

CIDADANIA E PODER DE POLÍCIA NA ABORDAGEM POLICIAL

*Márcio Luiz Boni**

“[...] A coexistência da liberdade individual e do poder de polícia repousa na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social.”

(CAIO TÁCITO. O Poder de Polícia e seus limites. RDA, 27:10)

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Cidadania 3. Poder de Polícia 4. Cidadania e Poder de Polícia na abordagem policial 5. Conclusão. Referências.

RESUMO: A noção de cidadania é enfocada a partir da promulgação da Constituição Cidadã de 1988, na atuação interna da administração militar e na atuação externa da Polícia Militar, órgão integrante de sistema de segurança e justiça, cujo papel constitucional volta-se a polícia ostensiva e preservação da ordem pública. Estuda o Poder de Polícia na sua interação com a cidadania na abordagem policial realizada pela Polícia Militar, onde lhe é permitido certa margem de discricionariedade, sem que seja arbitrária. Busca compreender os limites impostos às autoridades quando intervêm na liberdade e na propriedade das pessoas com fundamento no Poder de Polícia.

Mestre pela FDC. Pós-graduando em Gestão em Segurança pela FAESA. Capitão da Polícia Militar do Espírito Santo. Instrutor de Direito Administrativo do CFA/PMES. Professor de Direito Administrativo e Metodologia do Estudo da UNISERRA.

Palavras-chave: Cidadania. Poder de Polícia.

ABSTRACT: The notion of citizenship is focused from the Brazilian Constitution of 1988, in the internal military managing and in the external actions of military police, bureau part of the security and justice system, with the role of ostensive policing and preservation of public order. It studies the police power in its interaction with citizenship in the police approach , where it is granted some discretionary but non arbitrary actions. It seeks to understand the limits posed on authorities when intervening on people's liberty and property funded on police power.

Key-words: Citizenship; Police Power.

1. Introdução

A cidadania no Brasil contemporâneo foi impulsionada com a promulgação da Carta Magna de 1988, após um período de restrições decorrentes da Política de Segurança Nacional, que vigorou nas décadas de sessenta a oitenta.

Os direitos individuais, políticos, sociais e até difusos, munidos de suas respectivas garantias, foram positivados no ordenamento jurídico pátrio. Mas, apesar do progresso alcançado, a dinâmica social, política e econômica demonstram a necessidade de uma maior efetividade na cidadanização brasileira.

Percebe-se, nas últimas décadas do século XX e início do século XXI, um crescimento gradual e constante da criminalidade e da violência, exigindo do Estado o cumprimento de sua função precípua de garantir a segurança e a ordem social dentro de uma ótica cidadã.

A segurança pública deve ser planejada e executada de maneira holística, por intermédio de um sistema de segurança e justiça que atue de forma multi e interdisciplinar, inclusive com a participação dos diversos órgãos e entidades públicas e privadas, da sociedade civil, da mídia e de todos que possam contribuir para o ideal de bem-estar e felicidade do ser humano que convive socialmente.

Para esta dimensão de segurança pública, faz-se necessário superar o paradigma da exclusiva responsabilidade dos órgãos policiais pela ordem e tranquilidade públicas.

Todavia, por questões didáticas, delimitou-se o tema da cidadania e do poder de polícia no contexto da atividade policial, especialmente no que tange à atuação da Polícia Militar, que integra uma parte desse complexo sistema responsável pelo gerenciamento da segurança social.

Estuda-se a cidadania na atividade policial militar, tanto na ótica *interna corporis*, quanto na realização de sua missão constitucional, de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, de modo a analisar a abordagem utilizada pelos policiais no cumprimento de seu mister, dentro dos limites do poder de polícia e da cidadania.

A pesquisa demonstra sua relevância diante da necessidade de controle do fenômeno da criminalidade e da violência na sociedade, com instrumentos eficientes e eficazes de gestão e de operacionalização da atuação Estatal.

Pondera-se a autoridade do Estado frente à liberdade individual, para se estabelecer os limites de cada envolvido na abordagem policial, tendo em vista que o contato da polícia se faz necessário quando esgotados os meios normais de mediação de conflitos, ou quando se caracteriza o fato delituoso, ou outros permissivos legais para a intervenção estatal.

O problema decorrente da necessidade de se identificar os limites da atuação policial militar na abordagem proporciona o desenvolvimento da questão numa idéia de harmonização dos princípios da liberdade e da autoridade, na ponderação de direitos conflitantes, quando os indivíduos produzam ou possam produzir alterações na ordem pública, e assim, demonstrem os motivos que fundamentam e autorizam o ato de polícia preventivo ou repressivo, respaldado no Poder de Polícia.

Os órgãos policiais que compõem o sistema de segurança pública e defesa social utilizam-se deste poder de polícia para desempenhar suas missões constitucionais, realizando, em determinados casos, abordagens policiais assistenciais, preventivas e repressivas, que, em sentido amplo, abrangem as situações de inter-relacionamento da polícia com a sociedade e; em sentido estrito, referem-se às abordagens que intervêm na liberdade, nos direitos e nas garantias individuais.

Objetivou-se, assim, analisar a abordagem policial como ato administrativo fundado no poder de polícia, que pode ser vinculado ou discricionário, conforme análise do caso concreto, e se sujeita ao controle interno e externo.

2. Cidadania

A cidadania recebe diversas conceituações e interpretações, em razão da sua evolução na ampliação dos direitos, e da forma como se insere num determinado contexto territorial, social, cultural e até profissional, como é o caso da categoria dos militares, que possui restrições constitucionais à cidadania plena.

Dalmo de Abreu Dallari¹ afirma na obra *Direitos Humanos e Cidadania*, que o momento e o ambiente da Revolução Francesa nasceu da moderna concepção de cidadania, para eliminar privilégios; e que o dia 11 de julho de 1789 foi um marco para as modificações na organização e sistema da França quando o povo invadiu a prisão de Bastilha, em Paris, onde se achavam os presos acusados de serem inimigos do regime político absolutista.

Segundo Dallari² duzentos anos de lutas proporcionaram muitas vitórias, mas ainda falta caminhar bastante para que a cidadania seja, realmente, expressão dos direitos de todos e não privilégios de setores.

Na sociedade brasileira, durante o período em que esteve sob a égide do Regime Militar, ocorreram limitações significativas à cidadania, com restrições a direitos individuais, políticos e sociais. Mas, apesar de todo aparato repressivo, houve reação popular para mudança no *status quo*.

Conseqüentemente, positivou-se, na Carta Magna de 1988, a cidadania e a dignidade da pessoa humana como

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.p.II.

² *Ibidem*, p.13.

fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme se verifica na transcrição literal do art. 1º:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do distrito Federal, constitui-se em estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político. (grifo nosso)

Os direitos materiais e formais também foram incorporados ao ordenamento pátrio, em decorrência da ampliação de cidadania, caracterizando um marco do garantismo no Brasil.

Este processo representa um progresso do ponto de vista conceitual, todavia a prática exige mais efetividade no cumprimento do que prescreve o art. 5º da CRFB/88, *in verbis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] (grifo nosso)

José Murilo de Carvalho³, afirma em sua obra *Cidadania no Brasil: o longo caminho* que a cidadania é um fenômeno complexo e historicamente definido, construído pela sociedade em busca de direitos civis, políticos e sociais. A cidadania plena, combinando liberdade, participação e igualdade é um ideal do Ocidente, talvez inatingível.

Com uma abordagem crítica muito pertinente sobre a sua evolução, José Murilo de Carvalho (2002, p. 10-11) apresenta a seguinte noção de cidadania:

[...] Se os direitos civis garantem a vida em sociedade, se os direitos políticos garantem a participação no governo da sociedade, os direitos sociais garantem a participação na riqueza coletiva.

[...] O surgimento seqüencial dos direitos sugere que a própria idéia de direitos, e, portanto, a própria cidadania, é um fenômeno histórico.

