAVIDES, 2007, p. 61), termina “como Bismark já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome”.

Todo esse contexto deu ensejo a uma crise do Estado absentéista para fazer repercutir a teoria de um Estado social, que se fortaleceu após a 2ª Grande Guerra. É o que descreve Fernandes (2014, p. 68):

O Estado Social, que surge após a Primeira Guerra e se afirma após a Segunda, intervém na Economia, por meio de ações diretas e indiretas; e visa garantir o capitalismo por meio de uma proposta de bem-estar que implica a manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais por meio da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais. (FERNANDES, 2014, p. 68).

Cumpr-se notar o fato de nem todos os países terem passado concomitantemente e, tampouco, com idêntica intensidade por este processo. Nada obstante, não há dúvidas de que foi de fundamental importância no delineamento teórico do poder discricionário. Para os fins ora propostos, o relevante é destacar que nesse momento histórico, especialmente já na segunda metade do século XIX, o positivismo jurídico concedeu novos contornos ao princípio da legalidade e – conseqüentemente – aos espaços de licitude do atuar discricionário.

Enraizou-se a concepção de que a lacuna da legislação não poderia ser interpretada como um espaço discricionário. Pelo contrário, “o poder discricionário é atribuído aos administradores pelo legislador de forma reflexiva, e constitui por isso sua atribuição uma verdadeira vontade do legislador e não uma imprevisão” (ARÉVALO, 1952, p. 89). Segundo

Di Pietro (2012, p. 24), substituiu-se “[...] a anterior doutrina de vinculação negativa pela da vinculação positiva da Administração à lei”, devendo a própria discricionariedade ser admitida como um poder jurídico – e não mais político –, apenas existente dentro dos contornos legais.

A assunção dessa concepção, entretanto, não foi linear. Isto porque, no período, até para possibilitar as ações do Estado Intervencionista, o Executivo se empoderou da prerrogativa de editar leis em sentido formal, atos normativos que não dispunham da natureza de emanção da “vontade geral” daqueles usualmente produzidos pelo Legislativo. Além disso, enfrentou-se dificuldade em delimitar as fronteiras da legalidade e da discricionariedade, incorrendo em: “[...] o Poder Judiciário, até por comodismo, a deter-se diante do mal definido 'mérito' da atuação administrativa”, de modo a permitir a prevalência do “arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade exercida nos limites estabelecidos em lei” (Ibid, p. 25).

Corroboram os comentários de André Saddy:

[...] Em resumo, pode-se entender que o poder discricionário, e não o ato discricional, evoluiu até o ponto de, em meados do século XX, afirmar-se que não havia limites próprios para o exercício desse poder porque dito poder representava a realização da vontade do legislador, que era “delegada” à Administração, que necessitava de flexibilidade diante do dinamismo para realizar uma boa administração. Ademais, entendia-se que somente os elementos vinculados do ato administrativo poderiam e deveriam ser controlados pelo Poder Judiciário. O exercício do poder discricionário, isto é, a adoção de uma conduta permitida, conquanto executada por razões de política administrativa, era livre por expressa vontade do legislador, e aquilo que os legisladores concederam não poderia o Tribunal retirá-lo ou limitá-lo. Daí que se entende que o exercício do poder discricional não estava sujeito à fundamentação nem a qualquer tipo de limites. Tudo que a doutrina denominava de limite estava situado em uma fase prévia ao momento em que tem lugar o exercício de dito poder. (2016, p. 81-82).

O passo seguinte na compreensão da discricionariedade administrativa se deu já no curso de uma nova ideia de Estado, denominada de Estado Democrático de Direito. Com ênfase na participação popular e na justiça material, o que se pretendeu foi aproximar a lei aos ideais de justiça, submetendo a Administração ao império do Direito em sentido amplo.

No Brasil, a materialização de tal ideia ocorre tardiamente, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 ao estabelecer que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos, *e.g.*, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Além disso, a CR/88 elencou dentre os objetivos

dessa nação a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a redução das desigualdades sociais. Constitucionalizou-se, inclusive, o princípio da legalidade ao prescrever, no art. Art. 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (BRASIL, 1988).

No contexto em evidência, a lei deixa de ter uma faceta meramente formal para gozar de um “sentido também material, porque lhe cabe o papel de realizar os valores consagrados pela Constituição” (DI PIETRO, 2012, p. 29). Outrossim, e de acordo com o novo modelo, “[...] a discricionariedade passa a não ser tão somente limitada pela lei, mas também pelo Direito, por valores unanimemente aceitos e por valores morais, ou seja, pelos interesses públicos, enfim, por todos os valores consagrados pelas Constituições” (SADDY, 2016, p. 91).

Tal é o ideário do poder discricionário predominante agora no território brasileiro, ao menos em referência ao seu sentido técnico jurídico. Sem, de qualquer maneira, conceber a possibilidade de discricionariedade *contra legem* (e.g. CARVALHO FILHO, 2017; MEIRELLES, 2016), os estudiosos ainda lhe impõe as seguintes limitações: a) a decorrente da Teoria do Desvio de Poder, que autorizou ao Judiciário investigar se a finalidade do ato foi, realmente, a de alcançar os fins previstos em lei; b) a oriunda da Teoria dos Motivos Determinantes, a qual permitiu ao Judiciário investigar a veracidade-legalidade dos pressupostos de fato e de direito que concederam arrimo ao ato; c) a proveniente da Teoria dos Conceitos Jurídicos Indeterminados, que, por serem passíveis de interpretação, são sindicáveis, à luz do caso concreto, pelo Poder Judiciário; e d) reconhecimento da eficácia normativa – e não meramente programática – dos direitos sociais previstos na CR/88. (DI PIETRO, 2012).

Em relação aos conceitos jurídicos indeterminados, tem prevalecido o entendimento de que eles não se incluem no âmbito do poder discricionário ou da discricionariedade administrativa. Sustenta-se serem esses conceitos abertos, como, por exemplo, “*ordem pública*”, “*interesse público*” ou “*urgência*” são eminentemente interpretativos, cujo sentido, à luz do caso concreto, pode ser alcançado, não raro com significação única. Daí porque “se, pelo trabalho de interpretação, puder chegar a uma solução única que possa ser considerada válida, o juiz poderá invalidar a decisão administrativa que a contrarie” (Ibid, p. 41).

De acordo com Carvalho Filho, outra diferença diz respeito ao conceito jurídico indeterminado residir, em realidade, no âmbito antecedente de previsão da norma, pois “a lei

já estabelece os efeitos que devem emanar do fato correspondente ao pressuposto nela contido”, ao passo em que, em contrapartida, a discricionariedade se aloja na própria “estatuição da norma (consequente), visto que o legislador deixa ao órgão administrativo o poder de ele mesmo configurar esses efeitos”. (2017, p. 18). Apesar disso, há quem entenda pelo preciosismo e pouca utilidade dessa distinção. É o caso de Mello (2012, p. 25-26), ao defender que “de nada serve designar por nomes diferentes situações cuja caracterização jurídica é igual, ainda que correspondam a realidades lógicas ou substanciais distintas”.

2.3.2. Discricionariedade Policial e Apreciatividade

Destaca-se parecer existir um consenso a respeito da importância do exercício do poder discricionário pelas burocracias policiais. Afinal, como bem assinalado por Souza e Reis (2014, p. 148), em alusão às considerações de Packer:

“[...] um dos elementos fundamentais para o bom funcionamento do controle da criminalidade consiste na possibilidade de proceder uma rápida tomada de decisão, bem como na identificação de criminosos e na coleta de fatos acerca de determinado caso”.

Em verdade, a grande controvérsia é outra, perpassa pelas fronteiras e alcance da prerrogativa. Conforme adverte Davis (1969), essa discricionariedade em que pese inafastável (p. 545), “pode revelar tanto um caráter benéfico quanto tirânico, justo quanto injusto, razoável ou arbitrário” (Ibid, p. 175).

Assim, as corporações policiais, na condição de burocracias do Estado, submeteriam sua discricionariedade aos limites daquela, vista anteriormente, e nominada enquanto técnico-jurídica. Entretanto, como já assinalado alhures, os estudiosos do campo em exame apontam para a preponderância de uma discricionariedade muito mais ampla e que perpassa, inclusive, pela possibilidade de aplicação seletiva da própria lei, isto é, pela hipótese de o burocrata deliberadamente não cumprir o comando legal, ainda que evidentes seus requisitos de incidência e sua possibilidade material de aplicação.

Goldstein (2003, p. 146) chega a ponderar sobre a dificuldade de “aplicar ao campo policial essa definição mais sistemática dos limites do poder discricionário administrativo, principalmente devido ao estágio incompleto da legislação atual no que diz respeito à polícia

e às funções policiais”. Conforme pontua, “estatutos e ordenamentos – se interpretados literalmente – impõem responsabilidades irreais e muitas vezes conflitantes às agências de polícia e aos policiais”, especialmente diante da exigência de aplicação de todo o ordenamento jurídico, naquilo que se chama da doutrina do *full enforcement*.

A complexidade da questão aumenta quando se percebe que tais burocracias possuem uma particularidade bastante própria: a despeito de suas estruturas hierarquizadas de comando, as decisões de relevância no tocante aos direitos civis ficam, usualmente, a cargo dos agentes de base, acabando por edificar barreiras sólidas contra qualquer espécie de controle formal sobre tais condutas (LIMA e SINHORETO, 2011, p. 142). A isso se some, como adverte Wilson (1978), que em embora toda organização estatal goze de certa margem de discricionariedade, as polícias possuem um elemento de distinção bastante próprio, compartilhado com poucas outras corporações: o nível de discricionariedade dos seus burocratas aumenta na medida em que se descem os degraus hierárquicos.

Diferentemente do que possa parecer, o estudo do poder discricionário – tratando especificamente da burocracia policial – não remonta a tempos antigos. A comunidade científica apenas se debruçou sobre o assunto em época recente. Antes, pouco se cuidava de tal abordagem, passando despercebida pelos estudiosos do campo. Como alerta Walker, “a discricionariedade não foi sempre vista como um problema da justiça criminal”. Pelo contrário, antes da década de 1950, muito pouco se tinha produzido a esse respeito, e “os principais especialistas no campo mal reconheciam sua existência, muito menos a viam como um problema central” (1993, p. 68-73 – tradução nossa).

Não é outra a advertência de Goldstein (Ibid, p. 127), ao asseverar: “no passado, tanto por parte da polícia como do público, a opinião prevalecente era de que a polícia não tinha liberdade discricionária – que sua função era trabalhar estritamente de acordo com a lei”. Essa “aceitação comum de que a polícia deve fazer cumprir todas as leis”, diz Goldstein (2003, p. 123), criou sérios obstáculos na busca de alternativas mais eficientes para a atuação policial.

Prevalcia, até então sem maiores questionamentos, a doutrina do “*Full Enforcement*” ou da Aplicação Total do ordenamento jurídico pelas burocracias policiais, que não lhes reconhece qualquer possibilidade de aplicação seletiva da lei penal. A despeito disso, é de se reconhecer que mesmo nos estatutos alinhados ao *full enforcement*, sempre há a presença – em maior ou menor medida – de conceitos jurídicos indeterminados, os quais não raro abrem o flanco para o exercício do poder discricionário, isto ao menos para aqueles que, como visto,

neles vislumbram uma brecha para a atuação discricionária. Eis, dentre outros, alguns exemplos desses conceitos, na legislação penal e processual penal brasileira: a) o conceito de “*fundada suspeita*” que enseja a realização de busca pessoal (CPP, art. 240, § 2º, e art. 244); b) os conceitos de “*resistência*”, “*desobediência*” ou “*desacato*”, previstos nos arts. 329, 330 e 331 do CP; e c) a valoração sobre a presença ou não da situação de flagrância (CPP, art. 302). Para esses e outros tantos exemplos, ver Ávila (2016b, p. 394-397).

Com origem na segunda metade do século XIX, essa teoria foi assumida por parcela significativa das agências americanas de segurança pública (Pinto, 2016), sendo que pelo menos 14 (quatorze) estados americanos tiveram seus estatutos de “*Full Enforcement*” promulgados entre os anos de 1883 e 1925 (WILLIAMS, 1984). A respeito do marco histórico do enfrentamento da questão, esclarece Walker (1993), apenas se despertou para a relevância do tema da discricionariedade policial a partir de pesquisa conduzida, nos idos de 1956, pela *American Bar Foundation -ABF*, quando pela primeira vez se observou e descreveu de forma sistemática a atuação em campo dos atores do sistema de justiça. Com efeito, foi em memorando do diretor do projeto, Sr. Frank Remington, (datado de 24/09/1956), que de forma inédita se identificou como a administração do sistema de justiça criminal se achava calcada por uma série de decisões tomadas por seus agentes (policiais, promotores, juízes e agentes penitenciários) desde o próprio dia do cometimento do delito (apud WALKER, 1993).

De acordo com Goldstein (1993), dentre os principais achados da pesquisa conduzida pela ABF, merecem realce os seguintes: a) a atividade policial extrapola, e muito, a função de investigar crimes e prender criminosos; b) mesmo nas situações rotuladas como criminosas, os incidentes que demandam a atuação policial são os mais diversos e imprevisíveis possíveis, razão pela qual essa burocracia necessita de certa flexibilidade para lidar com tais contextos; c) a polícia utilizava sua prerrogativa de prender para alcançar uma série de outros objetivos que não o de dar início à persecução penal; e d) a polícia, ao integrar o sistema de justiça criminal, influenciava e era influenciada por demais agências do sistema.

O Brasil se insere nessa discussão a partir do momento em que também adotou uma legislação de *full enforcement*. Exemplo claro disso pode ser extraído do Código de Processo Penal, ao estabelecer: “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes **deverão** prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (BRASIL, 1941. art., 301 – grifo e destaque nosso)¹². Para se ter uma dimensão do que isso representa, dados de

¹² Cuida-se de norma de tal forma cogente que sua exceção tem exigido autorização judicial. É o que se

2009 apontam para a existência, àquele tempo, de mais de 1.688 tipos penais em vigor no território brasileiro (MACHADO et al, 2009).

Em corroboração a esse *full enforcement*, anote-se, ainda, a previsão, no Código Penal Brasileiro, do crime de prevaricação, aplicável ao funcionário público que retarde ou deixe de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou o pratique contra expressa disposição legal para satisfazer interesse ou sentimento pessoal (BRASIL, 1940, art. 319). Cuida-se de infração penal que coloca em risco o exercício de qualquer discricionariedade relacionada ao não cumprimento integral da lei. As conclusões de Jacqueline Muniz vão em tal direção:

Dentre as questões que estimulam o não reconhecimento da propriedade e pertinência do *selective enforcement* realizado pela polícia, destaca-se a proposição de “Estatutos de Plena Aplicação da Lei”. É sabido que a maioria dos Estados possui algum dispositivo legal que estabelece que as polícias devam aplicar todas as leis de forma plena e integral. É óbvio que esse tipo de normatividade não se mostra factível na vida real. Todavia, ela converte claramente a aplicação de todas as leis relacionadas à incolumidade e segurança das pessoas e do patrimônio, em uma efetiva obrigação ou um dever da polícia. [...] Isso ocorre, sobretudo, no Brasil, onde o ato policial discricional tende a ser interpretado juridicamente como “prevaricação”. Ou seja, a decisão policial pode ser tipificada como um crime perpetrado por um funcionário público, e que consiste em retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou em praticá-lo contra disposição legal expressa, para satisfação de interesse ou sentimento pessoal. (2017, p. 6).

As reticências no enfrentamento dos fenômenos do *full enforcement* e discricionariedade policial, especialmente no Brasil, são, até certo ponto, compreensíveis. Afinal, é especialmente através da polícia que o Estado exerce o monopólio do uso legítimo da violência física (Weber, 1999) e, quiçá, simbólica (Bourdieu, 2014), de modo que a agregação – ou reconhecimento – de novos poderes à burocracia é quase sempre vista com ressalvas, mormente diante da crise de confiança da instância policial perante a comunidade, conforme já aprofundado no introito deste trabalho.

Um dado preocupante é o de que a atuação da polícia delimita, em boa medida, o campo de atuação dos demais atores do sistema de justiça criminal. A respeito disso – e de como a discricionariedade policial chega a pautar as intervenções do próprio Ministério Público, responsável pela realização do seu controle externo – pertinentes são os comentários de Guimarães (2012, p. 83):

Como a investigação criminal, de regra, se inicia junto à Polícia, acaba sendo esta que decide se realmente investigará, ou não, determinado caso, ao passo que o Ministério Público e o Judiciário somente tomarão conhecimento do

fato criminoso, se a polícia assim o entender. Ou seja, na atual estrutura de Justiça Criminal Brasileira, tanto o Ministério Público quanto o Judiciário acabam trabalhando somente naquilo que interessa à Polícia. No mesmo sentido, o alerta de Ela Wiecko V. de Castilho: “(...) na prática é a transformação da Polícia em dominus litis. Sim, porque de nada serve ao MP ter o monopólio da ação penal pública, se quem decide o quê, como e quando deve ser objeto de ação penal é a Polícia”.

Há quase 60 anos, Goldstein (1960, p. 01) demonstrou essa preocupação, anotando que eventuais decisões dos policiais de não darem início ao processo de persecução penal não apenas delimitam as fronteiras de aplicação da lei, como também determinam o âmbito de atuação e discricionariedade de outros decisores do processo, a exemplo do órgão acusador e do próprio juiz da causa. De forma similar, Lipsky (2010, p. 670-671) ao assinalar que os “burocratas do nível da rua possuem significativa discricionariedade em determinar a natureza, quantidade e qualidade dos benefícios e sanções promovidos por suas corporações”, citando explicitamente o exemplo dos policiais, os quais “decidem a quem prender e sobre o quê fazer vistas grossas” (tradução nossa).

Ao tratar sobre critérios os quais potencialmente movem o exercício do poder discricionário, Walker (1993, p. 307) afirmou: “decisões sobre quando reportar o crime, investigá-lo e investigá-lo rigorosamente podem ser influenciadas pelos preconceitos do agente policial” (tradução nossa). Em idêntica sintonia, e especificamente sobre a realidade brasileira, Kant de Lima (1989) indicou que o sobredito legado autoritário tem sim uma clientela cativa, um público absolutamente preferencial composto, no mais das vezes, por indivíduos integrantes de uma classe social menos favorecida:

O processo de decisão da polícia quando lida com as práticas consideradas criminosas depende desse esquema evolutivo. Essa ideologia é responsável pela classificação dos fatos e atos de seus agentes de acordo com a classificação atribuída pela polícia ao código cultural dos participantes em qualquer ocorrência policial. Esta é a razão pela qual uma luta no morro é classificada como "agressão", sujeita à adjudicação e punição pelo "código" policial, e uma luta entre a classe média ou rica pode tornar-se uma "lesão corporal", crime a ser julgado pelo juiz através do sistema judicial, que emprega padrões culturais semelhantes àqueles das classes média e alta da sociedade brasileira. (1989, p. 8)

Constata-se, assim, a existência de uma racionalidade na utilização desse poder discricionário, mas que, frequentemente, tem se alicerçado em parâmetros ilegítimos, pautados em preconceitos e impressões pessoais do burocrata de rua, geralmente associados à pobreza e à questão racial. Empiricamente, isso já foi identificado em diversas pesquisas, a

exemplo das realizadas por Souza e Reis (2014), Sinhoreto (2014), Ramos e Musumeci (2005) e Reis (2002), todas elas dedicadas ao estudo das abordagens policiais respectivamente no Estado do Pará, no Estado de São Paulo, nos municípios do Rio de Janeiro/RJ e em Salvador/Ba. Por seu turno, Thomas e Fitch, em estudo publicado no ano de 1977, levantaram 05 (cinco) fatores que interfeririam na “*arrest decision*” da burocracia policial, sendo eles a raça, idade, gênero, classe social e o comportamento do suspeito (apud WILLIAMS, 1984).

E também pontuou Antônio Luiz Paixão (1982, p. 82): “o policial se vê 'distribuindo justiça por amostragem' – confundindo em sua atividade prática, crime e pobreza, mesmo reconhecendo a precariedade empírica desta identidade”. E, ainda, Zaffaroni e Batista (*et al* 2011, p. 46) reconhecem no processo de criminalização secundária – capitaneado pelas corporações policiais – um enfoque, de um lado, na seleção de fatos grosseiros (de fácil investigação), e, de outro, em pessoas mais vulneráveis, isto é, desprovidas de capilaridade de acesso junto ao poder político, ao poder econômico ou, quiçá, a veículos de comunicação em massa.

A gravidade do cenário é maior quando se tem em vista que o processo de sujeição criminal¹³ de determinadas categorias – escolhidas ao talante dos preconceitos e da discricionariedade do burocrata de rua – possui, potencialmente, outra consequência: a de criar um padrão estável de comportamento desviante naquele indivíduo e, ou, grupo social selecionado, fazendo-o prostrar, por vezes indefinidamente, no tempo. Nesse sentido, argumenta Becker (2008, p. 577; 634):

Um dos passos mais decisivos no processo de construção de um padrão estável de comportamento desviante talvez seja a experiência de ser apanhado e rotulado publicamente de desviante. Se alguém dá ou não esse passo, depende menos do que ele faz do que daquilo que outras pessoas fazem, do fato de elas imporem ou não a regra que ele violou [...]. Expressa de maneira mais geral, a questão é que o tratamento dos desviantes lhes nega os meios comuns de levar adiante as rotinas da vida cotidiana acessíveis à maioria das pessoas. Em razão dessa negação, o desviante deve necessariamente desenvolver rotinas ilegítimas.

Além disso, perpetua o aparato repressivo do Estado contra determinados crimes e grupos sociais, com repercussões das mais severas possíveis. Nesse sentido, o alerta de Cooper (2001, p. 100):

¹³ Na definição de Misse (1999, p. 71), “a sujeição criminal é o processo pelo qual identidades são construídas e atribuídas para habitar adequadamente o que é representado como << mundo à parte >>, o << mundo do crime >>. Há sujeição criminal quando há reprodução social de << tipos sociais >> representados como criminais ou potencialmente criminais”.

Uma vez que é a polícia quem ativa o sistema de justiça criminal, suas ações e atitudes são então estimulantes ou provavelmente estimulantes para todo o sistema. Por exemplo, se certos indivíduos ou grupos são presos mais do que outros, ou os cidadãos são presos por certos tipos de crime e não por outros tipos, o sistema torna-se direcionado para alguns indivíduos e grupos como sendo mais desviantes do que outros ou certos tipos de crimes como sendo mais necessitado de punição do que outros [...]. (tradução nossa)

Face todas essas razões, não é de todo estranho o isolamento, em território pátrio, de toda e qualquer vertente que defenda o reconhecimento da viabilidade jurídica de uma tal discricionariedade policial que descambe para uma aplicação seletiva da própria lei. Nos Estados Unidos da América ganhou notabilidade esse debate, mormente a partir das discussões travadas por Davis e Allen, as quais de alguma maneira sintetizam as questões mais palpitantes concernentes à matéria.

Em 1969, Davis havia lançado sua obra “*Discretionary Justice*”, no bojo da qual discorria sobre a importância do estudo dessa subjetividade no sistema de justiça como um todo. Aliás, é do referido livro a definição de discricionariedade quase invariavelmente repetida pelos estudiosos do campo no âmbito policial: “um funcionário público tem discricionariedade sempre que os limites efetivos do seu poder o deixam livre para fazer uma escolha entre possíveis cursos de ação e de inação”. (DAVIS, 1969, p. 186 - tradução nossa).

Ao detalhar o conteúdo de seu conceito, o autor enfatizou que o poder discricionário não tem por limite o quanto autorizado ou previsto em lei. Pelo contrário, alcança tudo que se encontra dentro dos limites efetivos do poder do seu titular, restando evidente a diferença dessa discricionariedade para aquela que se denominou de técnico-jurídica.

No ano de 1975, Davis lançou sua obra de maior repercussão, intitulada de *Police Discretion*, onde categoricamente defendeu a possibilidade de as corporações policiais, mesmo administrativamente, promoverem uma regulamentação desses espaços de discricionariedade – “*rulemaking process*” –, tudo isso de forma a estruturar as decisões tomadas inclusive na órbita da aplicação seletiva dos diplomas legais. Eis, em linhas gerais, as aspirações de Davis sobre tal processo de regulamentação (apud Aaronson et al, 1984, p. 406):

A regra que confine a discricionariedade diz ao oficial: “*aqui está o limite da sua discricionariedade. Você está para fazer suas próprias escolhas dentro desta área, mas não vá para fora dos limites*”. A regra que estrutura a discricionariedade diz ao oficial: “*na área em que você possui poder discricionário, permita que sua discricionariedade seja orientada pelos seguintes objetivos, políticas e princípios, e siga esses procedimentos que foram desenhados para minimizar arbitrariedades*”. A discricionação de um oficial é “*verificada*” quando é revisada por um supervisor, por um

promotor, por um juiz, por uma parte privada, pela imprensa, por legisladores ou por outra pessoa; discricionariedade que é verificada é, obviamente, menos provável de se revelar arbitrária do que a discricionariedade não verificada. (tradução nossa).