Apesar da incorporação dos direitos individuais, políticos, sociais e até difusos no conceito de cidadania; na prática brasileira, ainda resta muito a ser feito. A busca da cidadania tida por ideal, depois de um lento e longo período de conquistas, enfrenta os obstáculos do pensamento neoliberal e da globalização, em face da proposta de “Estado-Mínimo”. Dentro desta ótica, direitos tidos como indisponíveis passam a ser relativizados diante dos seus custos para o Estado.

A globalização é um fenômeno vigente e em franca expansão, que apresenta aspectos positivos e negativos. Os pontos negativos preocupam em razão dos diversos problemas

³ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p.8-9.

⁴ *Ibidem*, p. 10-14

que surgem, em consequência da comprovada exclusão social e da proposta de Estado-mínimo, que compromete as conquistas sociais e fundamentais.

Prega-se então, o aperfeiçoamento dos mecanismos de representação com ênfase na organização da sociedade para a consolidação democrática e embasamento social, que não deve ser contra o Estado, exceto àquele Estado clientelista, corporativo, colonizado, que deve ser combatido.⁵

No final do séc. XX e início do séc. XXI, o processo da globalização influencia diversos seguimentos: comerciais, produtivos, financeiros, governamentais, no crime organizado, como em outros setores, abalando assim, os alicerces do Estado-nação.

Quadra lembrar que a segregação reflete no agravamento da criminalidade e da violência, e paralelamente verifica-se o declínio do Estado-Nação na resolução de uma questão que aflige diretamente a população, demonstrando assim, a imperiosa necessidade do Estado se adaptar a era da informação e desenvolvimento tecnológico.

Castells⁶ alerta que a globalização do crime organizado é uma das mais sérias ameaças ao Estado-nação; e acrescenta que a crescente falta de operacionalidade deste Estado para resolver as questões econômicas, de meio-ambiente, da insegurança cidadã, produz uma crise de confiança e legitimidade da população.

A ausência de segurança numa sociedade, e de outras funções precípuas do Estado, comprometem a cidadania plena, ao passo que a participação popular se apresenta como alternativa viável para uma cidadania mais efetiva. Entretanto, a participação cidadina não pode ser utilizada de forma perversa e indiscriminada, por meio da transferência de funções que deveriam ser

⁵ CARVALHO, José Murilo de. *Op. cit.*, p. 227

⁶ CASTELLS, Manuel. Para o Estado - Rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: PEREIRA, L.B.C.; WILHEIM, J.; SOLA, L. (Orgs). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, Brasília: ENAP, 1999. p. 155

desenvolvidas exclusivamente ou em conjunto pelo Estado, somente para a sociedade civil.

Ao abordar a questão da cidadania, reiterou-se a conquista e preservação dos direitos e a imprescindibilidade da participação popular. Mas para abrigar o interesse coletivo, o ponto de equilíbrio deve residir no respeito dos cidadãos aos deveres.

Esta ação consciente, apesar de utópica, contribuiria para amenizar o fenômeno da conflituosidade e da insegurança social de maneira pró-ativa, em favor da paz e harmonia social.

Evitar o momento de crise, e a ação violenta ou ilícita, preveniria a demasiada intervenção policial no cotidiano social, que em determinadas situações podem ensejar o uso da força para o seu controle, aparentando mais violência.

Na obra *Direitos Humanos e Cidadania*, ao manifestar-se sobre a convivência social na ordem democrática, Dallari referenda a necessidade de regras para organização e comportamento, de modo que haja harmonia e solidariedade, considerando os direitos fundamentais:

Como já foi demonstrado, todos os seres humanos necessitam da convivência e esta, por sua vez, *traz a necessidade de regras de organização e comportamento, para que haja harmonia e solidariedade em benefício de todos*. Não basta, porém, a simples existência de regras, as quais teoricamente, poderiam ser fixadas por uma pessoa ou um grupo social e impostas à obediência de todos. É necessário que tais regras sejam justas, levando em conta as características e os direitos fundamentais de todos os seres humanos. (g.n.)⁷

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 19

Neste sentido, Pedro Jacobi (19—?, p. 16-17), citando Putman, defende que as práticas sociais, baseadas na solidariedade e no encontro de direitos e deveres, constroem a cidadania e representam a possibilidade de cultivar a responsabilidade pessoal, a obrigação mútua e a cooperação voluntária no fortalecimento da democracia.⁸

Insta registrar que Maria Vitória Benevides, *apud* Jacobi, reconhece a relação de direitos e deveres, as liberdades individuais, e a participação popular como elementos essenciais à democracia:

[...] “o cidadão, além de ser alguém que exerce direitos, cumpre deveres ou goza de liberdades em relação ao Estado, é também titular, ainda que parcialmente, de uma função ou poder público. Isso significa que a antiga e persistente distinção entre a esfera do Estado e a da sociedade civil esbate-se, perdendo a tradicional nitidez. Além disso, essa possibilidade de participação direta no exercício do poder político confirma a soberania popular como elemento essencial da democracia”. (g.n.)⁹

Verifica-se que à segurança enquadra-se no conceito de cidadania. A gestão da segurança social é uma necessidade que integra o rol das funções-síntese do Estado, devendo, portanto, ser garantida ao cidadão de maneira efetiva, democrática e humanizada com respeito aos direitos, e também

⁸ JACOBI, Pedro. *Políticas sociais e ampliação da cidadania*. Rio de Janeiro: FGV. p.16-17

⁹ *Ibidem*, p.22

obediência aos deveres. A cidadania é tratada como relação de direitos e deveres, objetivando-se equilibrar uma noção apenas unilateral de direito, para que o interesse coletivo seja viabilizado numa via de mão dupla, prevalecendo desta forma o público sobre o privado.

A atividade pública de segurança abrange a maioria dos direitos integrantes do conceito de cidadania, e precisa de maior concretude, tanto na relação entre os órgãos e os seus agentes, em prol do reconhecimento profissional, quanto no cumprimento de seu mister constitucional.

A cidadania deve ser consolidada tanto para a sociedade quanto para os responsáveis em garanti-la, sob pena de a sua negligência *interna corporis* comprometer o conceito e prática da cidadania brasileira.

A valorização dos direitos e o treinamento dos policiais militares é uma via a ser cumprida em prol da cidadania, que favorece a atuação garantista, na implementação da filosofia de polícia comunitária nos órgãos policiais, em face da sua imprescindibilidade para a gestão dos atuais problemas de segurança pública.

Sob a ótica externa ou extroversa, isto é, no sentido objetivo de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, esta cidadanização deve ser balisada por três eixos:

- √ Respeitos aos direitos que compõem a cidadania, ou seja, individuais, políticos, sociais e difusos;
- √ Disciplina consciente em prol da observância dos deveres, como mecanismo pró-ativo no controle da violência e da criminalidade;
- √ Participação popular na gestão da coisa pública, que integra os bens e os serviços públicos.

A evolução da cidadania restou evidenciada, demonstrando, numa vertente subjetiva, *interna corporis*, a

necessidade de valorização e reconhecimento da cidadania dos encarregados de aplicação da lei, e numa vertente objetiva, a necessidade de reconhecimento e de garantia dos direitos do cidadão na atuação do Estado, bem como de obediência destes mesmos cidadãos aos seus deveres, acrescentando ainda, a importância da participação cidadina na gestão do fenômeno da criminalidade e da violência.

3. Poder de Polícia

Na relação da democracia (caracterizada pela vontade coletiva, representativa do interesse público) com a cidadania (conjunto de direitos fundamentais e deveres), dá-se a inserção regular do poder de polícia e sua relevância como instrumento de garantia dos direitos do povo, em prol de uma convivência harmoniosa e pacífica na sociedade.

Ao passo que o Estado deve garantir os direitos individuais e coletivos, de maneira cidadã; dispõe do poder de polícia, como instrumento da autoridade do Estado e do próprio povo, respaldado no interesse público e nas disposições legais que se enquadrem ao caso em concreto, servindo para mediação de conflitos, para a prevenção e repressão dos ilícitos, e de modo geral e amplo para assegurar a tranqüilidade, a segurança, e a salubridade pública, contra quaisquer ameaças à ordem pública, notadamente quando existem direitos conflitantes.