Oportuno anotar ser possível encontrar numa proposição de Charles D. Breitel, em artigo dos idos de 1960, uma ideia embrionária desse processo de regulamentação:

“Talvez o melhor mecanismo para controlar a discricionariedade seja o da discricionariedade compartilhada por diferentes agências. Isso não é mais do que a ideia familiar de freios e contrapesos. [...] Práticas familiares, mas informais, são utilizadas pela polícia e pelos promotores em casos importantes ou difíceis, ou seja, para decidir se a prisão deve ser feita ou a acusação deva ser avançada. Isso deve ser retirado da informalidade e se tornar uma prática formal regulamentada. O uso de uma declaração explicativa da ação tomada é obviamente salutar, mesmo em uma discricionariedade compartilhada”. (1960, p. 433 – tradução nossa).

Segundo Davis (apud Williams, 1984, p. 12), o poder legislativo, mesmo por uma delegação implícita, autorizaria as polícias a desenvolverem tais regras (“*rulemaking*”), sobretudo a partir do momento em que não lhes fornecem os recursos necessários para o cumprimento integral do seu mister, bem como que não procede com a alteração ou revogação de leis que sabidamente não poderão ser cumpridas na sua integralidade.

Davis angariou diversos seguidores. Goldstein (2003, p. 151), por exemplo, afirma que “seria impossível encaminhar as tarefas variadas e quase sempre imprevisíveis da polícia sem dar aos policiais do nível operacional um poder discricionário substancial”. Apresenta a ressalva, todavia, da existência de “bastante espaço para delimitar o poder discricionário sem o eliminar” (2003, p. 151), enfatizando a necessidade de que essa estruturação observe uma série de condicionantes:

“Se é para o poder discricionário ser trabalhado de maneira igualitária, ele tem de ser estruturado: devem ser definidas as áreas que precisam de poder discricionário; políticas devem ser desenvolvidas e articuladas; deve ser designada a autoridade responsável pela determinação de políticas; devem ser dadas oportunidades para os cidadãos reagirem às políticas antes que elas sejam promulgadas; devem ser estabelecidos sistemas de prestação de contas; devem ser instruídas formas de controle; e amplas provisões devem ser feitas para possibilitar às pessoas afetadas pelas decisões discricionárias a revisão das bases em que foram tomadas”. (2003, p. 149).

De forma semelhante, Caplan (1971, p. 514) ao apontar os benefícios dessa

estruturação para a própria corporação policial: a) porque seu burocrata agiria sob a proteção de regras previamente estabelecidas, isentando-o de responsabilidades; b) a adoção de normas aplicáveis a toda a comunidade permitiria um avanço no objetivo de uniformização das ações policiais; e c) porque essa regulamentação viabilizaria que as corporações seguissem políticas mais adequadas às suas necessidades, no lugar daquelas impostas indiscriminadamente. Em defesa da importância do estabelecimento mais detalhado de regras de conduta, inclusive no combate à corrupção policial, Ivkovic (2005, p. 855) sublinha que a ambiguidade de uma regra pode se prestar de justificativa para a adesão de um comportamento desviante. Cita, em acréscimo, a posição institucional da CALEA – Comissão para Certificação de Corporações Policiais –, a qual apenas considera certificar uma organização quando ela apresenta um conjunto de regras escritas que estabeleçam certos padrões de conduta (idem, p. 851).

Allen, por seu turno, muito calcado naquelas limitações do poder discricionário de que se cuidou ao examiná-la sob sua vertente técnico-jurídica, especialmente as impostas pelo primado da legalidade, publicou, no ano de 1976, o artigo “*The Police And Substantive Rulemaking: Reconciling Principle and Expediency*”. Neste trabalho, objetou, com base nos mais variados fundamentos, as premissas e conclusões de Davis, fundamentalmente relativo à possibilidade de uma regulamentação administrativa que preveja diretrizes para uma aplicação seletiva da lei substantiva penal. Merecem ênfase os seguintes apontamentos:

a) o *rulemaking* proposto por Davis viola o princípio da separação dos poderes, na medida em que apenas o Poder Legislativo seria competente para dispor sobre matérias desse naipe, não se admitindo nem mesmo a delegação da prerrogativa. Sustenta que o *rulemaking*, na hipótese “teria o efeito ou de alterar ou de anular, e assim efetivamente revogar, uma proibição penal” (1976, p. 80 – tradução nossa), o que considera inadmissível. Como consectário, aduz que nem a eventual aprovação por parte dos legisladores da aplicação seletiva da lei realizadas pelos policiais e nem, tampouco, a carência de dotação orçamentária tida como indispensável à sua aplicação integral seriam motivos bastante para a regulamentação administrativa proposta. Obtempera a importância de manter o poder de produção – e revogação – das leis próximo daqueles sujeitos que a elas se submeterão, e a maneira mais adequada de se fazer isso é garantindo que essa prerrogativa não escape dos que foram eleitos para o desenvolvimento do mister;

b) o desuso na aplicação de determinada lei não culmina em sua revogação;

c) não se acham presentes nas hipóteses defendidas por Davis nenhuma das duas únicas razões tidas como admissíveis, ainda que a título excepcional, para delegação em favor de algumas agências de tal poder de regulamentação passível de atingir a esfera de aplicação da lei penal¹⁴;

d) a polícia não é uma agência administrativa e de natureza regulatória, como pretende Davis, já que o seu propósito é o de conferir aplicação às proibições previstas na legislação - “Nós não dizemos para a polícia: 'aqui está o problema. Lide com ele'. Nós dizemos: 'aqui está um código detalhado. Execute-o’” (ALLEN, 1976, p. 97 – tradução nossa).

e) dificilmente haveria consenso a respeito das leis que deveriam ser objeto dessa regulamentação, pois nem mesmo a alternativa proposta por Davis – de participação popular na definição – parece adequada face a ausência de critérios que permitam aquilatar quando as eventuais objeções lançadas pela comunidade deveriam ou não ser acatadas.

Em resposta às críticas, Davis publicou novo artigo, já em junho de 1977. Na oportunidade, iniciou sua exposição com os achados de uma pesquisa de campo por ele realizada junto a Polícia de Chicago, que revelou distorções discricionais em relação às quais as proposições Allen não poderiam jamais apresentar alguma solução:

O problema, como eu vejo depois de 300 entrevistas com a polícia de Chicago, é que as mais seletivas políticas de aplicação da lei são agora feitas por patrulheiros com orientação insuficiente dos oficiais superiores, que a desigualdade das políticas provoca uma justiça desigual, que as políticas deveriam ser no mais das vezes abertas em vez de geralmente secretas, que elas deveriam ser baseadas em estudos de profissionais qualificados, e que elas deveriam ser coordenadas com as políticas dos promotores e juízes. (DAVIS, 1977, p. 1167 – tradução nossa).

Em seguida, trouxe a lume as seguintes observações:

a) embora Allen assuma que o *full enforcement* da lei penal é impossível e que a polícia possui um poder inerente de alocar seus recursos para atender prioridades departamentais, ele nega, de forma incoerente, a possibilidade de aplicação seletiva da lei. “Meu ponto de vista é bastante óbvio, o que ele rejeita, que porque a aplicação total é impossível, algumas leis devem ser total ou parcialmente não aplicadas mesmo que o

¹⁴ “Assim, as duas justificativas para a delegação de poder de regulamentação às agências – a necessidade de conhecimentos técnicos e a natureza repetitiva relativamente trivial do assunto – não são aplicáveis a essas porções da lei substantiva penal que a política de regulamentação de Davis pretende afetar” (ALLEN, 1976, p. 95 – tradução nossa).

resultado seja o que ele considere uma revogação ou emenda de uma lei promulgada” (DAVIS, 1977, p. 1168);

b) ao defender que as regras de aplicação seletiva da lei são inconsistentes com a teoria de governo vigente, Allen parece não ter percebido o fato de que as polícias sempre tiveram e, de alguma maneira, exerceram tais regras. Sustentou, em acréscimo, as regras podem ser escritas, orais, tácitas: “regras que são sensatas, que a comunidade aceitou há muito tempo, e que os tribunais nunca invalidaram são parte da nossa antiga teoria de governo e provavelmente continuarão a ser” (Ibid p. 1170);

c) não defende a proposição de regras (*rulemaking*) em todos os aspectos da aplicação seletiva, sendo, na sua percepção, tais proposições, de natureza preponderantemente interpretativa, deveriam ser vistas mais como diretrizes do que como comandos.

Em suma, os parágrafos anteriores resumem o debate clássico – e referido em diversas obras – entabulado entre Ronald J. Allen e Kenneth Culp Davis. Como bem sintetizado por Williams (1984, p. 12), “em boa medida, as posições de Allen e Davis representam um choque entre a teoria e a realidade”. Desvelam, também, de forma significativa, a incompatibilidade da teoria da discricionariedade policial com o conteúdo e, sobretudo, com as limitações que se impõem à discricionariedade no seu sentido técnico-jurídico, conforme destacado anteriormente.

Com efeito, há, ainda, quem defenda ser a noção de discricionariedade no sentido técnico jurídico sobremaneira branda para ser aplicada ao campo do controle externo da atividade policial, mormente face a natureza dos bens jurídicos em jogo. É o caso, *v.g.*, de Ávila (2016b, p. 392-393):

“Deve-se ressaltar que a discricionariedade aplicável às atividades em geral da Administração Pública possui bases bem distintas da discricionariedade aplicável à atividade policial. Uma coisa é a liberdade de abrir um concurso público, estabelecer cláusulas do respectivo edital, na análise da oportunidade em celebrar um determinado contrato administrativo ou ainda, de forma mais ampla, a discricionariedade um júri de um concurso artístico, e outra bem distinta é a atuação policial na potencial restrição de direitos fundamentais. Ainda que seja admissível uma 'soft law' em outras áreas administrativas, com espaços de discricionariedade e uma 'soft responsibility', a necessidade de proteção contra eventuais arbitrariedades justifica a tendência para uma 'hard law' no âmbito da disciplina dos pressupostos de intervenção restritiva de direitos no âmbito da atividade policial”

No bojo desse cenário, Saddy (2016a) propôs o reconhecimento de outra forma de subjetividade ou autonomia pública denominada “apreciatividade”, que possui fontes muito mais amplas e flexíveis do que a discricionariedade propriamente dita.

Assim, entende-se como fontes habilitadoras da apreciatividade: as operações políticas do Governo, as diretrizes efetuadas pela própria Administração; autoridade administrativa hierarquicamente superior; códigos de conduta e ética; manuais administrativos; capacitação e treinamentos de pessoa; escolas de formação de pessoal. A resolução contínua de igual forma de pressupostos semelhantes, conhecida como precedente administrativo; a celebração prévia ao exercício do poder de um convênio com um privado; as declarações de juízo emitidas por um órgão distinto daquele ao qual corresponde inicial, instruir ou resolver o procedimento, conhecido por informe; e, inclusive, a intuição. (SADDY, 2016a, p. 359)

“A apreciatividade é aquela margem de liberdade da Administração Pública para adotar uma eleição, decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que assim requeiram” (Saddy, 2016a, p. 270), onde as garantias procedimentais praticamente não existem – por se “estar diante de um caso de ação não deôntica ou pela imediatidade da atuação” –, em contexto que tampouco há motivação formal preexistente, a despeito de essa atuação ser fundamentada ulteriormente. Esclarece, em acréscimo: “tal margem de manobra não costuma vir explicitada nas normas jurídicas que habilitem a competência ou conduta, pois é inerente e natural de algumas funções, estando, portanto, implicitamente atribuída, inferida normalmente de uma interpretação sistemática” (2016a, p. 271). Ao final, cita a categoria dos *street level bureaucrats* como a de um universo no qual a aplicação da apreciatividade seria mais evidente.

Com idêntico pensamento, Queiroz (2016, p. 109) sustenta que a atuação policial se encontra à margem daquilo ordinariamente reconhecido como atividade administrativa, se inserindo, a bem da verdade, em um ambiente onde seus agentes se acham, constantemente, em situações de extrema pressão, com decisões a serem tomadas de maneira urgente, “o que reclama a adoção, nesses casos específicos, de um outro instituto, o da apreciatividade administrativa”.

Fica o registro, no entanto, que a despeito dessa nova proposição de Saddy, a qual não poderia deixar de ser mencionada até pela sua inovação no campo ora em estudo, fato é que a temática presentemente versada sempre foi examinada sob o signo da “*discretionariedade*” policial – como parece já ter ficado claro –, nomenclatura consolidada na literatura especializada e que continuará sendo empregada, doravante, nesta dissertação.

Delineados tais contornos, e uma vez que a *discretionariedade* policial – até mesmo no âmbito da aplicação seletiva da lei – se encontra empiricamente comprovada, inclusive por experimentos sociais, o próximo passo a ser dado é o de se debruçar sobre algumas das

indagações que na perspectiva de Klockars (1985, p. 107) se revelam verdadeiramente desafiadoras nesse campo: *quais providências adotar a respeito dessa realidade e o que pode ser feito para aperfeiçoar a qualidade das decisões tomadas nesse âmbito?* Nessa direção sugere a existência de 3 tipologias: a) a máscara da total aplicação da lei - “*A Mask of Full Enforcement*”; b) o modelo de regulamentação pública - “*The Public Rulemaking Model*”; e c) o verdadeiro modelo profissional - “*The True Professional Model*” (1985, p. 107-108).

Para os adeptos da máscara da total aplicação da lei nada deve ser feito ou publicamente admitido. Sustentam que a revelação pública dessa discricionariedade apenas traria prejuízos, pois poderia atingir a imagem de imparcialidade das burocracias policiais, tornando o serviço ainda mais complicado. Defendem, ainda, que tal providência poderia gerar uma espécie de insatisfação ou ressentimento não apenas nos cidadãos cujos comportamentos buscam cumprir a lei, como também naqueles outros que tiveram a lei aplicada contra si. Finalmente, ao tornar pública uma política de aplicação discricionária abre-se um flanco ainda maior para o exercício de pressão por grupos externos de interesse, tudo em prejuízo à própria política a ser formulada e implementada (KLOCKARS, 1985).

As ideias concernentes ao modelo de “regulamentação pública”, por sua vez, não passam daquelas já expostas, as quais possuem como seu maior expoente Davis. Ao reconhecer na polícia uma natureza de agência regulatória, em vez de uma agência de mera aplicação da lei, Davis advoga que essa burocracia passe a atuar como tal, explicitando, publicamente, as políticas a norteá-la na aplicação seletiva da lei. Tal anúncio da política à população deve, ainda, ser feito antes da sua colocação em prática, a fim de que eventuais interessados possam apresentar críticas ou sugestões visando o seu aperfeiçoamento. (apud KLOCKARS, 1985, p. 108).

Ao fazer políticas públicas de aplicação seletiva e ao fazê-las dessa maneira pública, Davis argumenta, advirão três virtudes primárias: 1) a política irá se aperfeiçoar porque ela será feita antecipadamente pelos administradores superiores, e não pelos policiais individualmente de forma ad hoc; 2) a política irá ser aperfeiçoada ao ser tornada pública porque aquelas políticas que não puderem resistir ao escrutínio público serão minimizadas ou eliminadas; e 3) a política vai ser aperfeiçoada porque, uma vez que é tornada pública, ela pode ser objeto de testes e avaliações e, em resposta à críticas justificadas, continuamente modificada e refinada. (KLOCKARS, 1985, p. 108 – tradução nossa).

Por fim, o modelo “verdadeiramente profissional” – inspirado em Bittner (1970) – possui uma natureza híbrida. Da máscara da aplicação total, ele retira a ideia de que uma parte da política de aplicação seletiva – não toda ela – deve sim se manter em segredo e distante do

escrutínio popular, por inserir-se no âmbito de um sigilo profissional tido como *conditio sine qua non* para o próprio êxito da política formulada¹⁵. De outra banda, e em que pese defenda a necessidade – ainda que não integral – de estruturação dessa discricionariedade, rompe com o modelo de regulamentação pública nos seguintes aspectos: a) o primeiro deles justamente ao sustentar que parcela significativa da política de aplicação seletiva não pode vir a público; b) ao estabelecer que a regulamentação deve, prioritariamente, levar em consideração o resultado de pesquisas científicas e a *expertise* profissional dos policiais, e não ser proveniente de um processo público como advogado por Davis¹⁶; c) ao defender um maior nível de discricionariedade para o profissional da rua, e não para os seus superiores hierárquicos como pretendido por Davis.

Importante anotar que tais modelos, juntamente com o seu contrafactual – negatório de uma discricionariedade policial que descampa para a aplicação seletiva da lei – foram, em alguma medida, operacionalizados no instrumento (questionário) que restou aplicado na etapa de campo desta investigação de mestrado. Em suma, é esse o marco teórico que circunscreve a temática da discricionariedade policial, o qual foi testado a partir do *Survey* com promotores e procuradores do MP.

2.3.3. Da discricionariedade do membro do Ministério Público a respeito dos parâmetros de licitude da atuação policial

Um grande perigo ou receio da atuação policial discricionária, pelo menos do ponto de vista daquele profissional que a executa, é o de que suas decisões possam vir a ser reapreciadas por integrantes da burocracia responsável pelo seu *accountability*, no caso o Ministério Público. Isto porque os órgãos ministeriais, ao se debruçarem e interpretarem as mesmas normas inicialmente ponderadas – ainda que em tese – por aquele policial, poderão

¹⁵ Esclarece Klockars (1985, p. 109 – tradução nossa): “Se, por exemplo, a polícia anunciasse publicamente uma política de aplicação seletiva que dissesse que eles não iriam realizar a prisão de pessoas que dirigissem a menos de 10 milhas por hora acima da velocidade máxima permitida, não é desarrazoado prever que a média de velocidade do trânsito iria subir até o limite discricionário”.

¹⁶ Segundo Klockars (1985, p. 109 – tradução nossa), “o que o modelo verdadeiramente profissional aspira é fazer a maior parte da política de aplicação seletiva não uma matéria de debate político, mas sim um produto da técnica, do conhecimento científico”.

chegar a conclusões diametralmente opostas, firmando entendimento pela ilicitude da conduta praticada.

Evidentemente, se tal risco já é significativo nos casos de mera ambiguidade ou indeterminação da norma que lastrou o comportamento, a situação só se agrava em estatutos de *full enforcement*, especialmente nos casos de eventual aplicação seletiva da lei¹⁷. Isto porque, ao menos em território brasileiro, o ordenamento em comento, como se verá, não vincula apenas a burocracia policial. Ao revés, também opera seus efeitos no âmbito do Ministério Público, quer na seara criminal, quer, ainda, na do direito administrativo sancionador. Dito de outro modo, se nos casos de conceitos jurídicos indeterminados o Promotor de Justiça, *e.g.*, pode avaliar que a interpretação do agente de campo não foi a mais apropriada, nas hipóteses de aplicação seletiva da lei é possível até mesmo que defenda a inviabilidade, ilegalidade e inconstitucionalidade dessa postura, buscando a punição do seu respectivo executor.

Essa tensão ganha contornos mais dramáticos quando se tem em mente que um dos princípios institucionais do Ministério Público é, justamente, o da independência funcional (CR/88, art. 127, § 1º – BRASIL, 1988), que confere a cada um dos seus integrantes, de forma individualizada, a prerrogativa de se submeter apenas à sua consciência e ao ordenamento jurídico, numa independência que lhes retira qualquer submissão hierárquica no exercício da sua atividade-fim (GARCIA, 2017; MAZZILI, 2017).

Compreensível, nessa senda, as colocações de Klockars (1985, p. 94), para quem “mesmo hoje, muitas corporações policiais minimizam ou negam a existência dos seus enormes poderes de discricionariedade”, sendo que “elas possuem um bom número de boas razões para assim proceder” (tradução nossa). Justifica sua posição discorrendo sobre estatutos de *full enforcement*, a doutrina da separação dos poderes e o ideário de um governo de leis e não de homens, elementos que certamente inibem o reconhecimento da discricionariedade, pois se encontram no centro do debate alusivo a licitude [ou não] das condutas. Exemplo do discurso a dificultar assunção formal dessa subjetividade pode ser extraído de Archuleta, então Chefe de Polícia, mencionado nas obras de Goldstein (2003, p. 145) e Klockars (1985, p. 95)

¹⁷ Por aplicação seletiva, entenda-se, como já assinalado, aquela decisão de, deliberadamente, não dar cumprimento ao comando legal (*e.g.* prender em flagrante), a despeito de presentes, a toda evidência, os seus requisitos ensejadores.

Um policial não tem poder discricionário para prender ou deixar de prender mais do que um juiz o tem para julgar ou não julgar... Quando algumas pessoas defendem a filosofia de que um policial tem poder discricionário para prender um indivíduo ou levá-lo para casa, elas estão falando sobre aplicação discriminatória de leis que é corrupção policial.

Como pontuado alhures, o Ministério Público, além de exercer o controle externo da atividade policial, dispõe do monopólio da ação penal pública. É de se observar que a esmagadora maioria das infrações penais previstas no ordenamento jurídico brasileiro se enquadra nessa natureza, dentre as quais, *e.g.*, os delitos de tortura (Lei Federal n. 9.455/1997), homicídio (CP, art. 121), prevaricação (CP, art. 319), resistência (CP, art. 329), desobediência (CP, art. 330), desacato (CP, art. 331), abuso de autoridade (Lei Federal n. 4.898/1965) etc. Outrossim, boa parte dos delitos faz uso de conceitos no mínimo ambíguos, que a partir de um exercício hermenêutico podem conduzir a resultados distintos¹⁸.

¹⁸ O delito de tortura, por exemplo, na sua modalidade prevista no art. 1º, inciso II, da Lei 9.455/1997, exige que a vítima seja submetida a “*intenso sofrimento físico e mental*”. Cuida-se de um crime grave com pena de reclusão de 2 a 8 anos. Mas do que se trata esse “*intenso sofrimento físico e mental*”? Nos extremos sempre haverá uma zona de certeza. O verdadeiro problema reside na área cinzenta. Isto porque há uma distância abissal, inclusive nas sanções previstas, entre a gravidade dessa infração penal para os crimes, *e.g.*, de lesões corporais e/ou abuso de autoridade. Exemplo de hipótese em que, até o Superior Tribunal de Justiça, se discutiu a questão do “*intenso sofrimento físico e mental*” à luz do caso concreto pode ser vista no julgamento do REsp 856706/AC, 5ª Turma, Relator para o Acórdão Min. Félix Fischer, DJe 28/06/2010. Além disso, a autoridade policial que trate um caso de tortura como de “mero” abuso de autoridade, com instauração, eventualmente, de um Termo Circunstanciado de Ocorrência [instrumento previsto na Lei dos Juizados Especiais e de verticalidade apuratória muito mais branda] no lugar de um inquérito policial poderá, em tese, se convencido o Ministério Público do seu dolo (direto ou eventual) ser dada como incurso nas penas do art. 1º, § 2º, da Lei de Tortura, que criminaliza “*aquele que se omite em face dessas condutas [tortura], quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las*” (BRASIL, 1997).

Também indeterminados os conceitos, *v.g.*, de “*ato de ofício*” e “*interesse pessoal*” no delito de prevaricação (CP, art. 319), e os de “desacatar”, “desobedecer” e “opor-se à execução”, nos crimes de desacato (CP, art. 331), desobediência (CP, art. 330) e resistência (CP, art. 329). Em relação aos três últimos, a linha que os separa, em sentido diametralmente oposto, do reconhecimento do crime de abuso de autoridade do policial que tenha prendido ou conduzido o cidadão à delegacia de polícia é muito mais tênue do que se pode imaginar (Lei 4.898/1965, art. 3º, “a” - que criminaliza a conduta de atentado à liberdade de locomoção). É o que se colhe do julgamento, no Supremo Tribunal Federal, do Inq 3215/RS, proferido pelo Tribunal Pleno, relatado pelo Min. Dias Toffoli, e publicado em data de 25/09/2013.

Em idêntico eito, conforme estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal (RE 603616/RO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 09/05/2016), os conceitos de “*justa causa*” ou “*fundadas razões*” que apontem para uma situação de flagrante delito e, conseqüentemente, autorizem o ingresso em domicílio alheio mesmo sem prévia autorização judicial. Se o Ministério Público avaliar que as “*fundadas razões*” não foram tão fundadas assim, o policial poderá, em tese, responder pelo crime de abuso de autoridade (art. 3º, “b”, da Lei 4.898/1965 – BRASIL, 1965).