A doutrina conceitua com riqueza o poder de polícia, e com grande magistério Cretella Júnior assim o fez em seu estudo histórico e de direito comparado, perenizado com a brilhante literatura “Do Poder de Polícia”:

Poder de Polícia é a causa, o fundamento; a polícia é a sua conseqüência. O poder de Polícia é algo impotentia, traduzindo in actu, pela ação policial.

Poder de Polícia é a faculdade discricionária da administração, de dentro da lei, limitar a liberdade individual em prol do interesse coletivo.¹⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que, pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.¹¹

A administração pública detém prerrogativas para o desempenho de suas atividades, ao passo que sujeita o ato administrativo aos limites impostos pelo ordenamento jurídico, para a garantia dos direitos dos cidadãos, colocando em lados opostos a autoridade da Administração e a liberdade individual, como leciona Maria Sylvia. O cidadão pode exercer plenamente os seus direitos, mas a administração pode condicionar este exercício ao bem estar coletivo, utilizando-se do poder de polícia, haja vista que se fundamenta no princípio da predominância do interesse público sobre o particular.¹²

Discorrendo no sentido de que o Poder de Polícia limita o exercício da liberdade e da propriedade, para que eles estejam entrosados com a utilidade coletiva, de modo a não implicar em um óbice a realização dos objetivos públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.717) traz a baila uma crítica pertinente sobre a impropriedade da expressão “poder de polícia”, pois algumas vezes, leva a reconhecer à Administração poderes que seriam inconcebíveis no Estado de Direito:

[...] a expressão “poder de polícia” traz consigo a evolução de uma época pretérita, a do “Estado de Polícia”, que

¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Poder de Polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 15 ed. 1999. p.20

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 111.

¹² *Ibidem*, *loc.cit.*

precedeu ao Estado de Direito. Traz consigo a suposição de prerrogativas existentes em prol do “príncipe” e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo. Em suma: raciocina-se como se existisse uma “natural” titularidade de poderes em prol da Administração e como se dela emanasse intrinsecamente, fruto de um abstrato “poder de polícia”.

Daí imaginar-se algumas vezes, e de modo mais ingênuo, que tal ou qual providência – mesmo carente de supedâneo em lei que a preveja – pode ser tomada pelo Executivo por ser manifestação de “poder de polícia”.¹³

Além dos conceitos e entendimentos apresentados, torna-se imprescindível enunciar a regra do ordenamento jurídico brasileiro prevista no artigo 78 do Código Tributário Nacional para consubstanciar o entendimento do tema, *in verbis*:

Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou de autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública e ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p.717.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

O Código Tributário Nacional define o poder de polícia como atividade administrativa que limita ou disciplina direitos e liberdades, em razão do interesse público que abrange à segurança, à tranqüilidade e à salubridade, por intermédio da regular atuação dos órgãos competentes, nos limites da lei, respeitando o devido processo legal, e nos casos discricionários, sem abuso ou desvio de poder.

Resta evidenciada a complexidade do tema Poder de Polícia em face de sua abrangência, e por guardar relação estreita das liberdades públicas e dos direitos dos cidadãos com as suas garantias e suas limitações pela autoridade estatal, demonstrando, desta feita, o seu valor fundamental na motivação do agir estatal, como afirma Cretella Júnior (LAZZARINI et. al., 1986, p. 182):

Mediante o exercício do poder de polícia, o Estado toma uma série de providências que recaem sobre os administrados, garantindo-lhes o bem-estar, mediante o policiamento da conduta exorbitante de cada um dos componentes do grupo.

O poder de polícia geral sempre existiu no Estado, qualquer que tenha sido a natureza e funções, no que diz respeito aos fins da sociedade a ele referida, quer tenha tido caráter amplo de polícia interna (concepção originária da polícia como

governo), quer tenha sido concebido como instituição essencialmente administrativa ou como administração jurídica, ou administração social do Estado. A *idéia de Estado* é inseparável da *idéia de polícia* (RAFAEL BIELSA, *Ciencia de la administración*, 2. ed., 1955, p.349). E o “poder de polícia” é o fundamento da “ação de polícia”.

A amplitude alcançada pelo tema em questão conduz à necessidade de realizar a sua delimitação didática, em razão das diversas modalidades de poder de polícia que existem, e que variam de acordo com a esfera de competência definida legalmente para cada órgão estatal, a exemplo dos órgãos policiais, que exercem principalmente a polícia de segurança, de trânsito, de meio ambiente etc.

Focar-se-á, a seguir, a faceta do poder de polícia que respalda a atuação policial-militar, tanto no sentido de preservação da ordem pública quanto de polícia ostensiva de segurança, conforme prescrito constitucionalmente e na legislação afim.

3.1 O Poder de Polícia da Polícia Militar

O ordenamento jurídico anterior à Constituição Cidadã, já garantia o amplo espectro de ação das polícias militares, ao atribuir a competência de polícia da manutenção da ordem pública.

A Constituição vigente ampliou o campo de atuação das polícias militares ao lhe atribuir a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública. O termo polícia ostensiva foi utilizado ao invés de policiamento ostensivo, e antiga designação de manutenção foi substituída por preservação da ordem pública.

No que concerne às ações de polícia ostensiva, segundo entendimento do Dr. Álvaro Lazzarini (1999, p 103-104 passim), o policiamento ostensivo refere-se apenas uma das ações de polícia, a de fiscalização; por esse motivo, a expressão polícia ostensiva expande a atuação das Polícias Militares à integralidade das fases do poder de polícia, abrangendo a ordem de polícia, o consentimento de polícia, a fiscalização de polícia e a sanção de polícia.

A noção de polícia ostensiva abriga assim a ordem de polícia que nasce da lei; o consentimento de polícia, que vinculado ou discricionário, anui quando cabível; a fiscalização pela qual se verifica o cumprimento da ordem de polícia ou quando atua no policiamento; e a sanção de polícia que se destina à repressão da infração.

A polícia de manutenção da ordem pública, a partir de 1988 passa a deter o poder de polícia para a preservação da ordem pública, o que engloba tanto a manutenção como a restauração.

A noção jurídica indeterminada que proporciona o conceito de ordem pública permite o exercício discricionário da autoridade policial, dentro dos limites legais e morais, desde que não abuse ou desvie da parcela do poder-dever que lhe é conferido legal e constitucionalmente, demonstrando assim, a interdependência do poder de polícia com a ação policial de preservação da ordem pública, especificamente à atuação policial militar que abrange tanto a prevenção, como a repressão imediata, para garantir os direitos, os bens e as instituições sociais.

A esse respeito, o Dr. Álvaro Lazzarini (1999, p. 56-57) é esclarecedor:

Por isso tudo que entendemos, como fizemos em o *Direito Administrativo da Ordem Pública* e outros trabalhos, ser denominada polícia de preservação da Ordem Pública (de manutenção da Ordem

Pública, na semântica Constitucional anterior), de que é parte a polícia de segurança pública, exteriorização da polícia administrativa na exata medida em que previne a desordem, mantendo a ordem pública nas suas múltiplas facetas e procurando evitar a prática delituosa em sentido amplo (crimes e contravenções penais), no que se exercita a atividade de polícia de segurança pública. É, também, exteriorização da polícia judiciária, quando cuida da repressão delitual, como auxiliar da Justiça Criminal, sob regência das normas de Direito Processual Penal e assim, controlada e fiscalizada pela autoridade judiciária competente, a que, sem que tenha natureza jurisdicional a sua atividade, deve fornecer, na repressão imediata, um primeiro material de averiguação e exame.

A aceção de segurança pública é mais restrita do que da ordem pública, sendo que a preservação da ordem cabe às Polícias Militares, abrange tanto as atividades de polícia de segurança ostensiva, como de polícia da tranqüilidade e da salubridade.

Dentro da ótica constitucional de Polícia Ostensiva e de Preservação da Ordem Pública, Lazzarini (1999, p. 72-73, 103-104 passim) afirma que a competência policial-militar abrange inclusive aquela residual, obtida mediante remanência, competindo assim, todo universo policial que não seja atribuição constitucional dos demais órgãos previstos no art. 144 da Carta de 1988, e também a competência específica na falência destes órgãos.

Tal posicionamento na definição da competência dos órgãos policiais, que enseja o reconhecimento dos limites do poder de polícia, é corroborado com o Parecer nº GM-25, da Advocacia Geral da União, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República em 10/08/01 e publicado no Diário Oficial da União de 13/08/01, que adota o PARECER Nº AGU/TH/02/2001, de 29 de julho de 2001, da lavra da Consultora da União, Dr^a. Thereza Helena S. de Miranda Lima, elaborado com a finalidade de subsidiar o emprego das forças armadas em atividades de segurança pública, sendo reconhecida esta possibilidade em situações emergenciais e temporariamente.

Para a correta e adequada intervenção policial, é coerente sustentar-se na lição de Caio Tácito (LAZZARNI et. al., 1986, p. 103) que afirma que, no equilíbrio entre os princípios de liberdade e de autoridade – de certa forma antagônicos, o poder de polícia se coloca como uma das faculdades discricionárias do Poder Público, visando à proteção da ordem, da paz e do bem-estar social.

Conforme argumentações depreendidas, faz-se necessário reconhecer a competência do órgão policial, para identificar os limites do poder de polícia, que lhe conferem autoridade para a devida intervenção policial.

No caso vertente, focaram-se as amplas atribuições da Polícia Militar, cujo poder de polícia utilizado para prevenir ou reprimir, é a causa, o fundamento da atuação policial, materializando a faculdade que lhe é assegurada em potencial, diante do caso concreto da intervenção estatal.

3.2 Poder de Polícia na abordagem policial

A abordagem policial, para fins deste estudo, pode ser compreendida como atividade material desempenhada pelas autoridades legalmente investidas nas funções públicas e dotadas de competência para a ação preventiva e repressiva, com

fundamento no poder de polícia, visando à preservação da ordem pública.

Essa atividade material dos atos de polícia administrativa ou judiciária se caracteriza como um ato administrativo, quando presentes os requisitos que devem lhe revestir, possibilitando assim, identificar os limites de sua intervenção num Estado Democrático de Direito.

Nessa forma de intervenção policial que atinge as liberdades públicas, os bens e os direitos dos cidadãos, o policial utiliza-se de uma vertente do poder de polícia que é conferido aos encarregados de aplicação da lei na esfera policial, para garantia da cidadania, agindo com intensidade variável, de acordo com a ponderação dos princípios e direitos conflitantes no caso em concreto.

Acerca desta ampliação da cidadania, com maior valorização dos direitos, e a relevância do poder de polícia e do poder discricionário, como instrumentos de garantia destes direitos, além da necessidade de aperfeiçoamento dos meios de controle, Caio Tácito (LAZZARNI et. al., 1986, p. 103), citando a conferência do Direito universal ao Direito difuso, no ano de 1984, asseverava:

Tivemos oportunidade de acentuar, em outra conferência, as etapas sucessivas que, no plano constitucional, partiram da consagração dos direitos civis e políticos para acrescer os direitos sociais do homem e afinal acolher os direitos coletivos sem dono certo, os chamados direitos difusos. Em suma, a extensa avenida que vai do cidadão ao consumidor. Em cada uma dessas fases, em que se aperfeiçoa a busca da fidelidade ao princípio democrático, o poder de polícia é um meio indispensável de ação dos governantes na prática do dever de boa administração.

O fortalecimento do poder discricionário – do qual o poder de polícia é uma das manifestações mais atuantes – colocou em destaque a necessidade de aperfeiçoamento do controle de legalidade de modo a conter, oportunamente, os excessos ou violências da Administração Pública.

Para análise de uma situação de abordagem policial, deve-se ter como pilar normativo a regra geral de liberdade individual do cidadão, que se sustenta nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da presunção de inocência e da liberdade de locomoção, consagrados no artigo 1º e artigo 5º, incisos X, LVII e XV da Carta Magna.

Todavia, quando no caso concreto outro direito se apresenta mais robusto, por se revestir do interesse público, coletivo, ou por ser mais consistente na ponderação *in casu*, o princípio pode ceder passagem ao outro, permitindo a relativização aos direitos fundamentais enunciados, por intermédio da atuação preventiva ou repressiva, devidamente sujeita aos limites legais, reais e razoáveis.

Os atos de polícia administrativa ou judiciária são considerados atos administrativos. A atuação preventiva decorre da atividade de polícia administrativa, sendo desenvolvida pela Polícia Militar, principalmente, por intermédio da Polícia Ostensiva, respaldando-se no regime jurídico constitucional-administrativo.

Diogo de Figueiredo (LAZZARNI et. al., 1986, p. 140), ao mencionar que a manutenção e a restauração da Ordem Pública, ao mesmo tempo em que referenciam todo ramo didático à Ordem Pública, indicam os modos de atuação preventiva (manutenção) e repressiva (restauração) que deve disciplinar. E ainda, observa que a ação da Polícia Administrativa da Segurança Pública está contida no Direito Administrativo, enquanto que a ação da Polícia Judiciária, tem dupla disciplina, do Direito Administrativo e do Direito Processual Penal.

Para utilização deste instrumento operacional, conhecido como abordagem policial, que será estudado no capítulo seguinte como ato administrativo, é essencial trazer à baila os atributos do Poder de Polícia, que são a auto-executoriedade, a coercibilidade e a discricionariedade, pois estruturam e garantem a autoridade do ato de polícia.

No entender de Hely Lopes Meirelles (LAZZARNI et. al., 1986, p. 150-151 passim), a auto-executoriedade é a faculdade de a Administração julgar e executar a decisão, por seus próprios meios, sem a intervenção do Judiciário, sendo portanto necessário que o ato de polícia atenda as exigências legais; a coercibilidade é a imposição coativa das medidas adotadas pela administração, de forma imperativa, admitindo, inclusive, o emprego da força pública para o seu cumprimento, proporcionalmente à resistência oferecida; e a discricionariedade traduz-se na livre escolha, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, bem como de aplicar sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é o interesse público. Não se pode confundir, entretanto, ato discricionário, que é legítimo quando nos limites da lei, com o ato arbitrário, que é ilegal por desbordante da lei, sendo que o arbítrio, por ilegalidade, abuso de autoridade, excesso ou desvio de poder, ensejam a responsabilidade administrativa, civil ou criminal.

Analisando os atributos do Poder de Polícia, Dr. Álvaro Lazzarini (1999, p. 196-197 passim) segue a mesmo raciocínio de Hely Lopes, e acrescenta que o exercício do poder de polícia precisa se basear em fatos concretos e não em meras conjecturas da autoridade que seja competente.

Raquel Cristina Ribeiro Novais (1996, p. 19), no artigo intitulado A Razoabilidade e o Exercício da Discricionariedade, faz uma reflexão sobre os critérios de razoabilidade que limitam o exercício deste poder ao Controle Judicial, para se compatibilizar a competência atribuída ao órgão com a discricionariedade da função administrativa no Estado de Direito, reconhecendo que:

A discricionariedade decorre da indeterminação na incidência da norma sobre a realidade factual, indeterminação essa da qual decorra para o aplicador, após a invocação dos critérios oferecidos pela razoabilidade, no mínimo duas situações igualmente razoáveis, entre as quais possa optar segundo critérios de boa administração.

O princípio da razoabilidade é resultante da adoção de critérios que limitam o juízo estimativo do aplicador, submetendo-os aos limites factuais da incidência da norma, aos valores consagrados nas normas e carregados nos fatos e à relação de adequação e proporcionalidade entre o ato adotado em face dos fins disciplinados nos valores normatizados.

Na prática policial, é relevante seguir a lição de Diogo de Figueiredo *apud* Lazzarini (1999, p. 42-43), na qual se devem distinguir três sistemas de limites ao exercício da discricionariedade no poder de polícia, que decorrem dos princípios da legalidade, da realidade e da razoabilidade. A legalidade, conforma o mais importante dos sistemas, que é a moldura normativa do exercício do poder de polícia. Pelo sistema da realidade, exige-se mais que a observância aos princípios legais, é preciso que os pressupostos de fato sejam reais e suas conseqüências realizáveis. A razoabilidade, de modo amplo é uma relação de coerência que se deve exigir entre a manifestação da vontade do Poder Público e a finalidade específica que a lei lhe adscribe.