Assim também o reconhecimento [ou não] de um bingo beneficente – *e.g.* o realizado por uma quermesse de uma Igreja – como uma modalidade de jogo de azar criminalizada pelo art. 50, do Decreto-Lei nº 3.688/1941 (BRASIL, 1941). Essa discussão pode ser extraída, *e.g.* dos seguintes julgamentos: STJ, REsp 1438815/RN, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 22/11/2016; TJPR, AC nº 106.897-9, Rel. Des. Dilmar Kessler, DJ. 29/10/2001. Pode não parecer, mas esse debate também perpassa e muito sobre um conceito jurídico indeterminado. Discute-se se a conduta de “explorar” jogo de azar – prevista no referido tipo penal – traz ínsita ou não a intenção de auferir lucro.

Não fosse o suficiente, o Ministério Público – na grande maioria das vezes¹⁹ – está sujeito ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, o que não passa de uma repercussão do *full enforcement* na sua atividade. Sobre esse princípio e seus efeitos no campo do poder discricionário ministerial, anota Pacelli (2017, p. 132):

Do dever estatal da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante de fato que, a seu juízo, configura um ilícito penal. Daí a regra básica da ação penal pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da obrigatoriedade. Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal. A obrigatoriedade da ação penal, portanto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência ou oportunidade da propositura da ação penal.

O princípio é de tal forma cogente que se o membro do Ministério Público requerer o arquivamento de uma investigação – no lugar de oferecer a inicial acusatória –, determina o Código de Processo Penal que o seu pedido seja endereçado ao juiz competente, o qual deverá atuar como verdadeiro fiscal da aludida obrigatoriedade, analisando a idoneidade dos fundamentos ali consignados. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 2. RECONHECIMENTO DE LEGÍTIMA DEFESA. AUSÊNCIA DE DENÚNCIA POR CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. DECISÃO COM MOTIVAÇÃO DEFICIENTE. NÃO VERIFICAÇÃO. EXTENSIVA FUNDAMENTAÇÃO NO PEDIDO DE ARQUIVAMENTO. ACOLHIMENTO PELO MAGISTRADO. FISCAL DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE. 3. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. O dever de motivação do pedido de arquivamento é do Ministério Público e não do Juiz, que antes do início da ação penal atua como fiscal do princípio da obrigatoriedade. Assim, cabe ao magistrado acolher as razões do órgão acusador

¹⁹ As exceções ao princípio da obrigatoriedade da ação penal são pontuais, a exemplo da possibilidade de oferecimento de transação penal no âmbito dos Juizados Especiais Criminais (art. 76, da Lei 9.099/1995; art. 91, da CR/88) ou de não oferecimento da denúncia em decorrência de acordo de colaboração premiada, a teor do art. 4º, § 4º, da Lei Federal n. 12.850/2013. Em medida absolutamente recente e inédita – e de duvidosa constitucionalidade – o Conselho Nacional do Ministério Público publicou, no dia 08 de setembro de 2017, a Resolução de n. 181/2017, que, ao disciplinar “*a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público*”, previu, no seu art. 18, a possibilidade de formulação de “*acordo de não-persecução penal*” em casos específicos, sempre de crimes praticados sem violência ou grave ameaça (BRASIL, 2017a). Já há, no entanto, caso de Ministério Público Estadual (Minas Gerais) que recomendou a não aplicação desse ato, por nele vislumbrar fortes indícios de ilegalidade e inconstitucionalidade. É o que se colhe da Recomendação Conjunta PGJ CGMP 2/2017 (MINAS GERAIS, 2017). Outrossim, tanto o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil quanto a Associação dos Magistrados do Brasil ajuizaram, junto ao STF, ações declaratórias de inconstitucionalidade do mencionado ato normativo (ADIs 5.793 e 5.790, respectivamente).

e arquivar o inquérito, ou aplicar a regra do art. 28 do Código de Processo Penal, acaso discorde da fundamentação declinada no pedido de arquivamento.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RMS 43.665/PE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 18/06/2014 – **grifo nosso**)

A mesma lógica opera no âmbito do direito administrativo sancionador, mais especificamente na seara da lei de improbidade administrativa (Lei Federal n. 8.429/1992), onde a indeterminação dos conceitos utilizados é ainda maior. Evidência concreta do que se afirma pode ser extraído da redação do seu art. 11, que considera “ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições” (BRASIL, 1992).

O nível de complexidade da questão apenas sobe quando se tem em mente que a jurisprudência pátria firmou entendimento no sentido de que nem toda ilegalidade configura improbidade, o que acabou criando um maior espectro para subjetividades na apreciação de cada caso. Consolidou-se nos tribunais a ideia de que “*meras irregularidades*” (vide STJ, AgInt no AREsp 922.590/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/04/2017 – BRASIL, 2017) ou “*meras ilegalidades*” (vide STJ, REsp 984.808/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 05/11/2013 – BRASIL, 2013) não constituem improbidade administrativa, malgrado os critérios utilizados para essa distinção não sejam sempre tão objetivos.

Além disso, também nesse campo vigora o princípio da obrigatoriedade, com amparo expresso no art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992, que veda a celebração de transações, acordos ou conciliações no âmbito das ações de improbidade administrativa. Cuida-se de proibição que se estende para a fase pré-processual, retirando do Ministério Público qualquer possibilidade de formular um negócio jurídico como alternativa ao ajuizamento da ação de improbidade²⁰. Nesse sentido, as reflexões de Garcia e Alves (2017, p. 911):

Como já dito, a Lei n. 8.429/1992 veda, em seu art. 17, § 1º, qualquer tipo de transação, acordo ou conciliação no campo da improbidade, do que também decorre a proibição de celebração de termos de ajustamento de conduta de modo a afastar a aplicação das sanções previstas em seu art. 12. A regra, como também visto, representa claro desdobramento do princípio da

²⁰ De forma minoritária, há quem advogue em sentido contrário, vislumbrando a possibilidade de transações nesse campo (DIDIER JR; ZANETI, 2017). Em idêntico vetor – embora de duvidosa legalidade – a recentíssima e inédita Resolução de n. 179/2017 do CNMP, publicada na imprensa oficial no dia 06 de setembro de 2017, que, em seu art. 1º, § 2º, previu o cabimento do “compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa” (BRASIL, 2017b).

obrigatoriedade da ação civil pública, derivando, por outro lado, das peculiaridades do sistema de legitimação extraordinária, no qual o titular do direito de ação não pode dispor do direito material.

Poder-se-ia argumentar que, diferentemente do existente na seara criminal, o Ministério Público não é detentor do monopólio do ajuizamento das ações de improbidade administrativa, e isso é uma verdade. Ocorre, por outro lado, que ele dispõe de um instrumento investigatório não raro indispensável para a coleta das evidências necessárias ao ajuizamento da ação: o inquérito civil (CR/88, art. 129, III). Ademais, lhe foi outorgado o poder de “requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias” (Lei 7.347/1985, art. 8º, § 1º – BRASIL, 1985), circunstâncias que, somadas, acabam por torná-lo o legitimado ativo por excelência das ações de improbidade administrativa, mormente – pelas razões já declinadas – nos casos envolvendo desvio de conduta policial.

Portanto, pretende-se demonstrar com tais ponderações que se é bem verdade que a polícia – como uma burocracia do nível da rua – ostenta e faz uso de uma acentuada discricionariedade, também o é que o Ministério Público exerce um significativo poder discricionário na definição dos limites de licitude das decisões policiais, ao menos para efeito de deflagração [ou não] de ações penais e/ou de improbidade administrativa. Daí porque – como afirmado no princípio deste tópico – uma larga margem de discricionariedade não estruturada nas mãos de um policial pode, eventualmente, pesar contra os seus próprios interesses e, quiçá, contra o interesse público.

De outra banda, reconhece-se que embora goze o Ministério Público da prerrogativa de “expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública” (LC 75/1993, art. 6º, XX – BRASIL, 1993), e lhe compita “representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder” (LC 75/1993, art. 9º, III – *idem*), não há notícias de muitas ações dessa natureza que objetivem uma regulamentação mais amíúde da atividade policial.

Como não poderia ser diferente, essa questão da discricionariedade de membros do MP será apreciada também do ponto de vista empírico, em conjunto com os modelos propostos por Klockars, cuja lógica de desenho quantitativo já se encontra explícita na introdução da dissertação.

3. A DISCRICIONARIEDADE POLICIAL NA PERCEPÇÃO DE PROMOTORES E PROCURADORES DE JUSTIÇA DE SALVADOR – BAHIA

Compreender a discricionariedade policial na concepção de promotores e procuradores de justiça lotados na cidade de Salvador-Bahia é o principal objetivo deste trabalho. Porém, antes de encetar o enfrentamento dos achados obtidos a partir da pesquisa de campo, é de rigor discutir alguns aspectos da metodologia empregada, do instrumento de coleta aplicado e dos modelos confrontados, tudo isso dentre outras questões tidas como relevantes para as dimensões de validade e confiabilidade da investigação.

Por se tratar de uma pesquisa de levantamento, *survey*, com amostra probabilística²¹, impende realizar algumas considerações de natureza eminentemente descritivas com o fito de caracterizar o trabalho de campo e, sobretudo, o perfil dos entrevistados.

3.1 MATERIAIS E MÉTODOS

A pesquisa em comento se valeu de uma abordagem quantitativa com o emprego do método *survey*, considerado como mais adequado para a medição numérica da opinião / percepção de indivíduos ou grupos sociais – neste caso promotores e procuradores de justiça da capital baiana - a respeito de uma determinada temática ou problema elegido – discricionariedade da atividade policial, consoante alerta Creswell, 2010.

A aplicação do instrumento se deu por administração indireta – considerada como mais confiável²² –, tendo o autor se valido da colaboração de uma equipe composta por cinco aplicadores e uma coordenadora de campo com *expertise* na área, os quais passaram por um prévio treinamento e alinhamento teórico e metodológico. A despeito disso, e como estratégia de sensibilização dos entrevistados, remeteu-se comunicado informando sobre a pesquisa a todos os membros do MP lotados na cidade de Salvador, ora sorteados, isso somente após o

²¹ Quando todos os elementos de uma população possuem probabilidade conhecida e não nula de ser parte da amostra escolhida.

²² Conforme advertem Quivy e Campenhoudt (2013, p. 188-189): “[...] o questionário chama-se 'de administração indirecta' quando o próprio inquiridor o completa a partir das respostas que lhe são fornecidas pelo inquirido. Chama-se de 'administração directa' quando é o próprio inquirido que o preenche. O questionário é-lhe entregue em mão por um inquiridor [...] ou endereçado pelo correio ou por qualquer outro meio. Escusado será dizer que este último processo merece pouca confiança e só excepcionalmente é utilizado na investigação social, dado que as perguntas são muitas vezes mal interpretadas e o número de repostas é geralmente demasiado fraco”.

acesso da equipe de campo às dependências – prédios públicos – do Ministério Público da Bahia ter sido autorizado mediante solicitação formal à Procuradoria-Geral de Justiça, nos autos do procedimento de SIMP nº 003.0.8455/2017.

Ademais, diligenciou-se no sentido de que cada momento de aplicação do questionário se fizesse acompanhar de cópia de uma carta de apresentação da pesquisa, de onde constavam considerações gerais a respeito do seu objeto e também do critério utilizado para a seleção da amostra. Assim, obteve-se êxito na aplicação de 112 (cento e doze) questionários, dos quais 87 com promotores e 25 com procuradores de justiça.

A amostra dos respondentes foi extraída da população de 260 (duzentos e sessenta) membros do Ministério Público com atuação em Salvador/Ba, dentre os quais 203 (duzentos e três) promotores e 57 (cinquenta e sete) procuradores de justiça. Essa listagem de profissionais disponibilizada pelo MP ao pesquisador serviu como moldura para o procedimento de amostragem.

O cálculo da amostra se deu por intermédio da contratação de profissional estatístico e assumiu uma prevalência de 50%, erro amostral de 10%, intervalo de confiança de 95%, poder de 80%, e com a aplicação de fórmula aleatória encampada por Bernard Rosner (2010) alcançou um número mínimo de 111 (cento e onze) respondentes, a serem estratificados, de forma proporcional, entre promotores e procuradores de justiça. Para dar conta de uma margem de possíveis recusas de respondentes, sortearam-se de forma aleatória simples 133 (cento e trinta e três) profissionais, dos quais 29 procuradores e 104 promotores. No entanto, algumas intercorrências em campo, a serem detalhadas adiante (profissionais de férias, licença médica, recusas etc), exigiram a seleção de novos respondentes para além da quota extra já sorteada, o que foi realizado pelo critério aleatório sistemático. Vale dizer, elegia-se da população restante 01 (hum) a cada 05 (cinco) nomes.

O recorte espacial de profissionais com atuação na Comarca de Salvador/Ba se deu por três razões principais. A primeira delas por se tratar da maior comarca do Estado (em termos populacionais), dispondo, conseqüentemente, de um número de profissionais adequado para a realização de um estudo com abordagem quantitativa. A segunda, por ser a única comarca do Estado que, atualmente, conta com membros do Ministério Público em atuação nos 1º e 2º graus de jurisdição – promotores e procuradores de justiça, respectivamente. A terceira se relaciona com o fato de todos os profissionais ali lotados já terem atuado, necessariamente, no interior do Estado, o que incrementa o potencial de

generalização da presente pesquisa para alcançar não apenas a opinião e percepção daqueles atuantes em Salvador, como também para sugerir que os mesmos resultados possam, em alguma medida, retratar a realidade das percepções dos demais membros do Ministério Público, ou seja, do órgão como um todo.

O instrumento utilizado para a coleta, ou construção, dos dados foi composto de oito blocos, com quantitativo de questões e objetivos descritos no Quadro abaixo (quadro 1).

Quadro 1 – Caracterização do Instrumento de Coleta de Dados

BLOCO	NATUREZA DAS QUESTÕES	OBJETIVO
Bloco I	18 (dezoito) questões predominantemente fechadas	Caracterizar o perfil do entrevistado
Bloco II	09 (nove) questões predominantemente fechadas	Retomar trajetória profissional do entrevistado
Bloco III	04 (quatro) questões abertas, de livre associação	Levantar percepções sobre condições de trabalho policial e de membros do Ministério Público
Bloco IV	08 (oito) assertivas fechadas com escala Likert (concordância em 5 níveis + “não sabe”)	Levantar percepções sobre a possibilidade jurídica do poder discricionário policial na aplicação seletiva da Lei
Bloco V	09 (nove) assertivas fechadas com escala Likert (concordância em 5 níveis + “não sabe”)	Levantar percepções sobre a discricionariedade policial & os modelos de análise elencados
Bloco VI	12 (doze) assertivas fechadas com escala Likert (concordância em 5 níveis + “não sabe”)	Levantar percepções sobre a aplicação seletiva da Lei no caso concreto
Bloco VII	10 (dez) assertivas fechadas com escala Likert (concordância em 5 níveis + “não sabe”)	Levantar percepções sobre a discricionariedade do Promotor sobre o controle da conduta policial
Bloco VIII	03 (três) questões abertas, de livre associação	Levantar Impressões sobre as Corregedorias da Polícia Civil, da Polícia Militar e da SSP

Fonte: autoria própria.

Do ponto de vista da validade de constructo, no que se referem às medidas de opinião dos membros do Ministério Público acerca da possibilidade de aplicação seletiva da lei pela burocracia policial – vertente manifesta de sua discricionariedade –, nas assertivas do instrumento – blocos IV a VI – foram operacionalizadas características de 03 (três) modelos concebidos na literatura, acrescidos de conjecturas contrafactuais – que negam a viabilidade dessa atuação discricional – e as demais diferentes formas de lidar e de se trabalhar com essa subjetividade (*Mask of Full Enforcement; Rulemaking; e The True Professional Model*), conforme detalhado no capítulo 1.

Cumprido ressaltar o fato de o questionário ter sido elaborado e adaptado tomando-se como referências variáveis e questões de instrumento utilizado anteriormente em pesquisa internacional na qual também se cuidou da temática ora em voga (WORTLEY, 2003) – discricionariedade policial. Esse estudo, também de levantamento e com emprego de escala Likert, foi realizado com centenas de policiais australianos, tendo seus dados testados estatisticamente se valendo de análise fatorial. Buscou, entretanto, identificar a existência de eventuais associações entre, de um lado, os estilos de policiamento descritos por Wilson (1978)²³ – em todo associado a uma atuação discricional – e, de outro, perfis autoritaristas, etnocêntricos e, ou, de crença no crime como produto sobretudo de um comportamento antissocial do criminoso²⁴.

²³ Wilson (1978) apresenta na sua obra 03 (três) distintas estratégias / estilos de policiamento usualmente empregados no campo da atuação discricional das corporações policiais, e que espelham de alguma maneira a tensão existente entre as perspectivas de *law enforcement* e *order maintenance* a respeito da sobredita burocracia (MUNIZ e SILVA, 2010): a) “*the watchman style*” (estilo vigilante - 1978, p. 140-171; b) “*the legalistic style*” (estilo legalista – Wilson, 1978, p. 172-199; e c) “*the service style*” (estilo prestador de serviço - Wilson, 1978, p. 200-226). Em apertadíssima síntese, “para um departamento do tipo observador, a lei penal é tida como um mecanismo que capacita a polícia para manter a ordem e proteger os outros quando uma infração grave tenha ocorrido” (Wilson, 1978, p. 144-145 – tradução nossa). Daí porque não raro os departamentos com essa marca ignoram pequenas infrações. No estilo legalista a intervenção tende a ser formal e, frequentemente, culmina em prisões. Embora se admita que os policiais nem sempre podem agir de acordo com o que diz a literalidade da lei, em departamentos dessa espécie os profissionais de maior nível hierárquico orientam seus subordinados – sobretudo os que trabalham no nível da rua – a lidar com as situações comuns do seu cotidiano “como se fossem questões de aplicação da lei em vez de manutenção da ordem” (Wilson, 1978, p. 172 – tradução nossa). Por último, no departamento do tipo prestador de serviço “a polícia leva a sério todas as solicitações para a aplicação da lei ou manutenção da ordem (ao contrário da polícia de estilo observador), porém é menos propensa a responder efetuando uma prisão ou impondo outras sanções (ao contrário da polícia de estilo legalista). A polícia intervém com frequência, mas não formalmente” (Wilson, 1978, p. 200 – tradução nossa), se utilizando, usualmente, de advertências e outros expedientes menos graves.

²⁴ Segundo Wortley (2003), os policiais orientados para uma discricionariedade do tipo *service style* foram negativamente correlacionados com perfis autoritaristas, e com a crença de que o crime é causado por propensões individuais dos ofensores. Por outro lado, os profissionais norteados por uma discricionariedade do tipo *watchman style* foram positivamente associados a perfis mais autoritaristas, etnocêntricos, e na compreensão do crime como um produto de uma decisão individual do ofensor.

Daí porque, embora o instrumento aplicado nesta pesquisa não tenha se submetido a um procedimento de pré-teste – também em virtude do pequeno universo de potenciais respondentes do MP e à escassez de tempo para a realização da pesquisa –, é possível afirmar que se calcou em modelo previamente experimentado e que cuidou de temática análoga à ora analisada.

Entrementes, a partir do questionário aplicado ainda se tentou aferir o quanto as fronteiras de licitude do poder discricionário policial – especialmente nas áreas crime e de improbidade administrativa – se encontram sujeitas aos respectivos limites de discricionariedade dos próprios entrevistados. Indagou-se, outrossim, se ao Ministério Público é dado de alguma maneira estruturar ou melhor regulamentar esses espaços de subjetividade – da burocracia policial –, bem como se são comuns ações de tal natureza.

Em suma, e com base nos modelos apresentados, o instrumento buscou testar as seguintes hipóteses:

Hipótese Nula (H0): os entrevistados tenderão a negar a juridicidade da discricionariedade policial na aplicação seletiva da lei, afirmando, portanto, sua ilicitude e incompatibilidade com estatutos de *full enforcement*.

Hipótese Alternativa 1 (H1): os entrevistados tenderão a inadmitir, por incompatibilidade com estatutos de *full enforcement*, a licitude de uma discricionariedade policial que descambe para uma aplicação seletiva da lei, **embora reconhecendo, em determinados contextos, a necessidade de uma tal subjetividade**;

Hipótese Alternativa 2 (H2): ao reconhecerem, ainda que excepcionalmente, a possibilidade de aplicação seletiva da lei pela burocracia policial, os entrevistados se inclinarão em favor do modelo da máscara de aplicação total (Klockars, 1985).

Entrando brevemente na descrição de aspectos do trabalho de coleta, produção dos dados, o desenvolvimento do *survey* se deu entre os dias 08/05/2017 e 21/07/2017, dentro do período de três meses recomendado para este tipo de pesquisa (BABBIIE, 2003), por meio da aplicação de questionários face a face, isto é, de administração indireta, conforme pontuado. O tempo médio de aplicação do questionário girou em torno de 40 (quarenta) minutos.

As entrevistas ocorreram, predominantemente, nas sedes do Ministério Público e, eventualmente, nas dependências de outras unidades do sistema de justiça – a exemplo do Fórum Criminal e do Fórum das Famílias – mediante, quase sempre, o prévio agendamento com cada um dos respondentes. Devido ao fato de muitos dos respondentes – especialmente

os promotores – não possuem um gabinete próprio onde pudessem ser localizados - não raro se deslocando de casa para audiências e vice-versa, numa rotina marcada por pequenos espaços em suas agendas – houve alguma dificuldade para a finalização do campo, que ainda contou com 09 (nove) recusas no estrato de procuradores e 15 (quinze) no de promotores. A isso se some diversos respondentes que se achavam de férias, licença, afastamento das funções profissionais, dentre outros, circunstâncias que exigiram, como visto, a seleção de novos nomes.

Diante de tal cenário, foi necessário que o pesquisador, na condição de colega de trabalho dos respondentes – embora não os conhecendo em sua grande maioria, pois não se encontra lotado na Capital – mediasse o acesso da equipe de aplicadores aos profissionais selecionados, se revelando de fundamental importância para a abertura do campo. O contato com os respondentes também contou com outro agente facilitador, a saber, determinados servidores do Ministério Público que envidaram esforços no sentido de viabilizar a marcação dos dias e horários em que as entrevistas poderiam acontecer.

As preocupações éticas também não passaram ao largo da presente pesquisa. A primeira providência foi no sentido de obter autorização institucional do Ministério Público do Estado da Bahia para acessar seus membros e instalações, o que se conseguiu através de despacho lançado no procedimento de SIMP nº 003.0.8455/2017.

Demais disso, foi garantido o acesso dos interlocutores às informações sobre o estudo realizado a partir de entrega individual de uma “*Carta de Apresentação*” da pesquisa. Igualmente, em cada questionário constavam as advertências de rotina, dentre as quais a possibilidade de recusa a responder qualquer das perguntas ou mesmo de participar do estudo em comento, sem que, para tanto, tivesse a necessidade/constrangimento de apresentar justificativa. Registrava, inclusive, o compromisso de manutenção em sigilo da identidade dos respondentes e com a análise agregada dos dados. Do instrumento ainda se inferia o telefone e endereço de e-mail do autor da pesquisa, para o caso de qualquer dos entrevistados desejar obter maiores informações sobre o trabalho e os seus resultados. Portanto, a autorização institucional e a garantia do consentimento informado, da confidencialidade, do anonimato e da voluntariedade desvelam vertentes da reflexão ética que permeou todas as etapas de desenvolvimento desta pesquisa, desde a coleta de dados até a comunicação dos resultados.

O procedimento de checagem das entrevistas se deu por telefone e de forma proporcional sobre o quantitativo de questionários aplicados por cada um dos integrantes da

equipe de campo. No total, foram realizadas 24 (vinte e quatro) checagens, número superior a 20% (vinte por cento) da amostra, dentre as quais 18 (dezoito) no estrato de promotores e 06 (seis) no estrato de procuradores, não tendo sido identificado nenhum problema de confiabilidade intra ou interobservadores.

Por fim, os dados foram tabulados a partir do *software* IBM SPSS - *Statistical Package for the Social Sciences* -, onde as questões fechadas obedeceram a uma codificação numérica registrada em dicionário de dados com 79 variáveis, tendo sido realizados cruzamentos de variáveis para composição de tabelas bi e multivariadas. Já as questões abertas se submeteram a uma codificação categórica de análise de conteúdo, sem auxílio de software específico, donde se consideraram apenas categorias com frequências mínimas de 03 ocorrências. Tais categorias foram ordenadas em tabelas de frequência, em *excel*, e posteriormente inseridas no software R para elaboração de nuvens de palavra.

3.2 PROMOTORES E PROCURADORES DE JUSTIÇA DA CAPITAL BAIANA: UM RETRATO²⁵

A partir das respostas apresentadas, sobretudo ao Bloco I do instrumento aplicado, foi possível delinear um perfil dos 112 entrevistados, dos quais, como visto, 87 eram promotores (aprox. 78%) e 25 procuradores de justiça (aprox. 22%).

²⁵ A título de contextualização, pertinente tecer alguns comentários a respeito da organização do Ministério Público no território brasileiro. Segundo o art. 128 da CR/88 (BRASIL, 1988), referida burocracia se divide em dois grandes feixes: o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados. O primeiro deles, por seu turno, ainda compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e, finalmente, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. O Ministério Público do Estado da Bahia – espécie do Ministério Público Estadual – possui sua carreira estratificada pelos níveis: a) promotor de justiça substituto (porta de ingresso na carreira após aprovação em concurso público); b) promotor de justiça titular de entrância inicial; c) promotor de justiça titular de entrância intermediária; d) promotor de justiça titular de entrância final; e e) procurador de justiça, último nível da carreira. Enquanto os promotores atuam, em regra, junto ao 1º grau de jurisdição, os procuradores oficiam perante o Tribunal de Justiça do Estado. O órgão é chefiado pelo(a) procurador(a)-geral de Justiça, o qual deverá ter, no mínimo, 10 (dez) anos de carreira, podendo ser um promotor ou um procurador. Sua nomeação se restringe a um mandato de 02 (dois) anos, sendo admissível uma única recondução, e ocorre por intermédio de ato do governador do Estado à vista de uma lista tríplice formada pelos nomes mais votados em eleição da qual participam todos os membros do Ministério Público, em voto secreto e plurinominal (BAHIA, 1996). Outrossim, desde a emenda constitucional de n. 45/2004, popularmente conhecida como a da “*Reforma do Judiciário*”, o ingresso no Ministério Público na qualidade de membro exige, além do bacharelado em direito, a comprovação de, no mínimo, três anos de atividade jurídica e aprovação em concurso público de provas e títulos. É o que se colhe do art. 129, § 3º, da CF/88 (BRASIL, 1988).

Entre os promotores, 52 (aprox. 60%) possuem entre 45 e 59 anos de idade, ao passo que outros 23 (aprox. 26%) estão na faixa etária de 35 a 44 anos, não foi identificado nenhum respondente em faixa etária inferior.

Em relação ao tempo de serviço, 55 dos promotores (aprox. 63%) indicaram possuir vínculo num interstício de 22 a 26 anos, sendo que apenas 03 asseveraram um maior tempo de casa. Diferenças na distribuição quantitativa dos sexos foram basicamente inexistentes, pois 44 são do sexo masculino e 43 do feminino.

No que se refere à cor da pele, 41 dos membros com atuação no 1º grau (aprox. 47%) se declararam pardos, seguidos de 34 (aprox. 39%) que se afirmaram brancos. Apenas 07 respondentes (aprox. 8%) se reconheceram como pretos. Encontram-se, em sua grande maioria – 67 respondentes (aprox. 77%) – casados ou em manutenção de união estável, e possuem ao menos um filho cada. De maneira bastante preponderante se declaram católicos – 51 dos respondentes (aprox. 58%) –, contando ainda com 23 entrevistados (aprox. 26%) que se afirmam espíritas, kardecistas ou espiritualistas.

Em referência à escolaridade, convém repisar, o acesso à carreira do Ministério Público não prescinde de nível superior (bacharelado em Direito). Dentre os promotores respondentes, cerca de 40% concluiu a graduação há cerca de 23 e 28 anos (entre 1989 e 1994), ao passo que 28% entre 29 e 34 anos (entre 1983 e 1988). Outrossim, e considerando ser a constituição federal em vigor datada de outubro de 1988, é possível identificar que 25 entrevistados (aprox. 29%) concluíram seu nível superior em direito antes mesmo da promulgação da atual Carta (período de 1970 a 1987). Demais disso, 73 dos promotores (aprox. 84%) declararam ter dado início a algum curso de pós-graduação.

Já no estrato de procuradores, nível final da carreira, 52% dos respondentes declararam ter entre 45 e 59 anos, e os demais informaram mais de 60 anos de idade. Em termos de tempo de serviço como um todo – incluindo o período como promotor de justiça –, 13 dos entrevistados (52%) confirmaram possuir entre 25 e 33 anos de Ministério Público, ao passo que os 48% restantes asseveraram ter entre 34 e 40 anos de casa. Como procurador de justiça propriamente dito, 16 dos respondentes (64%) noticiaram exercer o referido cargo de 2 a 8 anos, ao passo em que os outros 36% já o exercem de 13 a 22 anos. A distribuição de gênero foi basicamente equânime, com 12 respondentes do sexo masculino e 13 do feminino, tal qual no estrato de promotores.

Pertinente à cor da pele, 13 dos entrevistados (52%) se declararam pardos, seguidos de outros 9 (36%) que se reconheceram como brancos. Houve apenas um único caso (4%) de autodeclaração de cor preta. Assim como os promotores, se encontram majoritariamente casados ou em união estável (60%), e possuem, em média, 2 filhos cada. Além disso, se afirmam católicos com significativa maioria – 17 respondentes (aprox. 68%).

No tocante à escolaridade, 10 (dez) dos procuradores (40%) afirmaram ter finalizado o bacharelado em direito por volta de 27 e 32 anos atrás (entre 1985 e 1991). Apenas um respondente concluiu o mencionado curso superior em data posterior (1996 – há 21 anos), tendo 28% finalizado entre 1969 a 1976 (no intervalo de 41 a 48 anos atrás) e outros 28% entre 1978 a 1984 (33 a 39 anos no passado). Ainda é possível afirmar que 19 dos procuradores (76%) terminaram seu curso de direito até o ano de 1987, antes, portanto, da vigência da CR/88. Demais disso, 15 deles (60%) informaram ter dado início a algum curso de pós-graduação.

De uma análise conjunta de ambos os estratos permite-se inferir que 52,7% dos membros respondentes são oriundos de instituição de nível superior – faculdade de direito – de natureza privada. Provêm de núcleos familiares com nível de escolaridade bem superior à média brasileira. Isto porque 32,14% dos pais e 21,4% das mães dos respondentes são portadores de nível superior, ao passo em que 28,5% e 38,8%, respectivamente, contam com nível médio completo²⁶. A isso se some que 21 entrevistados (aprox. 19%) declararam possuir outro curso de graduação em área distinta da do Direito. Não fosse o bastante, são naturais, em sua maioria, de grandes centros urbanos que costumeiramente oferecem maiores recursos, sobretudo na área de educação. Com efeito, 60 dos respondentes (aprox. 53,6%) se declararam naturais de capitais brasileiras, sendo 53 deles de Salvador.

Esses aspectos, quando associados à cor da pele dos respondentes não deixam dúvidas de que “[...] os membros do MP compõem um segmento fortemente elitizado – na maioria homens brancos, oriundos das classes média e alta”, que tem como filtro social “não só o nível de exigência do concurso de entrada, mas também o requisito de três anos de atividade prévia na área jurídica” (LEMGRUBER e RIBEIRO et al, 2016, p. 64).

Indagados sobre a comarca onde exerceram a atribuição criminal pelo maior período de tempo, identificou-se que a despeito do tamanho do Estado da Bahia, 46,4% dos

²⁶ Na faixa de idade acima de 50 anos, segundo dados do Censo Demográfico do IBGE do ano de 2010, apenas cerca de 9% da população brasileira possui nível superior (2010), menos da metade quiçá o terço, portanto, do que observado em relação aos ascendentes de 1º grau dos respondentes.

entrevistados apontaram para unidades situadas no território cultural da região metropolitana de Salvador²⁷. Entrementes, somando-se os respondentes com atuação na área crime – em sentido amplo – com aqueles oficiantes em promotorias especializadas de violência doméstica, juizados especiais criminais, execuções penais, controle externo da atividade policial, tóxico e júri, alcança-se o montante de 57 entrevistados (aprox. 51%) que, atualmente, laboram de forma preponderante junto a uma atribuição criminal, sendo 31 deles do sexo masculino (aprox. 54%) e 26 do feminino (aprox. 46%).

Os demais se encontram com suas atuações pulverizadas entre diversas especialidades existentes no âmbito do MPBA, e que foram regulamentadas pelo seu Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, nos autos do procedimento de nº 003.0.229837/2011, em sessão que se realizou em data de 10 de setembro de 2012. São elas, exemplificativamente: saúde, idoso, consumidor, patrimônio público etc. Tal constatação parece ir ao encontro de achados do estudo coordenado por Lemgruber (*et al*, 2016) no sentido de que os profissionais atuantes na capital – público-alvo da presente pesquisa – são marcados pela especialização das suas atividades, não raro oficiando junto a uma única atribuição. Semelhantemente, Silva (2001) ao identificar que, geralmente, o promotor inicia na carreira em cidades pequenas, atuando como verdadeiros “*clínicos gerais*”, e se especializam a medida que progridem.

O tempo de atuação fora da capital, i.e. no interior do estado, também tem aumentado com o passar dos anos, circunstância que aponta para um afunilamento na movimentação da carreira em Salvador. Noutras palavras, tem crescido o número de interessados por uma vaga na capital quando em vista do quantitativo de cargos ali existentes e aptos a serem providos. Evidência disso é que enquanto os procuradores oficiaram, em média, 6,08 anos longe da capital, os promotores, também em média, laboraram 9,46 anos nessa situação, o que representa um aumento de 56%. De outro lado, não foram identificadas alterações significativas de gênero nesse particular, já que os homens demoram uma média de 8,8 anos para galgarem uma posição na capital, e as mulheres 8,6 anos.

Outro dado digno de nota, 42 dos entrevistados (37,5%) informaram possuir algum familiar até o 3º grau com atuação, pretérita ou atual, junto a forças policiais. Desses, pelo menos 15 (aprox. 36%) afirmaram já ter exercido, antes do vínculo ao Ministério Público,

²⁷ O Estado da Bahia reconhece a existência de 27 Territórios Identidade.

outros cargos em instituições integrantes do sistema de segurança pública, a exemplo da polícia civil, polícia militar, secretaria de segurança pública etc.

Tal achado sugere uma associação, ainda que não robusta, entre as variáveis “*trajetória profissional externa ao MP no Sistema de Segurança Pública*” (que contou com 28 afirmações) e “*familiar em forças policiais*” (com 42 casos). Afinal, mais da metade dos que possuem a sobredita trajetória externa se encontra entre aqueles com vínculo de parentesco com policiais.

Com o objetivo de melhor conhecer as percepções gerais dos respondentes a respeito de órgãos do sistema de justiça, foi solicitada a indicação de até 05 (cinco) palavras que de alguma maneira espelhassem, segundo os seus pontos de vista, as condições de trabalho da Polícia Militar, da Polícia Civil e dos membros do Ministério Público. Essas palavras foram categorizadas através de seu sentido semântico e revelaram particularidades interessantes.

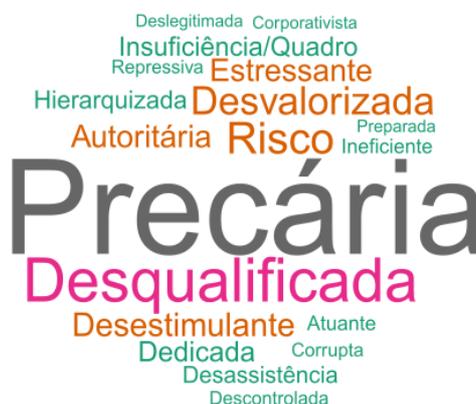
Nas figuras 2 e 3 - nuvens de palavras – observa-se que na percepção dos entrevistados as corporações policiais são marcadas por uma precariedade não apenas de estrutura (equipamentos, instalações etc) como também de qualidade de pessoal, pois a falta de qualificação e preparo técnico dos seus recursos humanos foi amplamente mencionada. Enquanto a ineficiência e a desvalorização da carreira figuraram com destaque em relação à Polícia Civil, no que concerne a Polícia Militar fatores como o risco, o desestímulo, o estresse e a própria desvalorização do ofício mereceram ênfase, associando-se, contudo, ao seu caráter autoritário, mencionado com expressiva incidência quando em comparação ao observado na Polícia Civil. O mesmo ocorreu, aliás, no que diz respeito ao estresse, o risco e o desestímulo, também identificados na corporação civil, porém não com o mesmo relevo da referida burocracia militarizada.

Figura 2 – Nuvem de Palavras “Impressões sobre as condições de trabalho da Polícia Civil”



Fonte: pesquisa de campo, 2017.

Figura 3 – Nuvem de Palavras “Impressões sobre as condições de trabalho da Polícia Militar”



Fonte: pesquisa de campo, 2017.

No tocante às condições de trabalho dos membros do Ministério Público – figuras 4 e 5 -, solicitou-se também aos respondentes a indicação de 05 palavras que descrevessem as realidades do órgão tanto na capital quanto no interior, tudo isso face a premissa de que todos eles iniciaram suas carreiras em comarcas fora da Capital.

As palavras com maior incidência disseram respeito à falta de estrutura de trabalho e, na mesma direção, à insuficiência do *staff* necessário ao bom desenvolvimento do mister. A estruturação das condições de trabalho, de modo curioso, também encontrou um número substancial de ocorrências (todavia em dimensões bastante inferiores ao seu oposto), o que pode sinalizar na direção de que esse fator tem sido reconsiderado com o passar dos anos, embora de maneira muito mais acentuada na capital do que no interior. De salientar que levantamento divulgado, no ano de 2017, pelo Conselho Nacional do Ministério Público aponta o MP da Bahia, dentre todos os MPEs brasileiros, como aquele a possuir o menor número de membros por cem mil habitantes (BRASIL, 2017c, p. 34), quadro este que é muito mais grave nos rincões mais distantes do Estado, como também reconhecido pelos entrevistados.

Outrossim, também se revelam merecedoras de evidência as referências ao risco e ao estresse da atividade desenvolvida pelo membro do MP sobretudo no interior. Com efeito, “*estressante*” foi a segunda categoria mais aludida pelos respondentes ao analisarem as

condições de trabalho fora de Salvador, ao passo em que para a capital sua incidência lhe garantiu apenas a 11ª posição.

Figura 4 - Nuvem de Palavras “Impressões sobre as condições de trabalho do MPBA na capital”



Fonte: pesquisa de campo, 2017.

A ineficiência da atuação e a desarticulação da corporação também foram invocadas, em maior medida para caracterizar as condições de trabalho em Salvador. De todo modo, essa ineficiência parece ser um marco do sistema de justiça do Estado da Bahia como um todo, não se revelando um problema de fácil solução. Levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (2017d, p. 79) demonstra que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia possui o pior índice de congestionamento de ações de todo o país.

O desestímulo da carreira também não deixa de ser um aparte, mormente em face do seu *status*, padrão remuneratório e prerrogativas como a da vitaliciedade. Uma hipótese explicativa à luz desse quadro é que os sobreditos profissionais se ressentem de uma melhor condição de trabalho ou mesmo de uma atuação mais resolutiva.

Figura 5 - Nuvem de Palavras “Impressões sobre as condições de trabalho do MPBA no interior”



Fonte: pesquisa de campo, 2017.

De uma análise comparativa, portanto, infere-se uma condição de trabalho mais favorável na capital do que no interior, onde o estresse, a desestruturação, a falta de membros e o isolamento, como visto, se apresentam de maneira muito mais evidente. Quanto a este último aspecto, oportuno registrar que o Estado da Bahia possui uma área territorial maior do que a de muitos países, contando com comarcas distantes mais de 1000 Km da capital, sendo que são poucos os aeroportos instalados e em funcionamento, contexto que também dificulta uma maior interação com os centros de apoio e demais repartições ministeriais situadas em Salvador.

Noutro vértice, e com a mesma metodologia descrita, os respondentes indicaram até 05 (cinco) palavras para suas impressões sobre as corregedorias da PC, da PM e da SSP. Os dados apontam um significativo descrédito destes órgãos de fiscalização junto aos membros do MPBA (figuras 6, 7 e 8).

As impressões sobre a corregedoria da SSP tiveram como particularidade referências frequentes à sua dependência ou falta de autonomia frente ao poder político, bem como a sua invisibilidade, quiçá inexistência, circunstâncias que são indicativas de uma ausência de prestação de contas por esse órgão fiscalizatório, o qual para muitos parece nem mesmo existir. Apesar disso, a eficiência das suas ações surgiu na quinta posição, em que pese com cerca de 1/4 da representatividade das referências alusivas à sua ineficiência (figura 8).

O caráter discricionário e a ideia de “burocrática”, aqui empregada num sentido mais popular e representativo de um aparato público de ação atravancada e pouco célere, também foram citados com relativa regularidade para os três órgãos de controle.

Figura 6 - Nuvem de Palavras “Percepções sobre a Corregedoria da Polícia Civil”



Fonte: pesquisa de campo, 2017.

As alusões ao “corporativismo”, de um modo geral, foram prevaletentes nos estratos da PC e da PM, aparecendo em segunda posição em relação à corregedoria da SSP. Segue-se a ideia da “ineficiência”, com presença recorrente nas três corregedorias em comento, o que se soma à precariedade das suas estruturas e capacidades fiscalizatória. No estrato relacionado à PM, a eficiência foi a quarta mais citada, porém seguida pela morosidade, desqualificação dos profissionais e não confiabilidade. Do mesmo modo com a PC, já que para além do corporativismo, da ineficiência e da precariedade, surgiram com impacto os elementos da morosidade e da não confiabilidade, e apenas de maneira mais discreta alusões a sua eficiência (figuras 6 e 7).

Figura 7 - Nuvem de Palavras “Percepções sobre a Corregedoria da Polícia Militar”



Fonte: pesquisa de campo, 2017.

Figura 8 - Nuvem de Palavras “Percepções sobre a Corregedoria da Secretaria de Segurança Pública”



Fonte: pesquisa de campo, 2017.

Portanto, é de se observar que as respostas apontam para uma percepção negativa dos respondentes seja a respeito das condições de trabalho das polícias, ou ao que se refere à capacitação dos próprios integrantes dessas corporações, bem como aos seus respectivos órgãos correicionais. Igualmente, também reconhecem no Ministério Público deficiências estruturais graves, as quais comprometem uma melhor prestação do serviço de incumbência dessa burocracia.

Em suma, este é o perfil dos promotores e procuradores de justiça com atuação em Salvador – Bahia. Resta agora analisar o que pensam a respeito da discricionariade policial, da possibilidade de aplicação seletiva da lei por essa burocracia, e do poder discricionário que eles próprios exercem sobre os parâmetros de licitude das decisões tomadas pela burocracia do nível da rua.

3.3 DISCRICIONARIEDADE E APLICAÇÃO SELETIVA DA LEI: as percepções dos membros do Ministério Público na capital baiana

Conforme dito, o bloco IV do questionário aplicado versou sobre a “*possibilidade jurídica do poder discricionário na aplicação seletiva da lei*” e seu objetivo foi o de propriamente colher as opiniões dos respondentes – na condição de fiscais externos da atividade policial – a respeito da temática em voga. **A hipótese nula inicial** era a de que a burocracia pesquisada seria absolutamente refratária ao reconhecimento dessa prerrogativa – ao menos com contornos de licitude – às corporações policiais. Isto porque a ideia de uma instituição constitucionalmente forjada para o resguardo e a proteção da ordem jurídica, como estabelece o art. 127 da CR/88 (BRASIL, 1988) em relação ao Ministério Público, parece afastar-se de uma concepção mais transigente da estrita legalidade.

Nesta direção, os resultados encontrados confirmaram as expectativas iniciais em cinco assertivas propostas (tabela 1). A primeira das assertivas (V32-1) era a de que “*a lei é a lei e o policial não pode fazer, por decisão própria, exceções a sua aplicação*”. Dos 112 respondentes, 95 deles (aprox. 85%) concordaram total (64) ou parcialmente (31) com a afirmação. A segunda assertiva (V32-2) “*o policial, diante da ocorrência de um crime e independentemente das circunstâncias em que ele ocorreu, deve adotar as providências sempre previstas em lei, não podendo, [...] relativizar por decisão própria o rito legalmente estabelecido*” obteve concordância ainda maior, alcançando um patamar de 92%, dos quais 80 corroboraram “totalmente” e apenas 23 de forma “parcialmente”.

Os dados também ratificaram a ideia de que o reconhecimento de uma discricionariedade policial para decidir quando e se aplicar determinada lei descamba para uma franca violação ou malferimento às atribuições do poder legislativo e, via de consequência, ao princípio da separação de poderes (assertiva v32-4). Dito de outro modo, 72% dos respondentes demonstraram inclinação pelos argumentos lançados por Ronald J. Allen (1976), na forma do que foi tratado anteriormente neste trabalho.

Com efeito, o viés de *full enforcement* dos entrevistados se mostra tão evidente que 104 deles (aprox. 93%) chegaram a afirmar que a totalidade das ocorrências criminais de ação penal pública incondicionada²⁸ registradas na delegacia deveria resultar na instauração de

²⁸ Por crimes de ação penal pública incondicionada entendam-se, grosso modo, aqueles que não dependem da iniciativa ou autorização da vítima, quiçá do Ministro da Justiça para a deflagração da respectiva ação penal.

inquéritos, “*não podendo o delegado, por juízo de conveniência ou oportunidade, eleger casos ou delitos que deverão permanecer sem investigação*” (assertiva v32-7). Entrementes, se opuseram, aproximadamente 79%, à concepção de Klockars (1985) da polícia enquanto uma agência regulatória e não de mera aplicação da lei (assertiva v32-8).

Tabela 1 - Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação à “Possibilidade Jurídica do Poder Discricionário na Aplicação Seletiva da Lei”: viés eminentemente normativo

Assertivas do Instrumento – Bloco IV ²⁹	Concordo Totalmente	Concordo Parcialmente	Discordo Parcialmente	Discordo Totalmente	TOTAL
v32-1) A lei é a lei e o policial não pode fazer, por decisão própria, exceções a sua aplicação.	64	31	15	2	112
v32-2) O policial, diante da ocorrência de um crime e independentemente das circunstâncias em que ele ocorreu, deve adotar as providências sempre previstas, não podendo, por indulgência ou por qualquer outro motivo, relativizar por decisão própria o rito legalmente estabelecido.	80	23	8	1	112
v32-4) Em um governo de leis – e não de homens – é inconcebível reconhecer a legitimidade da discricionariedade policial para decidir quando e se aplicar determinada lei, sob pena de malferimento às atribuições do poder legislativo e conseqüente violação do princípio da separação de poderes.	51	30	17	12	110
v32-7) Todas as ocorrências criminais registradas junto às delegacias de polícia, sobretudo as relativas a crimes de ação penal pública incondicionada, devem, como regra, culminar na instauração de inquérito policial, não podendo o delegado, por juízo de conveniência e oportunidade, eleger casos ou delitos que deverão permanecer sem investigação.	91	13	3	5	112
v32-8) A principal função das organizações policiais não é a de aplicar a lei, mas sim a de se prestar de agência regulatória de conflitos interpessoais, buscando soluções mais eficazes para a resolução de conflitos, razão pela qual lhe é lícita, por vezes, uma atuação à margem da estrita legalidade.	8	16	19	69	112

Fonte: Pesquisa de Campo, 2017.

²⁹O somatório das respostas transcritas pode não alcançar os 112 entrevistados na medida em que do questionário ainda constam os campos “*não concorda nem discorda*” e “*não sabe*”, havendo, outrossim, a possibilidade de o respondente ter se recusado a se manifestar sobre determinada questão.

Convém salientar que as opiniões foram de tal maneira convergentes que suas análises mediante cruzamentos por cargo (promotor, procurador), sexo, faixa etária, respondentes com parentes policiais, tempo de serviço no Ministério Público e tempo de atuação junto a uma atribuição criminal não evidenciaram variações significativas. Cuida-se de quadro que, sem sombra de dúvida, em muito se relaciona com a compreensão da discricionariedade por aquele sentido técnico jurídico discutido no capítulo anterior, sentido este, aliás, único usualmente utilizado nos principais manuais de Direito Administrativo em comercialização do país e, por consequência, na grade dos cursos de direito.

Entretanto, fato é que a primazia da realidade se impõe, sendo inegável a impossibilidade de a burocracia policial cumprir, na integralidade, o seu mandato, isto é, as incumbências que lhe foram outorgadas pela comunidade política (*polity*). Essa situação é ainda mais evidente em ordenamentos de *full enforcement*, como, por exemplo, o brasileiro. Já foi dito, mas não custa repisar que levantamento realizado no ano de 2009 já apontava para a vigência, àquele tempo, de 1.688 tipos penais no território brasileiro (MACHADO et al, 2009). Muitas infrações nem mesmo são conhecidas pela maioria do povo e, quiçá, não raro, pelos próprios atores do Sistema de Segurança Pública³⁰.