Visando resguardar os princípios que regem o ordenamento jurídico nas abordagens policiais, são impostos limites à discricionariedade da administração, para que o ato de polícia não se converta em arbítrio. Mas a grande dificuldade reside na

identificação desta linha tênue, que separa o legal, o real e o razoável, cuja mensuração se torna possível diante da análise do caso concreto.

A efetiva cidadania exige o respeito a esses limites do poder de polícia na abordagem policial, e para tanto, dispõe-se dos mecanismos de controle interno dos atos de polícia, que se exerce de ofício ou por provocação, como também, dos mecanismos de controle externo do Estado, por intermédio do Judiciário e do Legislativo, almejando assim, o equilíbrio, a paz e a harmonia do Estado Democrático de Direito, em prol da atuação regular das funções estatais.

Os sistemas de limites do poder de polícia, segundo os princípios da legalidade, realidade e razoabilidade, são referenciais adequados para nortear os atos de polícia das autoridades, bem como daqueles que, em melhores condições, analisam e julgam o ato de polícia, muitas vezes decididos acerca de conceitos amplos e vagos, em frações de segundo, sob o risco da própria vida.

4. Cidadania e Poder de Polícia na abordagem policial

A noção de cidadania pode se apresentar paradoxal à idéia de poder de polícia, num exame imediato dos princípios de liberdade e autoridade. Entretanto, o que se constata é que ambos coexistem de forma complementar e harmônica, pois ao passo que se sustentam no interesse público, a cidadania e o poder de polícia são pilares do Estado Democrático de Direito.

A temática deste capítulo reside na idéia de harmonização dos princípios da liberdade e da autoridade, na ponderação de interesses conflitantes, quando os indivíduos produzam ou possam produzir alterações na ordem pública, e assim, demonstrem os motivos que fundamentam e autorizam o ato de polícia preventivo ou repressivo.

Nesse sentido, Cretella Júnior (LAZZARNI et. al., 1986, p. 198-199) nos traz a seguinte lição:

Do mesmo modo que os direitos individuais são relativos, assim também acontece com o poder de polícia que, longe de ser onipotente, incontrolável, é circunscrito, jamais podendo pôr em perigo a liberdade e a propriedade. Importando, regra geral, o poder de polícia, restrições a direitos individuais, a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária, para que não se configure o abuso do poder. Não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do ato de polícia. É necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua inovação.

Nos atos policiais que intervenham nas pessoas, direitos constitucionalmente assegurados, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da presunção de inocência, de locomoção, e outros, podem ser ponderados, na análise do caso concreto, quando em contraposição com outros princípios constitucionais, como, por exemplo, a supremacia do interesse público.

Na intervenção policial decorrente da autoridade do Estado, ponderam-se os princípios em conflito para identificação do direito mais robusto, seja por revestir-se de interesse público, ou aparentar mais valor no sopesamento em concreto.

A ponderação dos princípios faz-se necessária neste momento de pós-modernidade, marcado pela criminalidade e violência, quando da utilização do poder de polícia pelas autoridades, tanto na relação de Estado com a sociedade, como

nas relações entre particulares que exijam a intervenção do Estado.

Luís Roberto Barroso (2003, p. 42) trata desta ponderação de interesses ao abordar a moderna hermenêutica constitucional, numa perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito. Supera-se o legalismo, por meio do reconhecimento de valores compartilhados por toda comunidade, que integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionamento a atividade do intérprete.

Acrescenta Barroso (2003, p. 42), que em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, os princípios podem entrar em rota de colisão, sendo que em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral.

Nesse sentido, encontra-se Robert Alexy (2002, p. 87-89-112 passim) ao asseverar que quando os princípios entram em colisão, um tende a ceder ante o outro. Na ponderação dos casos concretos, os princípios (mandados de otimização) têm diferentes pesos, para verificar em que medida cada qual cederá, diante das possibilidades jurídicas e fáticas de realização do direito fundamental, estabelecendo-se *una relación de precedência condicionada*, orientada pela *máxima de la proporcionalidad*.

Uma visão adequada acerca dos princípios e de sua ponderação em concreto quando contrapostos, norteadas pelo princípio da proporcionalidade e razoabilidade, mostra-se imprescindível para o estudo da integração entre a Cidadania e o Poder de Polícia.

Nesse sentido se encontra a célebre lição de Caio Tácito *apud* Cretella Júnior (1986, p. 199):

Não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do ato de polícia. É necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua inovação. A coexistência da liberdade individual e do poder de polícia repousa na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. O requisito de conveniência ou de interesse público é, assim, pressuposto necessário à limitação dos direitos do indivíduo (CAIO TÁCITO, “o poder de polícia e seus limites”, em RDA, 27:10). (sic)

As abordagens policiais são instrumentos respaldados no poder de polícia, e utilizados preventiva e repressivamente pelos integrantes das polícias militares para o cumprimento da missão constitucional de polícia ostensiva e preservação da ordem pública.

Os atos de polícia são atos administrativos dotados dos atributos da auto-executoriedade, da coercibilidade e da discricionariedade, que lhe prestam para garantir a eficácia do seu caráter cogente, como enunciado no tópico que trata do Poder de Polícia na Abordagem Policial.

Contudo, as abordagens policiais, por se tratarem de atuação da Administração, devem preencher os requisitos de validade do ato administrativo e sujeitar-se ao controle judicial da legalidade e da moralidade, não obstante existam as possibilidades do controle interno – de ofício ou por provocação, do controle realizado pelo Ministério Público e do controle popular exercido pela via da participação cidadina.

Os desvios de finalidade, excessos ou abusos do poder de polícia na atuação policial militar, além de possibilitarem a invalidação de seus atos, podem ensejar a responsabilização nas esferas penal, civil e administrativa.

Entretanto, apesar dos limites delineados pela lei, somente uma análise do caso em concreto permite mensurar, se houve, ou não, transposição destes balizadores.

A grande questão reside na identificação destes limites numa sociedade democrática que deve ter seus instrumentos estatais voltados para o reconhecimento e valorização da cidadania, sem que haja o comprometimento na consecução dos objetivos públicos.

Além dos parâmetros de legalidade, realidade e razoabilidade elencados para o poder de polícia; qual seria o limite à intervenção na liberdade do cidadão por meio da atuação estatal na abordagem policial, de modo a conciliar a cidadania e o poder de polícia, sem assumir uma postura discriminatória, considerando se tratar de ato administrativo, que pode ser vinculado ou discricionário?

4.1 Abordagem Policial

O Estado dispõe de um sistema voltado para a segurança pública e a defesa social, no qual se encontram os órgãos policiais. No desenvolvimento de suas atividades profissionais, o encarregado de aplicação da lei, ao lidar com o cidadão, atua de modo assistencial, preventivo ou repressivo.

O manual de Instrução Modular da Polícia Militar do Espírito Santo (1999, p.111) enquadra a abordagem policial como técnica policial, *in verbis*:

Dizem os nossos dicionários que abordar é: acometer e tomar, aproximar-se, chegar, interpelar. No nosso caso, poderíamos considerar como sendo uma técnica

policial de aproximar-se de uma pessoa, ou pessoas, a pé montadas ou motorizadas, e que emanam indícios de suspeição; que tenham praticado ou estejam na iminência de praticar ilícitos penais, com o intuito de investigar, orientar, advertir, prender, assistir, etc.

Trata-se de uma conceituação que necessita de melhores esclarecimentos para nortear o tipo de intervenção cabível por parte do agente estatal, em conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

O meio utilizado para o contato do policial com o cidadão, ou seja, para o inter-relacionamento assistencial, preventivo e repressivo é a abordagem policial em sentido amplo, que se exterioriza nas ações e operações.

A atuação assistencial é verificada principalmente nas ocorrências de auxílio a enfermo, a parturiente, a alienado mental, dentre outras de auxílio e zelo pela dignidade da pessoa humana.

A atuação preventiva tem o objetivo de evitar a consumação do ilícito ou de um conflito social, sendo vivenciada mais efetivamente pela Polícia Militar, haja vista ser constitucionalmente encarregada da polícia ostensiva e da preservação da ordem pública, além de mais atuante na sociedade, como representante do Estado.

Numa filosofia de polícia comunitária, a prevenção mais efetiva da polícia militar é desenvolvida sob a concepção de proação, que seria mais abrangente, em decorrência de uma postura ativa e cidadã.

No agir preventivo ou pró-ativo, a polícia dispõe de técnicas que não chegam a intervir na liberdade do cidadão de modo tão intenso como nas hipóteses repressivas, as quais podem ser exemplificadas como: a aproximação, a observação, o deslocamento, o posicionamento, o relacionamento, a averiguação, e outras.

Também se enquadram nos casos de abordagens preventivas, as buscas pessoais realizadas na entrada de estádios de futebol e de shows, bem como no transporte e na escolta de presos, e outros pois o rol não é taxativo, ressaltando-se que no caso de identificação de uma conduta delituosa o agir passa a ser repressivo.

A atuação repressiva se apresenta cabível quando a prevenção não foi suficiente para impedir a ocorrência do ilícito e quando, no desenvolvimento das medidas preventivas, se constata uma situação delituosa, podendo intervir por meio de abordagem a pessoas, a veículos, a edificações, a locais etc.

A exteriorização das intervenções preventivas e repressivas é materializada nas ações e operações policiais.

As ações ocorrem no desempenho isolado de fração elementar de policiamento, com autonomia para decidir na atuação rotineira e imediata, como no caso de uma busca pessoal realizada por uma dupla de policiais e direcionada a alguém que esteja em situação de fundada suspeita, de flagrante delito ou pendente de cumprimento de ordem judicial.

As operações são desenvolvidas com um efetivo maior que uma fração elementar e requerem um planejamento mais amplo, e uma atuação mais articulada, com um comando centralizado que detém o controle e a responsabilidade pelo conjunto de ações desenvolvidas, por exemplo, citam-se as conhecidas *blitz*.

Considera-se, então, para fins deste estudo, a abordagem policial em sentido amplo como as ações e operações policiais, assistenciais, mediadoras de conflitos, preventivas e repressivas, desenvolvidas pelos policiais militares no contato direto com o cidadão.

Enquanto a abordagem policial, em sentido estrito, abrange aquelas intervenções, preventivas e repressivas, com fundamento no poder de polícia, que ponderam direitos integrantes da cidadania, na análise das possibilidades jurídicas e fáticas do caso em concreto, diante da existência de princípios conflitantes.

A abordagem policial propriamente dita, como também pode ser chamada a abordagem em sentido estrito, é o foco do estudo vertente, pois via de regra incide sobre os direitos da dignidade humana, de intimidade, de locomoção e de presunção de inocência, em razão do constrangimento moral e da intervenção na liberdade do cidadão que ação proporciona, de forma auto-executória, coercitiva e discricionária, tendo em vista a atual preocupação com o respeito à cidadania.

A grande questão reside em saber quando se ponderam direitos como da dignidade da pessoa humana, de intimidade, de locomoção e da presunção de inocência, por intermédio dos atos de polícia que podem causar constrangimento, limitação da liberdade ou até um pré-julgamento.

O princípio basilar do regime jurídico administrativo-processual da supremacia do interesse público sobre o privado respalda esta intervenção direta quando o interesse privado vai de encontro ao interesse público, permitindo a realização de uma abordagem preventiva ou repressiva.

Os atos de polícia são vinculados quando a lei restringe a administração a uma única medida, ou quando a análise do caso concreto restringe a uma única alternativa, e discricionário quando permite o juízo de mérito, para adoção da alternativa mais conveniente e oportuna.

Esta faculdade de ação conferida ao agente público nos atos discricionários possui limites legais, reais e razoáveis, que são de difícil delimitação em abstrato, o que induz ao reconhecimento da pertinência de analisar, *in casu*, qual a medida mais adequada ao ponderar os pressupostos fáticos e de direito.

4.2 - Abordagem Policial como Ato

Administrativo

O conceito de ato administrativo não é uniforme segundo a doutrina, por isso reputa-se útil apresentar alguns deles.

Quanto ao ato administrativo propriamente dito, Carvalho Filho (2003, p. 85) o conceitua como sendo a exteriorização da

vontade da Administração Pública ou de seus delegatários, sob o regime de direito público, que tenha por fim adquirir, resguardar, modificar, transferir, extinguir e declarar situações jurídicas com o fim de atender ao interesse público. O ato administrativo é espécie do ato jurídico.

Segundo Maria Sylvia (2003, p. 113), os meios de que o Estado se utiliza para o exercício do poder de polícia são os atos normativos (leis, decretos, resoluções portarias, instruções,...) e os atos administrativos e operações materiais (compostos de medidas preventivas e repressivas).

Di Pietro (2003, p. 189) conceitua o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, em observância a lei e conforme o regime jurídico de direito público, e está sujeito ao controle pelo Judiciário.

José Cretella Júnior (LAZZARINI et. al., p. 179-180) afirma que a ação policial manifesta-se por meio de fatos e atos administrativos. O ato de polícia, como ato administrativo, possui auto-executoriedade, podendo ser executado pela administração direta e imediatamente, independente de recorrer a outro poder.

A conceituação de ato administrativo, e a sua diferenciação quanto ao fato administrativo e à operação material, é relevante para entender a abordagem policial como ato administrativo fundado no poder de polícia, desde que preenchidos os requisitos de validade.

Lazzarini afirma que o fato administrativo não é acontecimento da natureza, mas a execução material de um ato administrativo que o antecede; enquanto que Carvalho Filho segue a mesma linha, mas enquadra o acontecimento da natureza como espécie de fato administrativo. A atividade material de realizar a abordagem trata-se de um fato administrativo, segundo Lazzarini, Carvalho Filho e Cretella Júnior, e como operação material de acordo com Maria Sylvia.

As operações materiais ou fatos administrativos, assim como os conseqüentes atos administrativos de abordagem policial, decorrem do poder de polícia. Os atos administrativos poderão

ser discricionários ou vinculados, limitando-se aos ditames legais, que se não observados, podem tornar o ato arbitrário ou abusivo, e sujeitá-lo ao controle interno e externo.

A abordagem policial fundada no poder de polícia é um ato administrativo, quando realizada por policiais integrantes do sistema de segurança pública e defesa social da administração pública direta, no exercício de prerrogativas estatais regidas pelo direito público que produzam efeitos jurídicos, para atender o interesse público, e se sujeita ao controle de legalidade e moralidade por órgão jurisdicional.

O exercício das prerrogativas pelo Estado na efetivação dos atos administrativos são os pressupostos que permitem a sua diferenciação dos atos de direito privado, pois se submetem ao regime jurídico de direito público, que possibilitam a sua execução imediata, garantida por intermédio dos atributos.

O ato administrativo apresenta-se como uma espécie de ato jurídico, segundo mencionado pelos doutrinadores, cujos efeitos produzidos podem se desdobrar numa relação jurídica administrativa, penal e/ou cível, conforme as normas que incidirem sobre o caso em concreto.

Para identificar a abordagem policial como ato administrativo, tomar-se-á como referência a clássica composição do ato pelos seguintes elementos ou requisitos de validade: sujeito ou competência, forma, objeto ou conteúdo, motivo ou causa, e finalidade.

No que se refere ao requisito de validade do ato também conhecido como sujeito ou competência, o sujeito ativo da abordagem é o policial que, por força do ordenamento jurídico, detém os poderes e prerrogativas necessárias a sua efetivação, decorrentes do princípio da impessoalidade da administração pública que imputa ao órgão a competência para realizar as atribuições por intermédio de suas autoridades. As autoridades detentores dos cargos e funções devem agir de modo impessoal, imparcial e genérico para atender ao interesse público.