Isso não se dissocia de uma absoluta falta de estrutura (recursos humanos e materiais) e de fragilidades na capacitação técnica das burocracias policiais – fato amplamente reconhecido pelos próprios respondentes –, o que, por si só, já seria circunstância impositiva de uma flexibilização das suas atuações face a impossibilidade empírica de atendimento e cumprimento de todo o estatuto penal previsto nas mais variadas leis em vigência neste país. Ademais, no mundo real a polícia não cuida apenas da repressão, prevenção e apuração de delitos. De há muito pesquisas demonstram que parcela significativa dos chamados da polícia pelos cidadãos não envolve a ocorrência ou a comunicação de um crime (*e.g.* Wilson, 1978), a ponto de Bittner afirmar que essa burocracia costuma ser responsável por eventos caracterizados como “algo que não deveria estar ocorrendo e sobre o qual é melhor que alguém faça alguma coisa agora!” (apud GOTTFREDSON e GOTTFREDSON, 1987, p. 49 – tradução nossa).

³⁰ A lei de contravenções penais (Decreto-Lei nº 3.688/1941 – BRASIL, 1941) é rica em exemplos desse tipo. Decerto não são muitos os que sabem que comete uma infração penal aquele que não guarda, com a devida cautela, animal perigoso, ou que o irrita, expondo a perigo a segurança alheia (art. 31). Semelhantemente, aquele que se apresenta publicamente em estado de embriaguez, de modo a causar escândalo ou colocar em perigo a segurança própria ou alheia (art. 62). Em idêntica senda, o sujeito que serve bebida alcoólica a quem já se encontra em estado de embriaguez (art. 63, I).

Portanto, e não fosse pelo caráter utópico de um tipo ideal de total aplicação da lei, fato é que os contingenciamentos materialmente existentes já funcionariam como obstáculo intransponível à sua consecução. Noutra senda, se é bem verdade que significativa parcela das decisões tomadas por essa burocracia da linha de frente não se submete a *accountability*³¹, também o é que tais policiais ficam em posição de vulnerabilidade quando chega ao conhecimento do Ministério Público uma notícia relacionada às suas atuações discricionais, sobretudo nas hipóteses de descambe para uma aplicação [ou não aplicação] seletiva da lei. Isto porque, como dados da investigação demonstram, a opinião prevalecente dos promotores e procuradores com atuação em Salvador é francamente refratária a um juízo de licitude dessas condutas.

A complexidade desse cenário, no entanto, não se encerra nos aludidos termos. Afinal, mais tortuoso do que saber que o seu órgão de *accountability* é avesso a uma aplicação seletiva da lei [malgrado lhe seja impossível cumpri-la na sua integralidade], é tomar conhecimento de que isso pode sofrer alguma variação, de modo a robustecer o estado de incerteza e de insegurança ao derredor da questão. Com efeito, no questionário em comento, para além das assertivas indicadas – de abstração e viés mais normativo –, outras de caráter mais pragmático ou que alertassem para questões como a da eficiência e da necessidade de estabelecimento de prioridades na atuação policial foram igualmente inseridas. Essas assertivas foram formuladas a partir da premissa – já evidenciada – de que a aplicação por inteiro do estatuto criminal não passa de um tipo ideal, um mito ou mesmo uma fábula. Assim, buscou-se trazer os respondentes para mais próximo da realidade, perscrutando suas opiniões e comportamentos diante de determinados contextos e especificidades, tudo com vista a testar a hipótese alternativa de número 1, que oferece espaço, ainda que residual, para a aceitação de tal subjetividade.

As assertivas v32-3 e v32-5 representaram um pontapé inicial nesse. Enquanto nas demais acima trabalhadas o posicionamento geral foi impactante – em termos percentuais – em direção à recusa de um poder discricionário paralegal, nos novos quesitos em testilha essa impressão, malgrado ainda majoritária, assim o foi por uma discreta maioria de 58 entrevistados (aprox. 52%), conforme exibido na tabela 2.

³¹ Porque dificilmente chegam ao conhecimento do Ministério Público e, quando chegam, apenas de forma rara se fazem acompanhar de um lastro probatório juridicamente adequado.

Tabela 2 - Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação à Discricionariedade Policial Frente aos Imperativos de Eficiência e Prioridade da Atuação Policial

Assertivas do Instrumento – Bloco IV ³²	Concordo Totalmente	Concordo Parcialmente	Discordo Parcialmente	Discordo Totalmente	TOTAL
v.32-3) A organização policial, com vista a otimização do seu trabalho, e na busca de uma atuação mais eficiente, pode e deve relativizar, caso a caso, a aplicação de mandamentos legais, com vista a priorizar determinadas linhas de ação	16	37	19	39	111
v.32-5) A polícia pode e deve, com alguma racionalidade, ignorar transgressões menores a fim de que possa dedicar seu tempo e recursos para crimes de maior relevância para a sociedade	18	35	15	43	111

Fonte: Pesquisa de Campo, 2017.

Como se observa, o índice de rejeição à aplicação seletiva da lei – representada, pelas respostas de escala discordante – foi bem menor do que o identificado nas demais assertivas acima tratadas. Em alguns estratos, inclusive, obteve-se uma dispersão ao resultado preponderante, com grupos que majoritariamente apoiaram a relativização na aplicação dos mandamentos legais (assertiva v32-3) ou mesmo a possibilidade de as burocracias policiais desprezarem ou ignorarem a apuração de infrações menos graves (assertiva v32-5 - 7).

Foi o caso, em relação à assertiva de número v.32-2, de 16 dos procuradores (64%), 13 dos membros com mais de 60 anos (aprox. 59% dos que se acham nesse intervalo), 35 dos respondentes com 21 a 30 anos de carreira (aprox. 51% desse estrato), 9 dos que possuem entre 31 e 40 anos de instituição (60% dessa faixa), 10 dentre aqueles com atuação, de forma ininterrupta, por 11 a 15 anos na área criminal (aprox. 63% desse espectro), 8 dos que assim procederam de 16 a 20 anos (aprox. 57% dos presentes no apontado intervalo) e outros 3 que por essa experiência passaram pelo tempo de 26 a 30 anos (75% dos profissionais do aludido interregno). Do mesmo modo, já no tocante à assertiva de número v.32-5, sinalizaram, 14 dos procuradores (56%), 29 dos homens (aprox. 52%), 13 dos membros com mais de 60 anos (aprox. 59% desse estrato), 22 dos respondentes com familiar em forças policiais (aprox. 52% dessa faixa), 37 dos que contam com 21 a 30 anos de carreira (aprox. 54% deste intervalo), 7

³² O somatório das respostas transcritas pode não alcançar os 112 entrevistados na medida em que do questionário ainda constam os campos “*não concorda nem discorda*” e “*não sabe*”, havendo a possibilidade de o respondente ter se recusado a se manifestar sobre determinada questão.

dos entrevistados com atuação contínua, por 16 a 20 anos, na seara criminal (50% desses membros), 5 dos que passaram de 21 a 25 anos nessa condição (aprox. 71% desses profissionais) e 3 dos que tiveram essa experiência por 26 a 30 anos (75% nessa condição).

Dentre as assertivas pragmáticas ou exemplificadoras a respeito da discricionariedade policial no dia a dia – ou para aquele poder discricionário que ultrapassa o sentido técnico-jurídico – merecem proeminência as respostas às assertivas de número v33-1, v33-2 e v33-3, pois os entrevistados (83 deles – 74%) identificam essa discricionariedade na aplicação seletiva da lei, reconhecem até mesmo sua eventual relevância (69 deles – 62%) e, inclusive, assumem a impossibilidade do cumprimento integral, sem qualquer seletividade, de um estatuto de *full enforcement* (82 deles – 73%). Com isso, no entanto, não defendem, necessariamente, a juridicidade e, por conseguinte, a licitude dessas condutas. Pelo contrário, e como visto acima, partem da premissa, sob um ponto de vista normativo, de que tal comportamento, embora inevitável, é ilegal e, portanto, antijurídico. Daí a complexidade do tema, como sinalizado nos dados da tabela 3.

Tabela 3 - Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação à Discricionariedade Policial: viés empírico exemplificativo

Assertivas do Instrumento – Bloco V ³³	Concordo Totalmente	Concordo Parcialmente	Discordo Parcialmente	Discordo Totalmente	TOTAL
v.33-1) Independentemente do aspecto normativo, é de se reconhecer que no dia-a-dia do trabalho policial os integrantes dessas corporações possuem larga margem de discricionariedade sobre quando e se aplicar determinadas leis (ex: sobre quando e se prender ou quando e se revistar), sendo difícil o exercício de qualquer controle sobre essas condutas.	42	41	9	18	110
v.33-2) Essa discricionariedade, a despeito de ser de difícil controle, deve ser tida como peça fundamental para o exercício da atividade policial, já que a lei não poderia jamais prever e regular a variedade de situações vivenciadas, dia após dia, por esses profissionais nas ruas.	32	37	15	27	111
v33-3) É de se reconhecer que diante das inúmeras infrações penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro e, conseqüentemente, das variadas atribuições que são conferidas às organizações policiais, que é impossível que a polícia aplique, nas ruas, e sem nenhuma seleção, toda a legislação criminal que lhe compete	50	32	11	18	111

Fonte: Pesquisa de Campo, 2017.

³³ O somatório das respostas transcritas pode não alcançar os 112 entrevistados na medida em que do questionário ainda constam os campos “*não concorda nem discorda*” e “*não sabe*”, havendo, outrossim, a possibilidade de o respondente ter se recusado a se manifestar sobre determinada questão.

Esse estado de perplexidade em que tal fenômeno se coloca foi identificado por Saddy (2016b, p. 281) ao discorrer sobre as decisões tomadas pelos burocratas da linha de frente, não raro no bojo de um imperativo de urgência e imediatidade e, frequentemente, no calor e no estresse de um exíguo momento:

Deixar esse executor sob a eterna tensão de ser responsabilizado por tal atuar imediato ou urgente ou, ao contrário, por sua omissão, pode equiparar-se a deixar de proteger a ação administrativa, o serviço público e, conseqüentemente o administrado. Além disso, pode-se promover o desinteresse dos bons profissionais pelo serviço público em razão do medo de assumir o risco de responder pessoalmente por conduta imediata ou urgente.

Corroborando, o pensamento de Porto e Costa (2014, p. 78) ao defenderem que o não reconhecimento, com contornos de licitude, desse espaço de decisão “tem forçado os policiais a agirem sem orientações claras sobre como proceder”, frequentemente “sem o respaldo da lei”, em um contexto que “gera uma situação de enorme insegurança, tanto para a população quanto para a polícia”.

Em relação a eventuais omissões por parte do policial, oportuno recobrar, eventualmente, seu enquadramento como crime de prevaricação ou ato de improbidade administrativa, já que tanto o CP (BRASIL, 1940, art. 319) quanto a LIA (BRASIL, 1992, art. 11, II) tipificam a conduta de “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”.³⁴ Aliás, e em resposta a assertiva de n. v35-4, 105 dos respondentes (aprox. 94%) concordaram que o policial que deixa de prender uma pessoa em flagrante delito, embora lhe fosse possível fazê-lo, está, em tese, sujeito a responder pelo crime de prevaricação. Esse cenário, consoante adverte Muniz (2017, p. 6) “pode conduzir ora a uma paralisia decisória policial, ora a um acordo tácito na polícia de sustentação dos necessários procedimentos policiais de aplicação seletiva da lei numa ordem de total informalidade e baixa institucionalização”.

Portanto, esta parece ser a conexão adequada para tratar as percepções colhidas a respeito da aplicação seletiva da lei em situações de “*arrest decision*” - ou decisão do policial de prender [ou não] quem quer que se encontre em situação de flagrante delito. Com efeito, os dados extraídos também caminham no sentido de uma não propensão dos entrevistados a reconhecerem qualquer lastro de licitude ao poder discricionário nesse particular. Entretanto, talvez esta seja uma das dimensões discricionárias mais habitualmente observadas no cotidiano da burocracia policial. Como diz Klockars (1985, p. 96), “[...] a real controvérsia

³⁴ Mais genérica, no entanto, a previsão da LIA, que, diferentemente do CP, não exige a finalidade de o agente atuar para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

sobre a aplicação seletiva da lei diz respeito às decisões da polícia de não efetuar a prisão quando eles possuem todo o direito e todas as evidências legais e necessárias para fazê-lo” (tradução nossa).

Ao ponderarem sobre a discricionariedade nesse campo – de “*arrest decision*” –, Gottfredson e Gottfredson (1987) apontam para dois vetores fundamentais e eventualmente determinantes nas tomadas desse tipo decisão: o comportamento do cidadão queixoso e a providência tida como necessária para manutenção e preservação da ordem. Em relação ao primeiro deles, Black (1971), em estudo realizado com policiais de Boston, Chicago e Washington, observou o seguinte: nos casos em que a polícia é acionada pelo ofendido, a prisão do responsável está muito atrelada à sua preferência [preferência da vítima]. Demonstrou que, de acordo com os dados levantados, o encarceramento do autor do fato apenas ocorreu em 10% dos casos onde o queixoso manifestou vontade no sentido contrário. Ao revés, quando sua intenção foi justamente a oposta, a detenção se aperfeiçoou em 74% das ocorrências.

No tocante o segundo aspecto, Gottfredson e Gottfredson (1987) argumentam que a decisão de prender é apenas uma – e a menos utilizada – dentre outras tantas alternativas potencialmente idôneas e empregadas pela polícia para o alcance da preservação da ordem pública. Muitas das contendas são resolvidas, *e.g.*, com uma conversa, um pedido de redução do volume do som, uma ordem de dispersão de um grupo ou mesmo através da tão só presença física de uma guarnição policial. Assim, concluem que a solução de “crises interpessoais urgentes envolve o uso de inúmeras ferramentas, dentre as quais a última é a prisão” (*idem*, p. 49).

A despeito de tudo isso, como dito, a posição prevalecente da burocracia ora pesquisada é no sentido da inviabilidade jurídica de comportamentos dessa natureza pelas corporações policiais, que não devem ter a prerrogativa de decidir quando e se prender nas hipóteses em que a lei já é impositiva nesse sentido.

Sobre a assertiva de n. v34-1, os entrevistados (101 deles – aprox. 90%) foram contundentes ao defenderem que, presente uma situação de flagrante delito, e face o quanto determinado no art. 301 do CPP, as autoridades policiais e seus agentes têm o dever de realizar a prisão, com a ressalva apenas, de alguma impossibilidade circunstancial. Entrementes, e por intermédio de 91 das respostas coletadas (aprox. 81%), negaram, nos casos de flagrante de infrações de ação penal pública incondicionada, a possibilidade de os policiais

resolverem ou comporem a situação de outro modo que não com a prisão do infrator (assertiva v34-2). Ambas as respostas se associam à percepção de 99 do total dos entrevistados na direção de que “*apenas ao Ministério Público – e não a organização policial –, na condição de titular da ação penal, é dada a prerrogativa de aferir se determinado fato típico constitui um indiferente penal*” (assertiva v34-3). Dito em outras palavras, a interpretação conjunta dessas respostas é uma só: o dever da polícia é de prender, cabendo ao MP, posteriormente, realizar um juízo de valor sobre os fatos.

Tabela 4 - Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação à Discricionariedade Policial na *Arrest Decision*

Assertivas do Instrumento – Bloco VI ³⁵	Concordo Totalmente	Concordo Parcialmente	Discordo Parcialmente	Discordo Totalmente	TOTAL
v.34-1) Considerando o quanto exposto no art. 301 do Código de Processo Penal, que estabelece o dever das autoridades policiais e seus agentes de prenderem quem quer que seja encontrado em flagrante delito, não lhes é dado deixar de efetuar a prisão nessa hipótese, exceto se, por algum motivo, não lhes for possível fazê-lo.	79	22	5	5	111
v.34-2) Mesmo em caso de flagrante delito de ação penal pública incondicionada, é dado às organizações policiais, eventualmente, não efetuarem a prisão do indivíduo se conseguirem dirimir o conflito de outro modo	4	15	9	82	110
v34-3) Apenas ao Ministério Público – e não a organização policial -, na condição de titular da ação penal, é dada a prerrogativa de aferir se determinado fato típico constitui um indiferente penal.	82	17	4	8	111

Fonte: Pesquisa de Campo, 2017.

Demais disso, nem mesmo no caso de infrações penais de menor potencial ofensivo esse cenário parece se modificar. A assertiva de n. v34-4 (tabela 5) indagou se seria possível e legítimo que um policial deixasse de promover a condução de uma pessoa flagrada com pequena quantidade de droga ou no exercício de uma contravenção penal por julgar mais relevante, em prol da comunidade, permanecer em seu posto de serviço.

Para uma melhor dimensão do arguido são oportunos alguns esclarecimentos, todos eles de pleno conhecimento dos respondentes na condição de profissionais que militam nesse campo. O primeiro é o de que o delito do art. 28 da Lei 11.343/2006 (BRASIL, 2006), que

³⁵ O somatório das respostas transcritas pode não alcançar os 112 entrevistados na medida em que do questionário ainda constam os campos “*não concorda nem discorda*” e “*não sabe*”, havendo, outrossim, a possibilidade de o respondente ter se recusado a se manifestar sobre determinada questão.

criminaliza o usuário de entorpecentes, decerto figura entre os mais brandos em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, até porque nem mesmo prevê a aplicação de pena restritiva de liberdade. Já as contravenções penais, previstas do Decreto-Lei nº 3.688/1941 (BRASIL, 1941), são consideradas todas elas – como também o delito do art. 28 da Lei de Drogas – infrações penais de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei 9.099/95 (BRASIL, 1995), razão pela qual franqueiam, como regra, a possibilidade de aplicação de diversos institutos despenalizadores, como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Nada disso, no entanto, foi capaz de debelar o entendimento majoritário de 76 dos respondentes (aprox. 68%), que se colocaram totalmente (52%) ou parcialmente (16%) contra a possibilidade de o policial não efetuar a prisão nas hipóteses de flagrante delito das infrações narradas (tabela 5).

Na questão de n. v34-6, testou-se, uma vez mais, tal contrafactual mediante a utilização de um outro exemplo, também de infração penal de menor potencial ofensivo: o de manutenção, em cativeiro, de espécime da fauna silvestre, previsto no art. 29, § 1º, inciso III, da Lei Federal de n. 9.605/1998 (BRASIL, 1998). Indagou-se se o policial, uma vez provocado por um cidadão sobre a ocorrência – em estado de flagrância – de tal delito teria o dever de se deslocar até o local e adotar as providências de praxe ou se, pelo contrário, poderia eximir-se de fazê-lo sob o argumento de que aquela não é a prioridade definida pela sua organização.

Cuida-se de uma assertiva que, como se vê, mescla a situação do flagrante delito – ainda que de um crime de menor gravidade – com a possibilidade de as corporações policiais estabelecerem determinadas prioridades ou linhas de ação. A despeito disso, se constatou de forma reiterada que a burocracia pesquisada, de maneira preponderante (aprox. 74% dos entrevistados, ou 83 deles), se manifestou no sentido de não admitir que o citado policial recalcitrasse na adoção das providências típicas para uma situação de flagrante delito, ainda que a infração em comento fosse de menor potencial ofensivo e mesmo que o burocrata da linha de frente argumentasse não ser aquela uma prioridade institucional estabelecida pela sua organização.

Igualmente, o ajuste entre as respostas a esse posicionamento foi significativo a ponto de não serem identificadas, em ambas as assertivas, dispersões de opinião em qualquer

dos estratos analisados (cargo, sexo, faixa etária, vínculo de parentesco com policiais, tempo de atuação criminal ou tempo de carreira).

Tabela 5 - Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação à Discrecionalidade Policial na *Arrest Decision* de Crimes de Menor Potencial Ofensivo

Assertivas do Instrumento – Bloco VI ³⁶	Concordo Totalmente	Concordo Parcialmente	Discordo Parcialmente	Discordo Totalmente	TOTAL
v.34-4) É possível e legítimo, por exemplo, que um policial deixe de conduzir à Delegacia competente um indivíduo flagrado com pequena quantidade de droga ou envolvido em contravenção penal, por julgar mais relevante, em prol da comunidade, se manter em seu posto de serviço	9	23	18	58	108
v.34-6) Uma vez instado por um cidadão a respeito de um crime ambiental que está ocorrendo em local próximo – por exemplo a manutenção, em cativeiro, de espécime da fauna silvestre -, o policial tem a obrigação de se deslocar até o local, não podendo se eximir de fazê-lo sob o argumento de que aquela não é a prioridade definida pela sua organização.	57	26	13	15	111

Fonte: Pesquisa de Campo, 2017.

É de se observar, todavia, que malgrados as respostas até aqui apresentadas sejam indicativas de uma não aceitação pelos membros do MPBA de uma juridicidade na aplicação seletiva da lei, em alguns casos foram identificados quantitativos relevantes de promotores e/ou procuradores a advogar em sentido contrário. É o que pode ser extraído das análises das assertivas de n. v34-1 (aprox. 9%), v34-4 (aprox. 29%) e v34-6 (25%), expostas nas tabelas (4 e 5).

Esses achados retratam um cenário que, no bojo de uma organização marcada pela ausência de uma estrutura hierárquica e pela independência funcional dos seus membros, pode gerar contradições das mais variadas, numa realidade de insegurança jurídica em que as fronteiras do lícito e do ilícito passam a residir nas compreensões de vida e do ordenamento jurídico de um promotor ou procurador de justiça individualmente considerado.

³⁶ O somatório das respostas transcritas pode não alcançar os 112 entrevistados na medida em que do questionário ainda constam os campos “*não concorda nem discorda*” e “*não sabe*”, havendo, outrossim, a possibilidade de o respondente ter se recusado a se manifestar sobre determinada questão.

Destarte, até mesmo a criação de práticas institucionais uniformes fica prejudicada nesse prisma, o que pode fulminar com a prerrogativa dos cidadãos de ter os seus direitos tratados de forma isonômica (CARVALHO e LEITÃO, 2010). Não custa salientar que tal discricionariedade decorrente da independência funcional – inclusive para o enquadramento de ilícitos penais e de improbidade administrativa – foi reconhecida por 84 dos entrevistados (75%), dos quais 53 concordaram integralmente (aprox. 47%) e 31 parcialmente (aprox. 28%) com a assertiva de n. v35-5 (Tabela 6).

Tabela 6 - Opinião dos Membros do Ministério Público Acerca da Relação Existente entre a sua Independência Funcional e seus Níveis de Discricionariedade no Enquadramento Jurídico de Ilícitos Penais e de Improbidade Administrativa

Assertivas do Instrumento – Bloco VII ³⁷	Concordo Totalmente	Concordo Parcialmente	Discordo Parcialmente	Discordo Totalmente	TOTAL
v.35-5) A garantia da independência funcional concedida aos promotores de justiça acaba, não raro, concedendo-lhes uma maior discricionariedade no enquadramento jurídico de ilícitos penais e, até mesmo, de improbidade administrativa, já que é bastante que esse enquadramento se encontre devidamente motivado.	53	31	8	18	110

Fonte: Pesquisa de Campo, 2017.

Evidentemente, não se está a dizer que os promotores e procuradores podem tomar decisões ao talante meramente das suas vontades. No entanto, ao se afirmar obediência à lei – em sentido amplo – não se quer dizer que não possuam margem de discricionariedade para agir. Como lembra Luís Roberto Barroso (2001), o conhecimento não é uma fotografia, uma representação incontestável da realidade. Pelo contrário, “todos os objetos estão sujeitos à interpretação”, fato “especialmente relevante para o Direito, cuja matéria prima é feita de normas, palavras, significantes e significados” (ibid, p. 17). O que se reconhece é o papel criativo do processo hermenêutico, no bojo do qual sujeito e objeto, por estarem inseridos em um mesmo ambiente, interferem-se e modificam um ao outro, num processo em que as pré-compreensões do intérprete possuem destacado valor (GADAMER, 2005)³⁸.

³⁷ O somatório das respostas transcritas pode não alcançar os 112 entrevistados na medida em que do questionário ainda constam os campos “*não concorda nem discorda*” e “*não sabe*”, havendo, outrossim, a possibilidade de o respondente ter se recusado a se manifestar sobre determinada questão.

³⁸ Para Hans-Georg Gadamer (2005, p. 502-503) “o significado de um texto não se pode comparar com um ponto

Destarte, se ao utilizar expressões vagas ou ambíguas a norma já cria alguns dilemas sensíveis, o que dizer ou imaginar do seu solene descumprimento por decisão deliberada de um burocrata da linha de frente? Parece claro, no entanto, o caráter dual dessa preocupação. De um lado, o receio quanto ao uso desregrado da discricionariedade por uma corporação cujos atos raramente sofrem *accountability*, e, de outro, o temor do policial, individualmente considerado, de ser punido por não ter dado cumprimento a todas as normas cuja execução (*enforcement*) lhe foi atribuída. O quadro se torna mais delicado diante das evidências empíricas – e aqui analisadas – que sinalizam para uma recusa preponderante dos membros do MP em admitir a viabilidade jurídica de uma discricionariedade à margem legal sobretudo no campo da *arrest decision*.

Com o fito de identificar se os respondentes se reconhecem detentores de uma margem de subjetividade no estabelecimento das balizas de licitude das condutas discricionais em comento, ao menos para efeito de deflagração de ações penais e/ou de improbidade administrativa, foram elaboradas questões específicas. A primeira delas (v35-3) cuidou de explorar a linha frequentemente tênue existente entre a prisão de um indivíduo por ter cometido um crime de desacato contra um policial (CP, art. 331 – BRASIL, 1940) e o abuso de autoridade praticado por esse policial por ter conduzido o cidadão, preso, até a delegacia (Lei 4.898, art. 3, “a” - BRASIL, 1965). De um lado, o código penal criminaliza a conduta de “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”, de outro a lei de abuso de autoridade assim procede em relação àquele que pratica um “atentado à liberdade de locomoção”. Mas qual seria a definição de desacato?

Para Celso Delmanto (et al, 2002, p. 665), “o núcleo desacatar traz o sentido de ofender, menosprezar, humilhar, menoscar”. Na oportunidade, ainda se empresta da definição de Nelson Hungria para quem desacato é “a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, gestos obscenos, gritos agudos etc” (Ibid).

Não é difícil deduzir que uma infinidade de condutas pode, em tese, constituir o crime de desacato, elemento que, à guisa de princípio, confere ampla margem de

de vista fixo, inflexível e obstinado [...]. Nesse sentido, na compreensão não se trata seguramente de um entendimento histórico que reconstruiria exatamente o que retrata o texto. Ao contrário, pensamos compreender o próprio texto. Mas isso significa que, no redespertar o sentido do texto já se encontram sempre implicados os pensamentos próprios do intérprete. Nesse sentido o próprio horizonte do intérprete é determinante, mas também ele não como um ponto de vista próprio que se mantém ou se impõe, mas como uma opinião e possibilidade que se aciona e coloca em jogo e que ajuda a apropriar-se verdadeiramente do que se diz no texto”.

discricionabilidade, *e.g.*, ao policial na rua. De outra banda, no entanto, há uma série de elementos periféricos que excluem o mencionado tipo mesmo quando, por exemplo, irrogadas ofensas contra esse policial. É o que se pode ver, *v.g.*, do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Inquérito n. 3215, em que um então vereador teve sua responsabilização criminal afastada, a despeito de ter dito a um policial que ele “não era ninguém, não era nada e não mandava em nada”, e mesmo o Pretório Excelso reconhecendo que as palavras por ele empregadas foram “*grosseiras*”, “*mal-educadas*” e “*prepotentes*” (BRASIL, 2013). Eis a ementa do julgado:

EMENTA Inquérito. Denúncia. *Desacato* (art. 331 do CP). *Ex-vereador, atual deputado federal, que, no clamor de uma discussão, dirigiu expressões grosseiras contra policial militar no exercício de suas funções. [...] Aventada repulsa em razão de abuso de autoridade por parte da apontada vítima. Não ocorrência. Ausência de dolo. Atipicidade reconhecida. Ausência de justa causa. Denúncia rejeitada. [...] Tampouco se infere da conduta da apontada vítima a prática de crime de abuso de autoridade, porquanto não há comprovação de que houvesse o citado policial militar efetivado qualquer ato construtivo contra o denunciado, limitando-se, ao ser acionado em razão de notícia de agressões entre participantes de uma reunião, a empreender as diligências necessárias à formalização de termo circunstanciado adequado à situação. 3. No caso, porém, não há tipificação adequada que enseje a caracterização da prática de crime de desacato pelo então vereador de Caxias do Sul/RS, metalúrgico (soldador montador) por profissão, que, não tendo tido envolvimento direto na contenda entre os autores da alteração, reagiu com indignação ao ser instado a comparecer à base policial para se fazer o registro da ocorrência. 4. Não se pode inferir o necessário elemento volitivo tendente a depreciar a função pública na qual se encontrava investida a vítima. De outra parte, do simples fato de afirmar o denunciado, no curso de alteração verbal com o policial militar que desejava encaminhá-lo a uma base para prestar esclarecimentos, que “[ele] não era ninguém, [que] não era nada e não mandava nada”, não se abstrai, igualmente, o necessário dolo exigido para a tipificação da infração que lhe imputa o Parquet. 5. As palavras, de fato, foram grosseiras, mal-educadas, prepotentes até, mas proferidas em cenário conturbado, no clamor de situação que ao investigado pareceu abusiva, não constituindo essas expressões, nesse contexto, infração penal típica a sujeitar qualquer das partes a um procedimento penal, providência essa que, na espécie, foi superada pelo mútuo consenso daqueles que deram início a toda a celeuma, não devendo, do acessório, resultar necessária uma segunda persecução penal. 6. Denúncia liminarmente rejeitada, nos termos do art. 395, III, do CPP, restando vencida, pelo voto da maioria, a proposição de julgar-se, desde já, improcedente a acusação (art. 6º da Lei nº 8.038/90).*

(Inq 3215, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2013 PUBLIC 25-09-2013 – grifos nosso – BRASIL, 2013)

Desse precedente também é possível ver como são íntimas as discussões entre o desacato e o abuso de autoridade³⁹, malgrado suas conclusões não sejam sempre as mesmas adotadas pelos demais tribunais brasileiros. Com efeito, em julgado deste ano do Superior

³⁹ Semelhantemente, apenas a título exemplificativo, o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do HC 109658/PB.

Tribunal de Justiça no meio do qual as ofensas dirigidas aos policiais foram bem semelhantes às acima destacadas, decidiu-se de maneira diametralmente oposta, determinando-se o processamento do feito pelo crime de desacato (HC 365019/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assim Moura, DJe 13/06/2017 – BRASIL, 2017).

Portanto, a ambiguidade normativa decorrente da utilização de um conceito jurídico indeterminado, associada às construções jurisprudenciais [não raro antagônicas] e à independência funcional do membro do Ministério Público, lhe conferem um significativo flanco de discricionariedade para julgar – para efeito de ajuizamento da ação cabível – se o que ocorreu foi um desacato ou um abuso de autoridade.

Indagados os respondentes se reconheciam essa margem de discricionariedade para “*ao fim e ao cabo, [...] definir se determinada conduta constituiu desacato ao agente policial ou se, pelo contrário, foi o policial que abusou de sua autoridade*”, 108 (aprox. 96%) dos entrevistados acenaram de maneira positiva, sendo que 97 deles concordaram integralmente com a assertiva e outros 11 parcialmente (assertiva v35-3, Tabela 7).

Exemplo interessante – e análogo ao que ora se examinou – se refere à inviolabilidade do domicílio e suas exceções constitucionais. Dispõe o art. 5º, inciso XI, da CR/88 que “a casa é asilo inviolável, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (BRASIL, 1988). O grande problema é que existem alguns delitos classificados como “permanentes”⁴⁰. São infrações penais cujo estado de flagrância se protraí no tempo. Exemplos clássicos dessa modalidade delitativa são os crimes de tráfico / consumo de drogas ou o de posse ilegal de arma de fogo.

Desse modo, até pouco tempo atrás as coisas funcionavam da seguinte maneira: se um policial, desprovido de autorização judicial, invadisse a residência de outrem sem prévio conhecimento de uma situação de flagrância, o fato só constituiria um abuso se, eventualmente, ele não encontrasse no imóvel, *e.g.*, uma quantidade – ainda que ínfima – de entorpecente ou mesmo uma arma de fogo. Vale dizer, operava-se uma espécie de loteria dos espectros de licitude da diligência, isso ao menos para os casos em que o fator “*sorte*” não fosse manipulado mediante o enxerto de alguma evidência.

⁴⁰ Consoante Capez (2011, p. 288), crime permanente é aquele cujo “momento consumativo se protraí no tempo, e o bem jurídico é continuamente agredido. A sua característica reside em que a cessação da situação ilícita depende apenas da vontade do agente, por exemplo, o sequestro (art. 148 do CP)”.

Recentemente, todavia, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 603616 pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, a situação ganhou novos contornos. Isto porque se decidiu que “a entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária”, e “não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida”. Ao final, fixou-se a interpretação de: a entrada forçada em domicílio apenas é lícita “quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal” (BRASIL, 2016).

Mas, em que propriamente consistem as “fundadas razões”? Uma notícia anônima seria bastante? Um informe de um cidadão que não quis se identificar? Ou seria suficiente uma movimentação pouco usual de entrada e saída de pessoas em um imóvel? Importante estabelecer que se o motivo alegado não for considerado razoável ou fundado pelo membro do Ministério Público, ele poderá perseguir a responsabilização do policial pelo crime de abuso de autoridade (Lei 4.898/65, art. 3, “b” - BRASIL 1965) ou, até mesmo, pela prática de ato de improbidade administrativa.

Indagados os respondentes se vislumbravam essa margem de subjetividade na definição da idoneidade dos motivos apresentados pelos policiais para o ingresso forçado em domicílio alheio, 102 dos entrevistados (aprox. 91%) responderam de maneira positiva, dos quais 82 concordaram totalmente (aprox. 73%) e outros 20 (aprox. 18%) parcialmente com a assertiva apresentada (assertiva v35-9. Tabela 7).

Tabela 7 - Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação à Sua Discricionariedade na Definição de um Ato Discricionário Policial como Ato (i)lícito

Assertivas do Instrumento – Bloco VII ⁴¹	Concordo Totalmente	Concordo Parcialmente	Discordo Parcialmente	Discordo Totalmente	TOTAL
v.35-3) Ao fim e ao cabo, compete ao Promotor de Justiça, ao menos para efeito de deflagração de ação penal, definir se determinada conduta constituiu desacato ao agente policial ou se, pelo contrário,	97	11	2	2	106

⁴¹ O somatório das respostas transcritas pode não alcançar os 112 entrevistados na medida em que do questionário ainda constam os campos “*não concorda nem discorda*” e “*não sabe*”, havendo, outrossim, a possibilidade de o respondente ter se recusado a se manifestar sobre determinada questão.

foi o policial que abusou de sua autoridade ao conduzir determinado cidadão à Delegacia de Polícia.					
v.35-9) No caso de entrada forçada em domicílio, caberá ao Promotor de Justiça, no exercício do controle externo da atividade policial, determinar – pelo menos para efeito de deflagração da ação penal ou de responsabilização dos agentes policiais – se, de fato, a justificativa prévia utilizada para o emprego da medida era realmente idônea.	82	20	4	5	111

Fonte: Pesquisa de Campo, 2017.

No tocante à responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa, já foi pontuado neste trabalho que dada a gravidade das sanções e a amplitude dos tipos previstos na Lei 8.429/1992 (BRASIL, 1992), a jurisprudência criou alguns filtros a fim de que nem toda irregularidade fosse tida como ímproba. Tais filtros, no entanto, acabam carecendo, frequentemente, da mesma abertura e indeterminação dos tipos em comento.

No terreno da discricionariedade policial, é intuitivo que a tipologia de ato ímprobo⁴² mais recorrente no seu entorno seja a atribuída à violação aos princípios da administração, sem prejuízo, é evidente, da configuração de modalidade mais gravosa. Ocorre que a opção legislativa de tipificar a violação de princípios como atos de improbidade trouxe como corolário alguns efeitos inevitáveis. Um deles, conforme Garcia e Alves (2017, p. 416), é a “menor previsibilidade e a maior incerteza quanto ao verdadeiro alcance da norma”. Outro é o de que, até pela generalidade atribuída aos princípios, eles exigem “a interferência do operador do direito na atividade de delimitação da norma e, conseqüentemente, a impregna de valores subjetivos” (Ibid). A indeterminação ainda aumenta quando o enunciado legal, embora enuncie alguns exemplos de ato ímprobo, deixa bastante claro que o rol por ele apresentado é meramente exemplificativo.⁴³

Para os fins aqui previstos se afigura oportuna a transcrição do *caput* e dos incisos I e II, do art. 11, da Lei 8.429/1992, que mais se relacionam com possíveis desvios de conduta por parte de integrantes das organizações policiais:

⁴² Impende esclarecer que a LIA prevê 04 (quatro) modalidades de atos de improbidade administrativa: i) aqueles que culminam em enriquecimento ilícito do seu autor (art. 9º); ii) os que causam prejuízo ao erário (art. 10º); iii) os que decorrem de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A); e iv) os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11). Em relação a essa última espécie, as sanções não deixam de ser graves, já que perpassam pela previsão, v.g., de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por 3 a 5 anos e o pagamento de multa no importe de até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente ímprobo. É o que se colhe do art. 12, III, da Lei 8.429/1992 (BRASIL, 1992).

⁴³ Entendendo pelo caráter apenas exemplificativo das hipóteses previstas no art. 11 da Lei 8.429/1992, o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1275469/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 09/03/2015)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência. (BRASIL, 1992).

II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

Os incisos I e II, como se observa, associados ao delito de prevaricação (anteriormente tratado) já seriam o bastante para criar sérios obstáculos ao reconhecimento da licitude de uma discricionariedade que transbordasse para a aplicação seletiva da lei. Para além disso, no entanto, há o *caput* do dispositivo com uma série de conceitos indeterminados e que, conforme assinalado, demandam uma atividade hermenêutica de maior densidade por parte do intérprete.

Diante da amplitude do dispositivo e em vista da gravidade das cominações que elenca, a jurisprudência se viu obrigada a criar alguns filtros a fim de que, por exemplo, nem todo desatendimento formal à lei fosse reconhecido como um ato ímprobo por violação, *e.g.*, ao princípio da legalidade. Como pondera Mattos (2010, p. 365) ao asseverar que, em razão do caráter “muito aberto” do dispositivo em comento, ele deve “sofrer a devida dosagem de bom senso para que mera irregularidade formal, que não se subsuma como devassidão ou ato ímprobo, não seja enquadrado na presente lei, com severas punições”. A partir daí criou-se a definição de “mera irregularidade” ou “mera ilegalidade”, que, ao menos em tese, não deve se confundir com o ato de improbidade administrativa propriamente dito⁴⁴.

Todavia, a definição do que constitui – ou não – uma mera irregularidade, ao menos pare efeito do ajuizamento da ação de improbidade administrativa, também compete ao Ministério Público⁴⁵, sobretudo na seara do controle externo da atividade policial, que constitui um dever seu.

Em razão disso, e com o intuito de apurar mais essa nuance da discricionariedade dos promotores e procuradores sobre o poder discricionário da burocracia policial, foi que se formulou mais uma assertiva. Indagou se, no ponto de vista dos respondentes, existe uma área

⁴⁴ É o que se colhe de diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo dos seguintes: MS 16385/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 26/06/2012 (BRASIL, 2012); AgInt no AResp 922.590/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/04/2017 (BRASIL, 2017); e REsp 984.808/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 05/11/2013 (BRASIL, 2013).

⁴⁵ No tópico 2.3.1 já restou esclarecido mas não custa lembrar que malgrado o Ministério Público não disponha do monopólio do ajuizamento da ação de improbidade administrativa, ele é o legitimado ativo por excelência, até porque detém a prerrogativa de instaurar inquérito civil e, ademais, o poder de requisição, ferramentas que costumam ser indispensáveis na reunião do acervo probatório necessário para o seu manejo.

cinzenta que separa, de um lado, um ato de improbidade administrativa por violação a princípios, e, de outro, a chamada “mera irregularidade” (assertiva v35-6). Aproximadamente 79% dos entrevistados (88 deles) acenaram de maneira positiva (tabela 8).

Tabela 8 - Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação à Margem de Discricionariiedade na Definição de um Ato de Improbidade Administrativa

Assertivas do Instrumento – Bloco VII ⁴⁶	Concordo Totalmente	Concordo Parcialmente	Discordo Parcialmente	Discordo Totalmente	TOTAL
v.35-6) É possível reconhecer que, no limite, existe uma significativa área cinzenta que separa, de um lado, um ato de improbidade administrativa por violação a princípios, e, de outro, aquilo que a jurisprudência denominou de “meras irregularidades”.	50	38	6	7	101

Fonte: Pesquisa de Campo, 2017.

Antevendo tal diagnóstico, de relevante subjetividade também dos promotores e procuradores de justiça na definição dos espaços de licitude da discricionariiedade policial, averiguou-se se no exercício desse controle externo o Ministério Público poderia expedir recomendações estabelecendo parâmetros mais objetivos de atuação, de modo a melhor regulamentar àquelas práticas “nas quais se identifique uma larga margem de discricionariiedade ao agente policial sobre quando e se aplicar a lei”. Essa questão se embasou nas prerrogativas legais conferidas ao MP de “expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública” (LC 75/1993, art. 6º, XX – BRASIL, 1993), bem como de “representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder” (LC 75/1993, art. 9º, III – *idem*).

É com esse supedâneo, aliás, que Ávila (2016b, p. 398) esclarece que eventuais lacunas na regulamentação da atividade policial devem ser “suplementadas pelo poder regulamentar da própria administração policial e [a partir] das diretrizes de política criminal enviadas à Polícia (aqui se incluindo as diretrizes dos órgãos de direção policial e as

⁴⁶ O somatório das respostas transcritas pode não alcançar os 112 entrevistados na medida em que do questionário ainda constam os campos “*não concorda nem discorda*” e “*não sabe*”, havendo, outrossim, a possibilidade de o respondente ter se recusado a se manifestar sobre determinada questão.

recomendações de controle externo pelo Ministério Público)”. Em outra obra (2016a, p. 337) ainda é mais expresso ao consignar que “portanto, não há dúvidas de que o Ministério Público possui legitimidade para expedir diretrizes genéricas sobre o exercício da atividade policial, visando tanto a melhoria de qualidade dos seus trabalhos como a correção de ilegalidade”.

Em resposta à assertiva de n. v35-1, 85 dos respondentes (aprox. 76%) acenaram de maneira positiva, reconhecendo esse poder regulamentar do Ministério Público. Entretanto, enquanto 31 (aprox. 28%) dos entrevistados disseram ser comum regulamentações ministeriais desse tipo (questão v35-2), o dobro dos entrevistados (62 – aprox. 56%) se manifestou de maneira contrária, apontando para a raridade de atos dessa natureza. Os 19 faltantes se distribuíram entre os que não responderam (2), os que não concordaram e nem discordaram (4) e os que afirmaram não saber o que responder (13). Portanto, daqueles que efetivamente firmaram posição, 67% se manifestou pela pouca frequência dos atos em comento. Ver tabela 9.

Tabela 9 - Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação à sua Prerrogativa de Regulamentar Espaços de Discricionariedade da Atuação Policial

Assertivas do Instrumento – Bloco VII ⁴⁷	Concordo Totalmente	Concordo Parcialmente	Discordo Parcialmente	Discordo Totalmente	TOTAL
v.35-1) O Promotor de Justiça, no exercício do controle externo da atividade policial, pode e deve expedir recomendações que melhor regulamentem as práticas policiais, sobretudo aquelas nas quais se identifique uma larga margem de discricionariedade do agente policial sobre quando e se aplicar a lei.	54	31	9	17	111
v.35-2) É bastante comum que Promotores procedam dessa forma: editando, recomendações que estruturam, por exemplo, balizas sobre os requisitos necessários para a realização de buscas pessoais, ou mesmo que indiquem as ocorrências criminais que deverão ser prioritariamente investigadas.	10	21	16	46	93

Fonte: Pesquisa de Campo, 2017.

⁴⁷ O somatório das respostas transcritas pode não alcançar os 112 entrevistados na medida em que do questionário ainda constam os campos “*não concorda nem discorda*” e “*não sabe*”, havendo, outrossim, a possibilidade de o respondente ter se recusado a se manifestar sobre determinada questão.

Conforme demonstrado, e não custa repisar, os membros do MPBA reconhecem, na empiria, a existência de uma ampla discricionariedade policial que decorre não apenas das ambiguidades e possibilidades normativas, como também da própria natureza da atividade de policiamento exercida, que, por se desenvolver nas ruas e em contato direto com os cidadãos, raramente se submete a qualquer processo de revisão ou avaliação.⁴⁸

Essa é a intelecção, v.g., das assertivas v33-1 (tabela 3) e v34-12, quando, neste último caso, 70 dos respondentes (aprox. 63%) reconheceram, que, na prática, mesmo em caso de infrações de ação penal pública incondicionada (resistência, desobediência e desacato), os policiais vitimados por essas condutas apenas conduzem os infratores à delegacia quando desejam, numa manifestação clara de aplicação seletiva da lei⁴⁹. Para além, identificaram um aspecto positivo no emprego dessa discricionariedade, ao concordarem que – apesar do seu difícil controle –, o fato é que a lei não poderia jamais regular a diversidade de situações com que lidam esses profissionais nas ruas (respostas à assertiva v33-2 – Tabela 3, p. 81-82).

Todavia, e a despeito de identificarem essa realidade, de perceberem um quadro de precariedade das condições de trabalho das polícias (vide nuvens de palavras 1 e 2), e de assumirem a impossibilidade de cumprimento integral, sem nenhuma seleção, de um estatuto de *full enforcement* (Tabela 3), se colocam preponderantemente contra o reconhecimento de espectros de licitude a essas condutas (Tabela 1). É como dizer: elas são necessárias, mas são ilegais.

Nem mesmo quando sinalizaram, pela discreta maioria de alguns dos seus estratos – e não pela maioria da amostra como um todo – a pertinência de as corporações policiais priorizarem determinadas linhas de ação, seja relativizando a aplicação de mandamentos legais (tabela 2), seja ignorando transgressões menores (tabela 2), assim não procederam com a “*arrest decision*” (tabela 4) – considerada a mais relevante dimensão desse poder discricionário –, nem mesmo quando os delitos em destaque são de menor potencial ofensivo (tabela 5).

Mais controvertido é o fato de que, apesar de considerarem ilegal a sobredita aplicação seletiva da lei – sobretudo em casos de prisão –, e a despeito de, muito por conta

⁴⁸ É exatamente o que pontua Klockars (1985, p. 93) ao asseverar que “*a maioria das decisões policiais discricionárias não são revistas ou avaliadas por ninguém mais do que pelos próprios policiais*”. (tradução nossa)

⁴⁹ Apenas 27 dos entrevistados (aprox.. 24%) se manifestou em sentido oposto, sendo que 12 não souberam responder, 02 não responderam e 01 se colocou na zona neutra, nem concordando e nem discordando.

disso, vislumbrarem, em seu favor, um significativo campo de discricionariedade no enquadramento jurídico das decisões policiais – quer como delito, quer como ato de improbidade administrativa (Tabelas 7, 6, 8 e 7 respectivamente) –, os indicativos são de que os entrevistados não costumam editar recomendações que melhor regulamentem ou estruturam esse campo de subjetividade, malgrado entendam ter poderes para isso (tabela 9).

Assim, o achado que se revela – ao menos aparentemente – é o de que, com essa postura, os promotores e procuradores do MPBA acumulam uma espécie de capital jurídico em prol da sua corporação, que passa a ter significativo poder discricionário para o estabelecimento, caso a caso, dos limites de licitude da atuação discricionária policial. Esse dado é ainda mais relevante quando se tem em vista que, de acordo com a percepção dos próprios entrevistados, o Direito Penal, que deveria ser utilizado como “*ultima ratio*”⁵⁰, é mais usualmente empregado como mecanismo de punição a policiais do que, por exemplo, as ações de improbidade administrativa, que possuem, inclusive, tipos mais abertos e – pelo menos em tese – mais facilmente preenchíveis. É o que se infere das respostas apresentadas à assertiva v35-10, com 93 dos respondentes (aprox. 83%) declarando concordar total (73 – aprox. 65%) ou parcialmente (20 – aprox. 18%) com a seguinte afirmação “*é mais comum que policiais respondam criminalmente por seus desvios de conduta do que por intermédio de ações de improbidade administrativa*” (tabela 10).

Tabela 10 - Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação ao Direito Penal como Última Ratio de Controle nos Casos de Desvio de Conduta Policial

	Concordo Totalmente	Concordo Parcialmente	Discordo Parcialmente	Discordo Totalmente	TOTAL
Assertivas do Instrumento – Bloco VII ⁵¹					

⁵⁰ Como pontua Nucci (2016, p. 77), “o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade”. Pelo contrário, “caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição”. Daí o seu caráter não só subsidiário como também fragmentário, pelo qual o Direito Penal “deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual”.