O agir estatal pode ponderar o direito de locomoção, a presunção de inocência e até a intimidade e a dignidade humana

do sujeito passivo, quando presentes os motivos legais autorizativos da realização do ato de polícia.

Nesse sentido, é oportuno transcrever a célebre lição de Caio Tácito *apud* Lazzarini (1986, p. 63-64), *litteris*:

[...] a primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há em direito administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. *Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo as normas de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador.* (g.n.).

Ao concluir o artigo sobre Polícia Militar e Poder de Polícia no Direito Brasileiro, Cretella Júnior (1986, p. 202) traz uma colaboração para a definição da competência das autoridades policiais militares no exercício do poder de polícia:

Em todo edifício da grande pirâmide da organização da Polícia militar, do vértice (Comandante-Geral) passando pelos altos escalões (Comandantes das Unidades Operacionais), até a base (autoridades policiais), está concentrado o Poder do Estado que é um todo indiviso, apenas parcelado ou fragmentado para efeitos didáticos.

No que tange a forma, o ato administrativo de abordagem policial depende da manifestação volitiva da Administração, conforme o direito público exige, para estabelecer uma relação jurídica que atenda as finalidades públicas, podendo ser exteriorizado de forma escrita, e excepcionalmente, por meio de sinais, gestos, comandos verbais ou símbolos, como usualmente empregado na fiscalização do trânsito, nas atividades militares e policiais.

Entretanto, o ato de abordagem deve ser formalizado em um relatório, um boletim de ocorrência, um termo de apreensão, ou em outro documento oficial que possibilite a apreciação dos requisitos de validade do ato administrativo, de maneira a criar condições para o controle interno e externo da atuação estatal.

No que se refere à forma, o ato administrativo deve seguir a forma definida em lei, e preferencialmente, expondo por escrito os pressupostos de fato e de direito que autorizaram a realização do ato. Essa fundamentação que integra o conceito de forma serve para exposição dos argumentos ou pressupostos fáticos e jurídicos, sendo denominada motivação. A forma dos atos compostos e complexos também requer a observância dos procedimentos integrantes dos processos administrativos que são preparatórios ao ato principal.

O objeto ou conteúdo do ato administrativo é o resultado que se pretende, via de regra, para adquirir, resguardar, transformar, modificar ou extinguir direitos, ou declarar direitos e impor obrigações aos administrados ou a si próprio, devendo ser lícito, possível, certo e moral.

Trata-se o objeto do efeito jurídico imediato prescrito na norma que permite a atuação vinculada, quando a atuação administrativa deve corresponder à vontade da lei, ou discricionária, quando a lei permite o juízo de mérito da autoridade ao delinear a manifestação da vontade conveniente e oportuna.

No caso da abordagem policial, o objeto refere-se à revista para busca e apreensão de armas ou objetos de corpo de delito visando à instrução das relações jurídicas, bem como de

peças que estejam na iminência ou cometeram ilícitos ou atos que alterem a ordem pública, e até mesmo para a própria prevenção ou repressão dos atos ilícitos ou anti-sociais.

O motivo relaciona as razões de fato e de direito que devem preceder à manifestação de vontade da autoridade quando pratica o ato administrativo. Respalda-se no poder de polícia, tornando cabível a abordagem policial conforme a modalidade a ser desenvolvida, isto é, conforme seja direcionada a pessoa, a veículo, a edificação, ou a locais, diante da análise dos casos que justifiquem a intervenção do Estado, em face de gravame ao direito individual ou coletivo que impulsiona, e dá causa à realização do ato de polícia.

Deve-se, portanto, distinguir o motivo da motivação. Enquanto o motivo se refere aos pressupostos fáticos e jurídicos que exteriorizam a vontade para prática do ato administrativo discricionário ou vinculado; a motivação se refere à exposição destes pressupostos, e integra o conceito de forma, chegando a ser reconhecida por alguns doutrinadores como um princípio do direito administrativo.

A motivação é a expressão das razões de fato e de direito, expondo a causa que justifica a manifestação de vontade para a realização do ato administrativo. Existem doutrinadores que defendem a obrigatoriedade da motivação do ato, e outros cuja obrigatoriedade se restringe aos atos vinculados.

Apresenta-se mais coerente a corrente que pugna pela obrigatoriedade de motivação do ato administrativo, principalmente dos discricionários, pois o registro dos fundamentos que levaram a manifestação de vontade à prática do ato administrativo, possibilita o controle do estado em prol do reconhecimento e garantia da cidadania plena.

Nos casos das medidas preventivas discricionárias que facultam à autoridade uma margem de liberdade dentro de parâmetros legais, reais e razoáveis, bem como nas operações policiais conhecidas por *blitz*, que conjugam diversos atos administrativos, a motivação deve ainda, se possível, ser respaldada em dados estatísticos, georreferenciados, ou

produzidos por seguimentos de assessoria da autoridade, devidamente respaldados em leis, doutrinas e jurisprudências.

A finalidade é o efeito jurídico mediato que, em sentido amplo, refere-se ao interesse público de segurança e tranqüilidade, ao bem estar da comunidade administrada; e, em sentido estrito, relaciona-se com o resultado da busca e apreensão de pessoa ou coisa necessária a instrução probatória das relações jurídicas administrativas, penais e civis.

Nesse contexto, a abordagem policial, quando caracterizada apenas como fato administrativo, isto é, como operação material de busca e apreensão, exclui-se do conceito de ato administrativo, se não produzir efeitos jurídicos ou deixar de preencher quaisquer dos elementos citados.

Todavia, se preenchidos todos os elementos do ato com a produção de efeitos jurídicos, a abordagem policial caracterizar-se-á como ato administrativo, sendo garantida a sua efetividade pelos seus atributos, mas sujeitando-se ao controle interno e externo para verificação de sua validade e eficácia, conforme previsto no objeto.

O controle interno do Estado encontra respaldo no princípio da autotutela, consagrado nas súmulas 346 e 473 do STF, ao enunciar o poder da administração de rever seus próprios atos, anulando os atos eivados de vícios que os tornem ilegais, pois deles não se originam direitos; ou revogando os inconvenientes e inoportunos, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada a apreciação judicial.

Realiza-se o controle interno de ofício ou por provocação, de modo a permitir a revisão dos atos com fulcro no princípio da legalidade, da moralidade, da autotutela e outros, mas limitando a sua revisão, em face do princípio da segurança jurídica, quando gerar um direito adquirido, um ato jurídico perfeito, ou quando incidir a prescrição ou qualquer outro impedimento legal.

O controle externo do Estado pode ser desenvolvido pelo Legislativo e pelo Judiciário, com orientação no princípio da separação dos poderes e no sistema de freios e contrapesos.

A independência total dos poderes no Estado Democrático de Direito é relativa, tendo em vista que os poderes constituídos devem se controlar mutuamente em prol da legalidade, da moralidade, do interesse público, e dos diversos princípios que norteiam a Administração.

No Brasil vigora o sistema da Jurisdição Una, e o controle judicial tem respaldo no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal que prescreve o princípio segundo o qual: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Ao passo que a Carta Magna confere o direito de ação e conseqüente acesso à jurisdição, também estabelece as garantias com o objetivo de resguardar os direitos fundamentais positivados que integram a cidadania.

Socorrendo-se ao Judiciário, o cidadão dispõe de remédios constitucionais para garantia dos direitos fundamentais, sejam individuais, coletivos ou difusos. Dentre estas garantias constitucionais, encontram-se o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança individual, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, e a ação popular, bem como a ação civil pública que embora fora do art. 5º, também serve à finalidade de provocar o controle judicial do ato administrativo lesivo praticado pela administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 874-875) refere-se ao controle jurisdicional como contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo, mas que não elimina a discricionariedade, sob pena de agravo à lei. A perquirição judicial não pode ir além dos limites da significação objetiva, pois a apreciação subjetiva permanece exclusiva do administrador:

O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece

exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior.

Comentando acerca da discricionariedade do Poder de Polícia e o controle do Judiciário, Lazzarini (1999, p. 196) faz uma prudente observação:

Note-se, porém, que, face a esse atributo da discricionariedade, em boa doutrina, não pode o poder Judiciário dar valoração diversa da emprestada pela autoridade administrativa competente, pena de subversão do princípio constitucional, já visto, da independência e harmonia dos Poderes Orgânicos do Estado.

A apreciação judicial do ato administrativo refere-se aos aspectos de legalidade e moralidade, seja no ato vinculado ou discricionário, não cabendo a apreciação do mérito da administração quanto aos critérios de conveniência e oportunidade.

Todavia, nota-se crescente a busca pela ampliação dos limites impostos à análise da legitimidade pelo Judiciário, com as teorias do desvio de poder, dos motivos determinantes, da razoabilidade e proporcionalidade e dos conceitos jurídicos indeterminados.

Neste contexto, a abordagem policial quando se reveste dos elementos do ato administrativo se sujeita ao controle de

legalidade e moralidade, respeitando-se a discricionariedade administrativa. Entretanto, com a propagação das teorias que ampliam a apreciação dos atos administrativos pelo judiciário, devem-se questionar os seus limites de atuação, de maneira a evitar que o excesso no controle substitua o ente público administrativo legitimado para a realização do ato.

5. Conclusão

Inicialmente, apresentou-se uma visão atual de cidadania, contextualizada no panorama globalizado e neoliberal; e também a cidadania na Polícia Militar sob as vertentes *interna corporis* e no desempenho das atividades de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública.

O entendimento do poder de polícia numa ótica cidadã remete à análise do equilíbrio entre os princípios de liberdade e de autoridade, orientada pelo interesse público, sob a ótica do cidadão e do encarregado de aplicação da lei, que é cidadão.

Ao passo que se devem garantir os direitos individuais e coletivos, a Administração dispõe do poder de polícia, como instrumento da autoridade do Estado e do próprio povo, respaldado no interesse público e nas disposições legais que se enquadrem ao caso em concreto, servindo para mediação de conflitos, para a prevenção e repressão dos ilícitos e, de modo geral e amplo, para assegurar a tranqüilidade, a segurança, e a salubridade públicas, contra quaisquer ofensas ou ameaças a ordem pública.

A restrição de direitos e a intervenção nas liberdades fundamentais com fulcro no Poder de Polícia não violenta o princípio da legalidade porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia do interesse da coletividade.

A intervenção policial, preventiva e repressiva, que incide sobre as pessoas e os bens, é conhecida como abordagem policial, e trata-se de ato administrativo.

Nessa intervenção policial que atinge as liberdades públicas, os bens e os direitos dos cidadãos, o policial utiliza-se

de uma vertente do poder de polícia que é conferido aos encarregados de aplicação da lei na esfera policial, para garantia da cidadania, agindo com intensidade variável, de acordo com a ponderação dos princípios e direitos conflitantes na análise em concreto.

A noção de cidadania e de poder de polícia, no exame dos princípios de liberdade e autoridade, demonstrou sua imprescindibilidade na coexistência complementar e harmônica, pois ao passo que a cidadania e o poder de polícia se sustentam no interesse público, também são pilares do Estado Democrático de Direito.

As abordagens policiais são os instrumentos respaldados no poder de polícia, e utilizados preventivamente e repressivamente pelos integrantes das polícias militares para o cumprimento da missão constitucional de polícia ostensiva e preservação da ordem pública.

O princípio basilar do regime jurídico administrativo-processual da supremacia do interesse público sobre o privado respalda esta intervenção direta quando o interesse privado vai de encontro ao interesse público, permitindo a realização de uma abordagem preventiva ou repressiva.

Os atos de polícia são vinculados quando a lei restringe a administração uma única medida, ou quando a análise do caso concreto restringe uma única alternativa, e discricionário quando permite o juízo de mérito, para adoção da alternativa mais conveniente e oportuna.

Esta faculdade de ação conferida ao agente público nos atos discricionários possui limites legais, reais e razoáveis, que são de difícil delimitação em abstrato, o que induzem ao reconhecimento da pertinência em se analisar, *in casu*, qual a medida mais adequada ao ponderar os pressupostos fáticos e de direito.

A abordagem policial fundada no poder de polícia é um ato administrativo, quando realizada por policiais integrantes do sistema de segurança pública e defesa social da administração pública direta, no exercício de prerrogativas estatais regidas pelo

Referências

BRASIL. Advocacia Geral da União.. Parecer nº GM-25, de 10 de agosto de 2001. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 13 ago 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés. 3. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (org.) *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003.

BEATO F. Cláudio C. Polícias Públicas de Segurança: Equidade, Eficiência e Accountability. *Unidade*, Porto Alegre, ano 19, n. 46, p.23-52, abr./jun.2001.

BONI, Márcio Luiz. *Cidadania e Poder de Polícia na Abordagem Policial*. Dissertação: Mestrado em Direito - FDC, Campos, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 1.833/AL. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 17 mar 1992. *Diário [da] Justiça da União*, Brasília, 06 abr 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 81.305-4/GO. Relator: Ministro Ilmar Galvão, 13 nov 2001. *Diário [da]*

Justiça da União, Brasília, 22 fev 2002. Ement. 2058-2.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASTELLS, Manuel. Para o Estado-Rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: PEREIRA, L.C.B.; WILHEIM, J.; SOLA, L. (Org.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, Brasília: ENAP, 1999.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. *Do Patrulhamento ao Policiamento Comunitário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. In: *Direito Público: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Do Poder de Polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DORNELLES, João Ricardo W. *Controle social, violência e políticas de segurança pública*. [S.l.: s.n., 19—?]

_____. *Conflito e Segurança: Entre Pombos e Falcões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FRANCO, Vera Helena de Mello; CARRAZA, Roque Antônio (Orgs.) *Constituição Federal, Código Comercial, Código Tributário Nacional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JACOBI, Pedro. *Políticas Sociais e Ampliação da Cidadania*. Rio de Janeiro: FGV.[19—?]

LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LAZZARINI, Álvaro et al. *Direito Administrativo da Ordem Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MONTEIRO, D. L. et all. O Policial Militar e a Lei: A ótica do Jeitinho Brasileiro na PM/ES. In: *O Direito em Movimento: Revista do Curso de Direito – Faesa/ICE*, Vitória, v. 1, n. 2, p.151-160., nov. 2003/mar.2004.

NASSARO, Adilson Luís Franco. A busca pessoal preventiva e a busca pessoal processual. *Força Policial*, São Paulo: PMESP, ano 12, n. 45, p.23-33, jan-mar.2005.

NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro. A Razoabilidade e o Exercício da Discricionariedade. In: *Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PINTO, Mônica Cristina Moreira. *Direito Militar para concursos estaduais: Penal e Processual Penal*. Vitória. [S.l.: s.n., 19—?].

POLÍCIA MILITAR DO ESPÍRITO SANTO. *Instrução Modular*. 5. ed. rev. e ref. Vitória: PMES, 1999.

RAIZER, Eugênia Célia. Conselhos Comunitários de Segurança Pública (CONSEPS): desafios ao debate e a organização. In: *Estratégias e Desafios: violência, direitos humanos e segurança pública*. Vitória: NEVI, 2003.

RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. “Elemento Suspeito”. Abordagem Policial e Discriminação na cidade do Rio de Janeiro. *CESEC/Boletim Segurança e Cidadania*, Rio de Janeiro, ano 03, n. 08, dez. 2004. Disponível em: <<http://www.ucam.edu.br/cesec/publicacoes/zip/boletim08.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2005.

SILVA, Jorge da. *Segurança Pública e Polícia: Criminologia Crítica Aplicada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOUSA, Antônio Francisco de. “*Conceitos indeterminados*” no Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1994.

VALLA, Wilson Odirley. A natureza dos compromissos e deveres do militar de polícia. *Direito Militar*, Florianópolis, ano VIII, n. 47, p. 13-18, mai-jun 2004.

VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, L.C.B.; GRAU, N.C. (Org.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

_____. *Cidadania e Globalização*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Record, 1999.