⁵¹ O somatório das respostas transcritas pode não alcançar os 112 entrevistados na medida em que do questionário ainda constam os campos “*não concorda nem discorda*” e “*não sabe*”, havendo, outrossim, a possibilidade de o respondente ter se recusado a se manifestar sobre determinada questão.

v.35-10) É mais comum que policiais respondam criminalmente por seus desvios de conduta do que por intermédio de ações de improbidade administrativa	73	20	3	1	97
--	----	----	---	---	-----------

Fonte: Pesquisa de Campo, 2017.

Finalmente, e já sob diferente vértice, buscou-se a partir das respostas apresentadas identificar se os promotores e procuradores de justiça com atuação em Salvador/Ba se inclinam na direção de algum dos modelos descritos por Klockars (1985), consoante exposto ao longo do texto. Em verdade, embora sejam 3 os tipos elaborados pelo mencionado autor – todos eles pertinentes ao modo como se deve lidar com a discricionariedade policial – variáveis contrafactuais também foram inseridas no questionário.

Conforme já demonstrado à exaustão, foi justamente esse contrafactual que se revelou de maneira mais significativa, especialmente no terreno da “*arrest decision*” (Tabelas 1, 2, 4 e 5). A despeito disso, foi possível identificar que, quando confrontados com o postulado de uma investigação necessariamente eficiente – Tabela 2 em diversos dos seus estratos, conforme analisado –, bem como com situações mais pragmáticas (Tabela 3), os respondentes não apenas reconheceram essa margem de subjetividade policial – inclusive para uma aplicação seletiva da lei –, como também vislumbraram sua importância.

A partir daí foi que se tentou aferir se, ao admitirem – ainda que com uma severa resistência – essa possibilidade de aplicação seletiva da lei se aproximariam de algum dos modelos enunciados por Klockars (1985): *Mask of Full Enforcement*; *Rulemaking*; e *The True Professional Model*. A expectativa era a de que os entrevistados se inclinariam para o modelo da máscara de aplicação total. Assim se imaginou porque a ideia que se tinha era a de que, na condição de uma burocracia responsável pela defesa da ordem jurídica (CR/88, art. 126 – BRASIL, 1988), os respondentes resistiriam na aceitação de qualquer subjetividade com aptidão para um solene descumprimento da lei, inclusive negando-a nos casos em que ela fosse inevitável.

O resultado da pesquisa, no entanto, destoou um pouco do esperado. Com efeito, as respostas dispersaram por todos os modelos acima indicados, numa postura de quem, ao fim e ao cabo, verdadeiramente não aceita a subjetividade em questão. Um fator que talvez ajude a explicar esse achado é o de que as mencionadas vertentes do trato com a discricionariedade

policial não compõem ou integram, como regra, a grade dos cursos de Direito do país, sequer merecendo menção nos principais manuais de Direito Administrativo em circulação – que se atêm àquela discricionariedade no seu sentido técnico jurídico.

Destarte, as respostas apresentadas acusaram contradições mesmo em alguns dos pontos centrais de distinção dos mencionados modelos, a exemplo do que ocorreu com o caráter sigiloso [ou não] da política de aplicação seletiva da lei (v33-4, v33-6, e v33-9 – Tabela 11). Com efeito, os dados colhidos junto aos entrevistados revelam que, ao serem confrontados com esse imperativo de uma aplicação seletiva da lei no cotidiano policial, não souberam indicar qual seria a melhor forma de gerenciamento da política subjacente a essas subjetividades: se de uma maneira pública ou reservada.

Assim foi que embora 63 dos respondentes (aprox. 56%) tenham afirmado que o discurso declarado para a sociedade deva ser sempre o de aplicação integral do ordenamento jurídico – em que pese reconhecendo a inautenticidade desse argumento – (assertiva v33-4, em vertente que mais se próxima da máscara de total aplicação da lei), o mesmo universo de entrevistados também contou com 80 pessoas (aprox. 71%) que se posicionaram no sentido diametralmente oposto, isto é, de que essa aplicação seletiva apenas seria admissível no contexto de uma “política anunciada e que conte, antes de vigorar, com ampla participação dos interessados” na sua formulação (assertiva v33-6, em entendimento mais inclinado ao “*rulemaking model*”). Outrossim, uma solução intermediária, que mais se aproximaria do modelo “verdadeiramente profissional”, contou com 72 respondentes (aprox. 64%) concordando total (49) ou parcialmente (23) com a perspectiva de que “enquanto uma parcela da política de aplicação seletiva da lei deve ser divulgada, uma outra deve ser tratada como sigilo profissional” (quesito v33-9).

Não fosse o bastante, constatou-se que 76 dos entrevistados (aprox. 68%) concordaram total (25) ou parcialmente (51) com a ideia de que a política de aplicação seletiva da lei deve pautar-se não em um amplo debate público, mas sim “em pesquisas científicas que indiquem, caso a caso, alternativas e decisões mais eficientes para a atividade policial” – quesito v33-7, com inclinação para o modelo verdadeiramente profissional.

A despeito disso, 62 respondentes (aprox. 55%) se posicionaram no sentido de admitir a impossibilidade de uma regulamentação amiúde desse poder discricionário, defendendo a utilização da *expertise* policial nesse campo (questão v33-5, que mais se aproxima do modelo da máscara de total aplicação da lei e, em menor grau, do denominado

verdadeiramente profissional). Bastante divididas, ainda, foram as respostas apresentadas ao quesito v33-8, já que 52 dos entrevistados (aprox. 46%) entenderam pela inconveniência da divulgação ao público das políticas de aplicação seletiva da lei, ao passo em que 56 deles (aprox. 50%) discordaram total (39) ou parcialmente (17) com essa proposição, com discreta inclinação para o “*rulemaking model*” (Tabela 11).

Tabela 11 - Opinião dos Membros do Ministério Público em Relação à Publicidade e à Elaboração das Políticas de Aplicação Seletiva da Lei

Assertivas – Bloco V ⁵²	Concordo Totalmente	Concordo Parcialmente	Discordo Parcialmente	Discordo Totalmente	TOTAL
v.33-4) Muito embora seja inegável que o policial, na rua, atue e, não raro, precise atuar de maneira seletiva na aplicação da lei, o discurso declarado para a sociedade deve ser o diametralmente oposto, isto é, de aplicação total dos mandamentos legais, sob pena de se malferir a credibilidade dessas instituições, tornando ainda mais difícil a manutenção da ordem e da segurança pública.	37	26	18	31	112
v.33-5) Essa discricionariedade sobre quando e se aplicar determinadas imposições legais deve se pautar na expertise do policial, já que é impossível uma regulamentação amíúde desses casos, dada a variedade de situações vivenciadas por esses profissionais.	21	41	15	34	111
v.33-6) Pelo contrário, para que a aplicação seletiva da lei seja democrática e, portanto, admissível, é indispensável que seja proveniente de uma política anunciada e que conte, antes de vigorar, com ampla participação dos interessados na formulação de críticas e sugestões, culminando, ao final, na elaboração de diretrizes que deverão pautar as todas de decisão dos policiais.	42	38	5	24	109
v.33-7) Distintamente, as diretrizes da política de aplicação seletiva da lei pela polícia devem ser formuladas não com base em um amplo debate público, mas sim com fulcro em pesquisas sociais científicas que indique, caso a caso, alternativas e decisões mais eficientes para a atividade policial.	25	51	14	20	110
v.33-8) A divulgação ao público dessas diretrizes que deverão pautar as tomadas de decisão pelos policiais constitui medida não recomendável, já que facilitaria o descumprimento das regras pelos cidadãos, que saberiam em que situações a fiscalização policial quedaria menos priorizada.	31	21	17	39	108
v.33-9) Enquanto uma parcela da política de aplicação seletiva da lei deve ser divulgada, uma outra deve ser tratada como sigilo profissional, sob pena de tornar ineficiente a ação policial.	49	23	4	31	107

Fonte: Pesquisa de Campo, 2017.

⁵² O somatório das respostas transcritas pode não alcançar os 112 entrevistados na medida em que do questionário ainda constam os campos “*não concorda nem discorda*” e “*não sabe*”, havendo, outrossim, a possibilidade de o respondente ter se recusado a se manifestar sobre determinada questão.

Demonstrado resta, portanto, e às escâncaras, que a relação dos promotores e procuradores de justiça da capital baiana com a discricionariedade policial, sobretudo na dimensão da aplicação seletiva da lei, é marcada por uma destacada complexidade. De um lado, se mostram quase invariavelmente contrários a uma subjetividade que ultrapasse os limites da discricionariedade no seu sentido técnico jurídico. De outro, e quando confrontados com a impossibilidade empírica de cumprimento de todo o estatuto penal pelas burocracias policiais – quer sob a perspectiva dos recursos, quer da racionalidade da atuação exigida pela fixação de prioridades – se revelam absolutamente hesitantes quanto ao referencial que deve de alguma maneira nortear o emprego e as balizas de licitude dessa subjetividade.

Essa realidade, como não é difícil supor, gera uma grave instabilidade e uma crítica insegurança jurídica que ficam a permear o universo das atuações policiais e a relação dessas burocracias com a sociedade como um todo. É evidente – e não se está a advogar o contrário – que esse cenário não representa, com exclusividade, o fenômeno tal como ele ocorre em Salvador/Ba e/ou no Estado da Bahia. Pelo contrário, e até mesmo pelas semelhanças – social e acadêmica – dos integrantes dos MPs em sede nacional, é possível especular que o retrato soteropolitano, nesse ponto, represente uma amostra de um universo bem mais significativo. Entrementes, também não se está a defender que a posição institucional do Ministério Público seja a única determinante nesse campo. Contudo, por ocupar uma posição de destaque no sistema de justiça, gozando do monopólio da ação penal pública e da condição de titular, por excelência, das ações de improbidade administrativa⁵³, sem olvidar do seu papel constitucional de exercer o controle externo das polícias brasileiras, é mais do que evidente o quanto o seu posicionamento pode impactar no amadurecimento dessa discussão e no estabelecimento de fronteiras muito mais claras de atuação discricional lícita por parte das corporações policiais.

Por fim, resta, doravante, revisitar, com olhar de conclusão, as análises e os achados descritos neste trabalho, tarefa que ficou reservada para a última seção da dissertação.

⁵³ Por dispor do inquérito civil e do poder de requisição, instrumentos quase que invariavelmente indispensáveis para a investigação de ilícitos dessa natureza.

4. CONCLUSÕES

Como ficou demonstrado, a discussão da subjetividade policial se insere num âmbito muito mais amplo e está a versar sobre as burocracias do Estado como um todo. Compreendido como o aparato estatal responsável pela implementação das políticas públicas (HAM; HIL, 1995, p. 71), esse corpo burocrático malgrado tenha sido concebido por Weber (1947) como um fiel executor das políticas delineadas, foi, *pari passu*, sendo identificado como detentor de uma margem de discricionariedade que não raro possui o condão de modificar a própria política.

Absolutamente decisivos para essa virada conceitual foram os estudiosos do modelo denominado de “bottom-up” do processo de implementação – dentre os quais Barret, Fudge, Majone e Wildavsky –, que, sobretudo através de trabalhos publicados nas décadas de 1970 e 1980, demonstraram como a existência de relações de interação entre os formuladores da política e seus implementadores e beneficiários é sim capaz de alterar e/ou adaptar a política inaugural (LAZIN, 1994; SABATIER, 1986; BARRET, 2004; LOTTA, 2010). Mais além ainda foram as contribuições prestadas por Aberbach (et al, 1981), que, após concluírem pesquisa empírica realizada em diversos países, expressamente consignaram “que as teorias clássicas que excluía os burocratas de qualquer papel na formulação de políticas já não se encaixam na realidade” (Ibid, p. 239 – tradução nossa). Daí que emergiu a ideia de burocratização da política e politização da burocracia.

No entanto, e mais especificamente para um estrato específico e singular desse aparato estatal, se revelaram de sobremaneira relevantes, como visto, as contribuições prestadas por Lipsky (2010), especialmente na identificação da categoria que nominou de *street level bureaucracy* – burocracia do nível da rua –, e que tem como exemplo clássico justamente as corporações policiais, se caracterizando, outrossim, pelo elevado grau de discricionariedade dos seus agentes. Em ratificação ao perfil desses burocratas, atuantes em contato direto com os cidadãos e, não raro, com a realização de julgamentos humanos que não admitem programação, relevantes, também, foram as contribuições de Hupe (et al, 2015), Brown (1988), Portillo e Rudes (2014), dentre outros.

Esquadrinhada a relação existente entre as burocracias do Estado e a atuação discricional desses implementadores de políticas públicas – especialmente no caso dos

burocratas do nível da rua –, viu-se, em seguida, como o Ministério Público evoluiu até ser constitucionalmente erigido à condição de *ombudsman* (Ávila, 2016b) e agência de *accountability* horizontal do Estado brasileiro (O'Donnell, 1988; Mainwaring, 2003; Sadek e Cavalcanti, 2003), competindo-lhe, entretanto, o exercício do controle externo da atividade policial (CR/88, art. 129, VII – BRASIL, 1988).

A respeito dessa atividade fiscalizatória, percorreu-se o seu marco normativo, com ênfase não apenas na legislação de natureza nacional – tal qual a CR/88, a Lei 8.625/1993, a Lei Complementar 75/1993 e a Resolução CNMP n. 20/2007 –, como também naquela de incidência local no âmbito do Estado Bahia e do MPBA (*e.g.* da Constituição do Estado da Bahia, da Lei Complementar Estadual n. 11/96, do Ato Normativo n. 002/2006 do MPBA e da Resolução n. 04/2006 do MPBA). Analisaram-se as dimensões difusa e concentrada dessa atividade, o mesmo procedendo no que concerne às suas modalidades ordinária-extraordinária e preventiva-repressiva.

No que toca sua abrangência, destacou-se como essa atividade de controle abrangar todos os órgãos incumbidos da segurança pública (LC 75/93, art. 3º, “e” – BRASIL, 1993) e aos quais sejam atribuídos parcela do poder de polícia relacionada com a segurança pública ou com a persecução penal (Resolução CNMP 20/2007 – BRASIL, 2007). Demais disso, observou-se como ele deve se restringir – consoante entendimento majoritário – aos atos relacionados à atividade-fim das corporações policiais (LC, 75/93, art. 9º, II; Res. 20 CNMP, art. 5º, II), não contemplando, portanto, as atividades-meio dessas burocracias.

Ao volver para o campo das subjetividades das burocracias estatais, discorreu-se, primeiramente, sobre a discricionariedade compreendida no seu sentido técnico jurídico. Sob esse viés, e após uma incursão histórica do seu conteúdo, identificou-se que no momento presente são diversas as limitações impostas ao poder discricionário dos agentes estatais como um todo. Destarte, para além de inadmitir uma atuação discricional *contra legem* (*e.g.* Carvalho Filho, 2017; Meirelles, 2016), uma série de outras restrições também se aplicam à discricionariedade em comento, com destaque para as decorrentes da Teoria do Desvio de Poder, da Teoria dos Motivos Determinantes, da Teoria dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e do reconhecimento da eficácia normativa dos direitos sociais constitucionalmente previstos (Di Pietro, 2012).

Anotou-se, entretanto, que esse entendimento da discricionariedade – tão próprio da do campo da burocracia ora pesquisada – não satisfaz e nem auxilia na compreensão da

atuação discricional das corporações policiais. Daí porque se partiu para a análise do referencial teórico específico das subjetividades dessas corporações, com maior denodo no exame do seu aspecto mais polêmico, a saber, a aplicação seletiva da lei.

Nesse contexto, identificou-se que o estudo da discricionariedade policial é relativamente novo no curso da história. Até os idos de 1950, como visto, prevalecia a concepção de que a polícia não dispunha de liberdade discricionária, sendo que o marco inaugural da mudança desse paradigma apenas se deu em 1956, a partir da publicação de uma pesquisa conduzida pela ABF e no bojo da qual se analisou o comportamento e as decisões de diversos atores do sistema de justiça criminal. (Walker, 1993; Goldstein, 2003; Goldstein, 1993).

Obtemperou-se como a discussão dessas subjetividades ganha contornos de dramaticidade em ordenamentos jurídicos de *full enforcement* – como sói ocorrer em território brasileiro –, hipótese em que o não cumprimento do mandamento legal pode dar ensejo à responsabilização criminal (v.g. pelo delito de prevaricação), quiçá, também, na seara da improbidade administrativa. Discutiu-se como esse arcabouço pode gerar uma situação de perplexidade na atuação policial, sobretudo no campo da *arrest decision*, especialmente no trato de uma legislação penal que além de contar com mais de 1.600 tipos (Machado et al, 2009) estabelece, ainda, o dever (e não mera faculdade) da autoridade policial e seus agentes de “prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (BRASIL, 1941, art. 301).

Anotou-se, a partir de todo esse arcabouço, que dada a insuficiência da discricionariedade no seu sentido técnico jurídico para servir de arrimo e justificar as decisões discricionais tomadas pelas burocracias policiais, a literatura especializada nesse campo consagrou a definição de Davis (1969, p. 86 – tradução nossa) segundo a qual “um funcionário público tem discricionariedade sempre que os limites efetivos do seu poder o deixam livre para fazer uma escolha entre possíveis cursos de ação e de inação”. Nesse ponto, o pesquisador foi peremptório ao consignar que a discricionariedade policial não deve ter como limite o quanto autorizado ou previsto em lei, admitindo, pelo contrário, fronteiras muito mais elásticas de juridicidade, fincadas, inclusive, em regulamentações administrativas. Semelhantemente, a proposição de Saddy (2016a) de criação de uma nova subjetividade pública nominada de “apreciatividade”, e que, exatamente por ter limites muito mais fluidos, melhor se prestaria à compreensão das tomadas de decisão típicas dessa burocracia do nível da rua.

Ainda sobre esse tema, percorreu-se, em linhas gerais, o debate clássico travado entre Kenneth Culp Davis (1969; 1977) e Ronald J. Allen (1976), representativo, segundo Williams (1984), de um choque entre a teoria e a realidade, no bojo do qual o primeiro, de um ponto de vista mais pragmático, buscou demonstrar como a discricionariedade policial necessariamente ultrapassa os limites legais (especialmente em estatutos de *full enforcement*), elencando potenciais alternativas para o trato dessa subjetividade, ao passo em que o segundo, fincado numa teoria mais tradicional – muito semelhante à aplicada na discricionariedade no sentido técnico jurídico – defendia a inviabilidade dessa proposição dentre outros motivos por compreendê-la vilipendiosa do princípio da separação de poderes.

Em seguida, debruçou-se sobre as 03 (três) estratégias, ou tipologias, de enfrentamento da discricionariedade policial descritas por Klockars (1985, p. 107-108) – a) a máscara da total aplicação da lei - “*A Mask of Full Enforcement*”; b) o modelo de regulamentação pública - “*The Public Rulemaking Model*”, capitaneado por Davis (1985); e c) o verdadeiro modelo profissional - “*The True Professional Model*”, inspirado na concepção de policiamento de Bittner (1970) –, passando-se, em seguida, para cuidar da discricionariedade do membro do Ministério Público no que diz respeito aos parâmetros de licitude da atuação discricional policial.

No tocante a esse último ponto, foi destacado que os promotores e procuradores de justiça, no exercício do controle externo da atividade policial, não raro necessitam valorar as decisões discricionárias levadas a cabo pelos componentes das burocracias policiais, processo que pode conduzi-los à formação de um juízo de convencimento pela licitude ou ilicitude daquele determinado comportamento. Frisou-se que se esse fenômeno já é passível de configuração no exercício de uma discricionariedade no seu sentido técnico jurídico, o seu risco de incidência incrementa – e muito – nas hipóteses de uma subjetividade que ultrapasse os limites previstos em lei, quiçá para negar atendimento ao próprio comando legal. Nesses casos, a probabilidade de o MP, na condição de agência de *accountability*, firmar posicionamento pela configuração de um ato criminoso (*e.g.* prevaricação) ou ímprobo aumenta significativamente.

Argumentou-se, em acréscimo, como a garantia da independência funcional outorgada aos membros do MP – em que pese a sua fundamental importância – fortalece, nesse particular, o quadro de insegurança jurídica vigente, na medida em que retira de cada promotor ou procurador individualmente considerado qualquer submissão hierárquica no

exercício da sua atividade-fim, o que permite que casos absolutamente semelhantes venham a receber soluções jurídicas bastante díspares. Esse arcabouço, quando somando ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública – dimensão do *full enforcement* na atuação do MP– conduz a um elevado nível de vulnerabilidade do policial tomador da decisão discricionária, isto pelo menos nos casos em que essas decisões chegam ao conhecimento do Ministério Público.

Noutro eito, e já no que se refere ao processamento dos dados colhidos em campo, buscava a pesquisa em exame, de alguma maneira, responder à seguinte pergunta de partida: “qual a compreensão dos promotores e procuradores de justiça de Salvador/Ba sobre a (i)licitude das decisões discricionárias das burocracias policiais – especialmente no âmbito da aplicação seletiva da lei – à luz do ordenamento jurídico vigente?”.

Tal qual o esperado, apurou-se que o público pesquisado é, à guisa de princípio, francamente refratário ao reconhecimento, ao menos com contornos de licitude, de qualquer subjetividade policial que extrapole os limites da lei, aí também subentendida a possibilidade de aplicação seletiva do próprio mandamento legal. Se aproximaram, desse modo, das ponderações lançadas por Ronald J. Allen (1976) e que, por seu turno, em muito se alinham com a compreensão que se tem da discricionariedade a partir do seu viés técnico jurídico. Além disso, apresentaram um perfil vigorosamente abonador de um estatuto de *full enforcement*, identificando nas corporações policiais agências não de natureza regulatória, mas sim de cumprimento cogente das imposições legais (Tabela 1).

Disse-se “à guisa de princípio”, conforme destacado no parágrafo anterior, porque algumas outras peculiaridades também foram detectadas. É que a despeito do eco que uma teoria de *full enforcement* possa ter no seio da população estudada, fato é que não é preciso refletir muito para compreender o seu caráter utópico, mormente no bojo de uma burocracia (policial) marcada – segundo a opinião dos próprios entrevistados – por uma precariedade de recursos, e no âmbito de um ordenamento jurídico que, em 2009, já catalogava 1.688 tipos penais (MACHADO, et al, 2009). A isso se acrescenta que muitas – ou a grande maioria – das demandas da população perante as repartições policiais em nada se relacionam com a comunicação de fatos criminosos (Wilson, 1978), o que apenas incrementa – ao menos empiricamente – o rol de atribuições dessas burocracias. Daí é que emerge, de um lado, a impossibilidade de a Polícia processar e lidar com todas as violações aos estatutos penais e, de outro, a necessidade do estabelecimento de prioridades institucionais.

Desse modo foi que ao serem testados com assertivas que os conduziam a refletir sobre situações concretas ou relacionadas à necessidade de estabelecimento de prioridades pelas corporações policiais, os entrevistados foram capazes de, por sua significativa maioria, identificar a discricionariedade policial na aplicação seletiva da lei, reconhecer sua eventual relevância e, até mesmo, assumir a impossibilidade de cumprimento integral, sem nenhuma seletividade, de um estatuto de *full enforcement* (Tabela 3).

Dito de outro modo, malgrado os respondentes entendam ilícita uma subjetividade à margem da estrita legalidade, reconhecem pontualmente sua relevância, tudo isso num quadro de enorme perplexidade e insegurança jurídica, mormente ao se considerar que eventuais omissões desse burocrata no cumprimento da lei podem, em tese, dar ensejo à sua responsabilização pelo Ministério Público, quer no âmbito criminal (*e.g.* delito de prevaricação), quer na seara da improbidade administrativa.

No campo da “*arrest decision*”, tido como mais importante e controverso na discussão da aplicação seletiva da lei (Klockars, 1985), é de se notar, no entanto, que os entrevistados não manifestaram muita flexibilidade no seu perfil de *full enforcement*, entendendo, em sentido contrário, por sua maioria expressiva pela obrigatoriedade do policial prender quem quer que se encontre em flagrante delito, não podendo se utilizar de outras alternativas (*e.g.* medidas mais conciliatórias), isso mesmo no caso de infrações penais de menor potencial ofensivo e ainda nas hipóteses em que essa ação [de prender pelo mencionado fato] escape das prioridades institucionais estabelecidas pela sua corporação (Tabelas 4 e 5).

A despeito disso, é preciso reconhecer que em determinadas assertivas, identificou-se um agrupamento estatisticamente relevante e defender, em alguma medida, a possibilidade da aplicação seletiva da lei, isto inclusive no campo da *arrest decision*. É o que se observou das tabelas (4 e 5), *v.g.*, da análise das assertivas de n. v34-1 (aprox. 9%), v34-4 (aprox. 29%) e v34-6 (25%). Essa constatação, quando associada ao perfil da burocracia estudada – regida pelo princípio da independência funcional dos seus membros – sinaliza para um contexto de absoluta insegurança jurídica, no bojo do qual as fronteiras entre o lícito e o ilícito na atuação discricionária policial pode passar residir nas pré-compreensões de mundo de cada promotor ou procurador individualmente considerado. Nesse sentido, e como já visto, os próprios entrevistados reconheceram que a garantia da independência funcional lhes confere um

espectro de subjetividade para enquadrar [ou não] determinado fato como ímprobo ou criminoso (Tabelas 6, 7 e 8).

Não fosse o bastante, e malgrado os entrevistados, por sua expressiva maioria (76%), tenham reconhecido nas recomendações administrativas do Ministério Público – com previsão, *e.g.*, na LC 75/1993, art. 6º, XX (BRASIL, 1993) – uma ferramenta de regulamentação desses espaços de discricionariedade da atuação policial, assumiram, de outro lado, o caráter pouco usual do manejo ou da utilização desse mecanismo, ao menos para os fins ora propostos (Tabela 9). Desse modo, e ao sinalizarem para um comportamento omissivo no que diz respeito a esse papel regulamentar – em que pese assumindo a viabilidade normativa do seu emprego –, acabam acenando para um acúmulo do capital jurídico por parte dessa burocracia, que ao invés de externar recomendações gerais com as diretrizes que entenda razoáveis e adequadas nas tomadas de decisão discricional – sobretudo no âmbito de aplicação seletiva da lei –, opta por realizar esse trabalho caso por caso, e membro por membro, o que incrementa, assaz, a possibilidade de avaliações contraditórias – por manifestação, *v.g.*, da sobredita independência funcional –, tudo isso em prejuízo ao princípio da isonomia e da própria segurança jurídica.

Essa situação ainda se agrava quando se observa que na percepção dos próprios entrevistados, por sua expressiva maioria (83%), o Direito Penal – que deveria ser visto como *ultima ratio* – é mais comumente empregado como mecanismo de punição a policiais do que, por exemplo, demandas na seara do direito administrativo sancionador, que, inclusive, possuem tipos mais abertos e, ao menos em tese, de mais fácil preenchimento (Tabela 10).

Por último, constatou-se que o perfil dos entrevistados no trato com a discricionariedade policial – sobretudo no campo da aplicação seletiva da lei – mais se aproximou de uma postura refratária à essa possibilidade – especialmente na seara da “*arrest decision*” – (Tabelas 1, 2, 4 e 5) do que a um dos modelos descritos por Klockars (1985) – vide tópico 2.3.2. Outrossim, e mesmo ao admitirem – como visto –, ainda que excepcionalmente ou em caráter relutante, a importância dessa margem de subjetividade na atuação policial – especialmente quando confrontados com os imperativos da eficiência da atuação e da casuística no cotidiano dessa burocracia (Tabelas 2⁵⁴ e 3) –, não manifestaram inclinação preponderante para qualquer dos modelos em questão, numa postura típica de quem, em essência, nega a licitude de uma discricionariedade com tais contornos.

⁵⁴ Conforme diversos estratos da população entrevistada, a teor do analisado no tópico de n. 3.3)

Descortinou-se, dessa maneira, a relação de absoluta complexidade que permeia e que medeia a compreensão dos promotores e procuradores da capital baiana frente a atuação discricional das corporações policiais. Afinal, se, de um lado, se colocam, preponderantemente, como firmes opositores de uma subjetividade que vá além do permissivo legal, de outro, quando confrontados com a impossibilidade de cumprimento – sem seleções – de um estatuto de *full enforcement*, revelam a não adesão a um referencial rígido que pautasse suas decisões, tudo isso em contexto propulsor de insegurança e potencialmente gerador de desigualdades de poder.

5. REFERÊNCIAS

AARONSON, David E.; DIENES, C. Thomas; MUSHENO, Michael C. **Public policy and police discretion**. New York/USA: Clark Boardman Company, 1984.

ABERBACH, J., ROCKMAN, B.; PUTMAN, R. **Bureaucrats and Politicians in Western Democracies**. Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1981 p. 260)

ADORNO, Sérgio. Violência, estado e sociedade: notas sobre desafios à consolidação da democrática no Brasil. **Cadernos CERU**, nº 6, Série 2, 1995.

ALLEN, Ronald J. The police and substantive rulemaking: reconciling principle and expediency. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 125, n. 1, p. 62-118, 1976.

ANISTIA INTERNACIONAL. Informe 2014/2015: **O estado dos direitos humanos no mundo**. 2015. Disponível em <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Informe-2014-2015-O-Estado-dos-Direitos-Humanos-no-Mundo.pdf>>. Acesso em 06 jun. 2015.

ARANHA, Ana Luíza Melo. **A rede brasileira de instituições de accountability: um mapa do enfrentamento da corrupção na esfera local**. Defesa de Tese de Doutorado, Universidade Federal de Minas Gerais, 2015.

ARÉVALO, Manuel Francisco Clavero. La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamento administrativo. In **Revista de Administración Pública**, Madrid, Ano 3, n. 7, p. 51-104, ene.-abr., 1952.

ARON, Raymond. **Estudos Sociológicos**. Trad. Márcia Cavalcanti. Rio de Janeiro: Bertrand, 1991.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Investigação criminal: o controle externo de direção mediada pelo Ministério Público**. Curitiba: Juruá, 2016a.

_____. **Fundamentos do controle externo da atividade policial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016b.

BABBIE, Earl. **Métodos de pesquisas survey**. Trad. Guilherme Cezarino. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

BAHIA, **Constituição do Estado da Bahia de 1989**. Disponível em <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/>>. Acesso em 15 ago. 2017.

_____, Lei Complementar n. 11/96. **Lei Orgânica do Ministério Público do Estado da Bahia**. Disponível em <http://www.legislabahia.ba.gov.br>. Acesso em 07 ago. 2017.

BARRETT, Susan M. Implementation studies: time for a revival? Personal reflections on 20 years of implementation studies. **Public administration**, v. 82, n. 2, p. 249-262, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001.

BECKER, Howard S. **Outsiders**. Rio de Janeiro: Zahars, 2008.

BITTNER, Egon. **The functions of the police in modern society: a review of background factors, current practices and possible role models**. Maryland/USA: National Institute of Mental Health, 1970.

BLACK, Donald J. The social organization of arrest. In **Stanford Law Review**, Vol. 23, n. 6, Jun. 1971, pp. 1087-1111.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre o estado**. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa/PT: Edições 70, 2014

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848/1940. **Código penal brasileiro**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 21 ago. 2016.

_____, Decreto-Lei n. 3.688/1941. **Lei contravenções penais**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em 15 set. 2017.

_____, Lei Federal n. 4.898/1965. **Lei de abuso de autoridade**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 ago. 2017.

_____, Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 ago. 2017.

_____, Lei Federal n. 8.429/1992. **Lei de improbidade administrativa**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2016.

_____, Lei Complementar Federal n. 75/1993. **Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2016.

_____, Lei Federal n. 8.625/1993. **Lei Orgânica Nacional do Ministério Público**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 ago. 2017.

_____, Lei Federal n. 9.099/1995. **Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais, e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 16 set. 2017.

_____, Lei Federal n. 9.455/1997. **Define os crimes de tortura e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em 03 set. 2017.

_____, Lei Federal n. 9.605/1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em 16 set. 2017.

_____, Lei Federal n. 11.343/2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção a reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em 16 set. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Habeas Corpus n. 109658/PB**. Relatora: SILVA, Jane. Publicado no DJe de 04 mai. 2009. Disponível em

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4893027&num_registro=200801400479&data=20090504&tipo=52&formato=HTML>.

Acesso em 18 set. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial n. 856706/AC.** Relator para o Acórdão: FISCHER, Félix. Publicado no DJe de 06 mai. 2010. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601144920&dt_publicacao=28/06/2010>. Acesso em 16 set. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus n° 93930/RJ.** Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJe de 02 fev. 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000167134&base=baseAcordaos>>. Acesso em 16 set. 2017.

_____, Tribunal Regional da 4ª Região. **Acórdão em Apelação e Reexame Necessário de n. 5002196-64.2010.404.7110.** Relator: LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Publicado no DJe de 19 jul. 2011. Disponível em <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF402175190>>. Acesso em 16 set. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Mandado de Segurança n. 16385/DF.** Relator: LIMA, Arnaldo Esteves. Publicado no DJe de 26 jun. 2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100698082&dt_publicacao=26/06/2012>. Acesso em 19 set. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Inquérito n° 3215/RS.** Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no DJe em 24 set. 2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000215652&base=baseAcordaos>>. Acesso em 16 set. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial n. 984808/SP.** Relator: MAIA FILHO, Napoleão Nunes. Publicado no DJe de 05 nov. 2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701319432&dt_publicacao=05/11/2013>. Acesso em 16 set. 2017.

_____, Lei Federal n. 12.850/2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em 01 set. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n. 43665/PE.** Relator: BELLIZZE, Marco Aurélio. Publicado no DJe de 18 ju. 2014. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302946228&dt_publicacao=18/06/2014>. Acesso em 16 set. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial n. 1275469/SP.** Relator: KUKINA, Sérgio. Publicado no DJe de 09 mar. 2015. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101412873&dt_publicacao=09/03/2015>. Acesso em 19 set. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 28919/DF.** Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no DJe de 11 fev. 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000259634&base=baseAcordaos>>. Acesso em 16 set. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Recurso Extraordinário de n.593727.** Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJe de 04 set. 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000283774&base=base>>.

Acordaos>. Acesso em 16 set. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Recurso Extraordinário n. 603616/RO**. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJe de 09 mai. 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000310105&base=baseAcordaos>>. Acesso em 16 set. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial n. 1439193/RJ**. Relator: FARIA, Gurgel de. Publicado no DJe de 09 ago. 2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400457095&dt_publicacao=09/08/2016>. Acesso em 16 set. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial n. 1365910/RS**. Relator: CAMPBELL, Mauro. Publicado no DJe de 28 set. 2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300260709&dt_publicacao=28/09/2016>. Acesso em 16 set. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial n. 1438815/RN**. Relatora: ANDRIGHI, Nancy. Publicado no DJe de 01 dez. 2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400428120&dt_publicacao=01/12/2016>. Acesso em 16 set. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 922590/SC**. Relator: BENJAMIN, Herman. Publicado no DJe de 18 abr. 2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601410887&dt_publicacao=18/04/2017>. Acesso em 16 set. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Habeas Corpus n. 375019/RS**. Relatora: MOURA, Maria Thereza de Assis. Publicado no DJe de 23 jun. 2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73483448&num_registro=201602726193&data=20170623&tipo=91&formato=HTML>. Acesso em 18 set. 2017.

BROWN, Michael K. **Working the street: police discretion and the dilemmas of reform**. New York/USA: Russel Sage Foundation, 1988.

BREITEL, Charles D. Controls in criminal law enforcement. **U. Chi. L. Rev.**, v. 27, p. 427, 1959.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, vol. 1, 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPLAN, Gerald M. The case for rulemaking by law enforcement agencies. **Law and Contemporary Problems**, v. 36, n. 4, p. 500-514, 1971.

CARVALHO, Emani; LEITÃO, Natália. O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política. **Revista Direito GV**, v. 6, n. 2, p. 399-421, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CHEKER, Monique. **O controle e seus agentes**. In Controle externo da atividade policial pelo ministério público. Coord. Daniel Resende Salgado, Deltan Martinazzo Dallagnol e Monique Cheker Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 31-79

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017: ano base 2016.**

Brasília: CNJ, 2017d. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em 14 set. 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução n. 20/2007. **Disciplina, no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial.** Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucao_nº_20_alterada_pelas_Resoluções-65-98_113_e_121.pdf>. Acesso em 07 ago. 2017.

_____. Resolução n. 181/2017. **Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.** Disponível em <https://diarioeletronico.cnmp.mp.br/apex/EDIARIO.view_caderno?p_id=2624>. Acesso em 09 set. 2017a.

_____. Resolução n. 179/2017. **Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei 7347/1985, disciplinando no âmbito do Ministério Público a tomada do compromisso de ajustamento de conduta.** Disponível em <https://diarioeletronico.cnmp.mp.br/apex/EDIARIO.view_caderno?p_id=2624>. Acesso em 09 set. 2017b.

_____. **Ministério Público: um retrato: dados de 2016**, vol. VI. Brasília: CNMP, 2017c. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Anu%C3%A1rio_um_retrato_2017_internet.pdf>. Acesso em 14 set. 2017.

COOPER, John L. **You can hear them knocking: a study in the policing of america.** Lincoln/USA: Authors Choice Press, 2001.

CRESWELL, John W. **Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto.** Trad. Magda Lopes. Porto Alegre: Artmed, 2010.

CUBAS, Viviane de Oliveira. Accountability e seus diferentes aspectos no controle da atividade policial no Brasil. In **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 3, n. 8, p. 75-100, 2010.

CUNHA, Luciana Gross; BUENO, Rodrigo de Losso da Silveira; OLIVEIRA, Fabiana Luci; SAMPAIO, Joelson de Oliveira; RAMOS, Luciana de Oliveira; MACEDO, Gabriel Hideo Sakai. **RELATÓRIO ICJBRASIL – ANO 6 (1º trimestre/2014 a 4º trimestre/2014)**. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/14089>>.

DATAFOLHA. Imagem da Polícia. PO 813823, 2015. Disponível em <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2015/11/06/imagem-da-policia.pdf>>. Acesso em 26 jul. 2016.

DAVIS, Kenneth Culp. **Discretionary justice: a preliminary inquiry.** Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969.

_____. Dialogue on police rulemaking: police rulemaking on selective enforcement: a reply. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 125, n. 6, p. 1167-1171, 1977.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto;

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Código penal comentado**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIANA, Roberto Antônio Dassié. O controle constitucional pelo Ministério Público e o controle externo da atividade policial: fundamentos e natureza jurídica, necessidade, objetivo, extensão, exercício e cláusulas pétreas. In **Controle externo da atividade policial pelo ministério público**. Coord. Daniel Resende Salgado, Deltan Martinazzo Dallagnol e Monique Cheker Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 81-112.

DENKER, Ana de Freitas Maneti; DA VIÁ, Sarah Chucid. **Metodologia científica: pesquisa empírica em ciências humanas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes, **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. 4, 11ª edição, Editora JusPodivm, 2017

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012.

FREITAS, Enrico Rodrigues de. Modalidades e extensão do controle externo. In **Controle externo da atividade policial pelo ministério público**. Coord. Daniel Resende Salgado, Deltan Martinazzo Dallagnol e Monique Cheker. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 113-137.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2014**. Disponível em <<http://www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-egurancapublica/8o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica>>. Acesso em 07 jun. 2015.

FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2016**. Disponível em <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/01/Anuario_Site_27-01-2017-RETIFICADO.pdf>. Acesso em 26 ago. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GOLDSTEIN, Herman, Confronting the complexity of policing function. In **Discretion in criminal justice**. Org. Lloyd E. Ohlin e Franl J. Remington, Albany/USA: State University of New York Press, 1993.

_____. **Policiado uma sociedade livre**. Trad. Marcelo Rollemberg e Maria Cristina P. da Cunha Marques. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

GOLDSTEIN, Joseph. **Police Discretion not to invoke the criminal process: low-visibility desicions in the administration os justice**. The Yale Law Journal. Vol. 69, nº 4, Mar/1960,

GOTTFREDSON, Michael R.; GOTTFREDSON, Don M. **Decision making in criminal justice: toward the rational exercise of discretion**. 2 ed. New York/USA: Plenum Press, 1986.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

HALLOWAY, Thomas H. **Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997

HAM, Christopher; HILL, Michael. **O processo de elaboração de políticas no estado capitalista moderno**. Tradução de Renato Lunarde Amorim. Campinas-SP: Harvester/Wheatsheaf, 1995.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Força Letal: violência policial e segurança pública no Rio de Janeiro e em São Paulo**. 2009. Disponível em <<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/brazil1209ptweb.pdf>>. Acesso em 07. Jun. 2015.

HUPE, Peter; HILL, Michael; BUFFAT, Aurélien. **Undersanding street-level bureaucracy**. Bristol: Policy Press, 2015.

IBGE. **Censo Demográfico de 2010: educação e deslocamento**. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/educacao_e_deslocamento/default_xls.shtm>. Acesso em 09 set. 2017.

IVKOVIC, Sanja Kutnjak. **Fallen blue knights: controlling police corruption**. New York/NY: Oxford University Press, 2005.

KENNEY, Charles D. Horizontal accountability: concepts and conflicts. In **Democratic accountability in latin america**. Org. Scott Mainwaring and Cristopher Welna. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 55-76.

KLOCKARS, Carl B. **The idea of police**. California/USA: Sage Publications, 1985.

LAZIN, Frederick A. **Politics and policy implementation: Project Renewal in Israel**. Suny Press, 1994.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; e CANO, Ignácio. **Quem vigia os vigias? - um estudo sobre controle externo da polícia no Brasil**. Rio de Janeiro/RJ: Record, 2003.

LEMGRUBER, Julita; RIBEIRO, Ludmila; MUSUMECI, Leonarda; DUARTE, Thaís. **Ministério Público: guardião da democracia brasileira?** Rio de Janeiro: COSEC, 2016.

LIMA, Renato Sérgio; SINHORETO, Jaqueline. Qualidade da democracia e polícias no Brasil. In: LIMA, Renato Sérgio. **Entre palavras e números: violência democracia e segurança pública no Brasil**. São Paulo: Alameda, 2011, p. 129-152

LIMA, Roberto Kant de. **Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial.** *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol 10, nº 4, p. 65-84, 1989.

LIPSKY, Michael **Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services.** New York, 2010.

LIRA, Roberto. **Teoria e prática da promotoria pública.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

LOTTA, Gabriela Spanghero. **Implementação de políticas públicas: o impacto dos fatores relacionais e organizacionais sobre a atuação dos burocratas de nível de rua no Programa Saúde da Família.** 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis; MACHADO, Maíra Rocha; ANDRADE, Fábio Knobloch de. **Sispenas: sistema de consulta sobre crimes, penas e alternativa à prisão.** Disponível em <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/06Pensando_Direito3.pdf>. Acesso em 29 ago. 2017.

MAINWARING, Scott. Introduction. In **Democratic accountability in latin america.** Org. Scott Mainwaring and Cristopher Welna. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 3-33.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Ministério Público: a constituição e as leis orgânicas.** São Paulo: Atlas, 2015.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: comentários à lei nº 8.429/1992.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Princípios institucionais do Ministério Público brasileiro.** Disponível em <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/princinst.pdf>>. Acesso em 02 set. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA, Ato Normativo n. 002/2006. **Disciplina a atuação do Ministério Público do Estado da Bahia no controle externo da atividade policial.**

Disponível em <<https://www.biblioteca.sistemas.mpba.mp.br/biblioteca/>>. Acesso em 07 ago. 2017.

_____. Resolução n. 004/2006 do Ministério Público do Estado da Bahia. **Aprova a criação do GACEP.** Disponível em

<<https://www.biblioteca.sistemas.mpba.mp.br/biblioteca/>>. Acesso em 07 ago. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, Recomendação Conjunta PGJ CGMP nº 2, de 13 de setembro de 2017. **Recomenda aos promotores e procuradores de justiça de Minas Gerais a abstenção da celebração de “acordos de não-persecução penal”, nos**

termos dos arts. 18, § 1º, II, e 22, ambos da Resolução CNMP nº 181, de 7 de agosto de 2017. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/mp-mg-proibe-acordo-ignorar-acao-penal.pdf>>. Acesso em 18 set. 2017.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MISSI, Michel. **Malandros, marginais e vagabundos & acumulação social da violência no Rio de Janeiro**. Tese de Doutorado apresentada ao Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 1999.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira. **Discrecionalidade policial e aplicação seletiva da lei na democracia**. Disponível em <<http://estudosdeseguranca.blogspot.com.br/2008/10/discriminabilidade-policial-e-aplicacao.html>>. Acesso em 26 ago. 2017.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; SILVA, Washington França da. Mandato policial na prática: tomando decisões nas ruas de João Pessoa. **Caderno CRH**, vol. 23, n. 60, setembro-dezembro, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**, v. 44, n. 98, p. 27-54, 1998.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed., São Paulo: Atlas, 2017.

PAIXÃO, Antônio Luiz. A organização policial numa área metropolitana. **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: IUPERJ, v. 25, n. 1, 1982.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Acórdão na Apelação Cível n. 106897-9**. Relator: KESSLER, Dilmar. Publicado no DJ de 29 out. 2011. Disponível em <<https://portal.tjpr.jus.br/>>. Acesso em 16 set. 2016.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Autoritarismo e transição. **Revista USP**. Mar/Mai 1991, p. 45-56.

PINTO, Letícia Rayane Dourado. A fábula do full enforcement e o princípio do nonselective police enforcement. In **Discrecionalidade Policial**, Org. Amréd Saddy, Rio de Janeiro: 2016, p. 163-196.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PORTILLO, Shannon; RUDES, Danielle S. Construction of justice at the street level. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 10, p. 321-334, 2014.

PORTO, Maria Stela Grossi; COSTA, Arthur Trindade Maranhão. **Condutas policiais e código de deontologia: o controle da atividade policial no Brasil e no Canadá**. Brasília:

Editora Universidade de Brasília, 2014.

QUEIROZ, Marcelo. **Trabalhando nas tuas: subjetividades policiais e seus dilemas nas situações de perigo iminente ou não**. In *Discrecionariiedade policial*. Org. André Saddy. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 99-133.

QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van. **Manual de investigação em ciências sociais**. 6 ed. Lisboa/PT: Gradiva, 2013.

RAMOS, Silvia et al. **Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro**. Editora Record, 2005.

ROSNER, Bernard. **Fundamental of biostatistics**, 2010.

REIS, Dayane Brito. A marca de caim: características que identificam o suspeito, segundo relatos de policiais militares. **Caderno CRH**, n. 36, p. 181-196, 2002.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences, and reform**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

SABATIER, Paul A. Top-down and bottom-up approaches to implementation research: a critical analysis and suggested synthesis. **Journal of public policy**, v. 6, n. 1, p. 21-48, 1986.

SABELLA, Walter Paulo. Atividade policial: controle externo pelo Ministério Público. In **Justitia**, n. 154, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, abr./jun. 1991.

SADDY, André. **Apreciatividade e Discrecionariiedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016a.

_____, André. **Segurança cidadã versus apreciatividade e discrecionariiedade policial**. In *Discrecionariiedade Policial*. Org. André Saddy, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016b, p. 5-48.

SADEK, Maria Tereza; CAVALCANTI, Rosângela Batista. The new brazilian public prosecution. In **Democratic accountability in latin america**. Org. Scott Mainwaring and Christopher Welna. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 201-227.

SADEK, Maria Tereza. **O Ministério Público e a justiça no Brasil**. Org. Maria Tereza Sadek. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

SILVA, Cátia Aida. Promotor de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. In **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo: v. 16, n. 45, p. 127-144, fev. 2001. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092001000100007#back7>. Acesso em 10 set. 2017.

SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane; e SCHLITTLER, Maria Carolina. **Desigualdade racial e segurança pública em São Paulo: letalidade policial e prisões em flagrante**. São Carlos/SP: Departamento de Sociologia UFSCar, 2014.

SOUZA, Jaime Luiz Cunha de; REIS, João Francisco Garcia. A discricionariedade policial e os estereótipos suspeitos. **Revista do NUFEN**, v. 6, n. 1, p. 125-166, 2014.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade: ação civil pública, ação penal pública**. São Paulo: Método, 2007.

WALKER, Samuel. **Taming the system: the control of discretion in criminal justice 1950-1990**. Oxford: Oxford University Press, 1993.

WEBER, Max. **The Theory of Social and Economic Organization**. Trad. A. M. Henderson e Talcott Parsons. New York: The Free Press, 1947.

_____. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol. 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília, 1999.

WILLIAMS, Gregory Howard. **The law and politics of police discretion**. Connecticut/USA: Greenwood Press, 1984

WILSON, James Q. **Varieties of police behavior: the management of law & order in eight communities**. Cambridge/USA: Harvard University Press, 1978.

WORTLEY, Richard K. Measuring police attitudes towards discretion. In **Criminal Justice and Behavior**, v. 30, n. 5, p. 538-558, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGAIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.