

HABEAS CORPUS 208.240 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR):

A Constituição Federal protege a intimidade e a privacidade como direitos individuais (art. 5º, X). Também prevê como objetivo fundamenta, da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade justa, plural e solidária sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV).

No plano infraconstitucional, o Código de Processo Penal disciplina a busca pessoal nos artigos 240 e 244, nos seguintes termos:

Art. 240. A busca será domiciliar ou **pessoal**.

§ 1o. Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2o. Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Assim, em atenção às garantias individuais de intimidade e privacidade, a legislação processual penal reclama para a busca pessoal sem ordem judicial a presença de fundada suspeita de que a pessoa a ser abordada esteja “na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito”. (art. 244 do CPP).

A fundada suspeita representa a justa causa necessária para a implementação da medida de natureza cautelar. Em termos de *standard* probatório, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a justa causa para a busca pessoal deve estar fundada em elementos objetivos e concretos. Assim, não satisfaz a exigência legal parâmetros subjetivos ou não constatáveis de maneira clara e precisa. Também não se pode admitir a busca pessoal com base em critérios que não tenham base legal como a raça, a cor da pele, a aparência física, que não possuem base objetiva.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em precedente da lavra do Ministro Ilmar Galvão, manifestou que a “fundada suspeita”, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa”. Confira-se:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA LAVRADO CONTRA O PACIENTE. RECUSA A SER SUBMETIDO A BUSCA PESSOAL. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL RECONHECIDA POR TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. Competência do STF para o feito já reconhecida por

esta Turma no HC n.º 78.317. Termo que, sob pena de excesso de formalismo, não se pode ter por nulo por não registrar as declarações do paciente, nem conter sua assinatura, requisitos não exigidos em lei. **A "fundada suspeita", prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um "blusão" suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder.** Habeas corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo. (HC 81305, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2001, DJ 22-02-2002 PP-00035 EMENT VOL-02058-02 PP-00306 RTJ VOL-00182-01 PP-00284) (grifo nosso)

Na mesma linha, cito julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REVISTA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO RHC N. 158.580/BA. NULIDADE RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO.

1. Nos termos do art. 240, § 2º, do CPP, para a realização de busca pessoal pela autoridade policial, é necessária a presença de fundada suspeita no sentido de que a pessoa abordada esteja na posse de drogas, objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que "não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por

exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de 'fundada suspeita' exigido pelo art. 244 do CPP" (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022).

3. Os meros informes anônimos e o fato de o acusado ser conhecido pela polícia como frequentador de local onde comumente ocorre tráfico de drogas, além de corroborarem apenas estereótipos, presunções e impressões subjetivas, não constituem fundadas razões para a realização de busca pessoal, sem a devida apuração.

4. A descoberta de objetos ilícitos a posteriori não convalida a abordagem policial. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de droga ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 2.142.037/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA ILÍCITA. REVISTA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Considera-se ilícita a revista pessoal realizada sem a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do § 2º do art. 240 do CPP, bem como a prova derivada da busca pessoal.

2. Se não havia fundadas suspeitas para a realização de busca pessoal no acusado, não há como se admitir que a mera

constatação de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida. Assim, o fato de o acusado se amoldar ao perfil descrito em denúncia anônima e ter empreendido fuga ante a tentativa de abordagem dos policiais militares, não justifica, por si só, a invasão da sua privacidade, haja vista a necessidade de que a suspeita esteja fundada em elementos concretos que indiquem, objetivamente, a ocorrência de crime no momento da abordagem, enquadrando-se, assim, na excepcionalidade da revista pessoal.

3. Habeas corpus concedido para reconhecer a nulidade das provas obtidas a partir da busca pessoal realizada, bem como as delas derivadas, anulando-se a sentença para que outra seja prolatada, com base nos elementos probatórios remanescentes.

(HC n. 625.819/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/2/2021 - grifo nosso)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ALEGAÇÃO VAGA DE ATITUDE SUSPEITA. INSUFICIÊNCIA. ILICITUDE DA PROVA OBTIDA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. RECURSO PROVIDO.

1. Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.

2. Entretanto, a normativa constante do art. 244 do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito . Vale dizer,

há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (fishing expeditions), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto (droga, por exemplo) que constitua corpo de delito de uma infração penal. O art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como rotina ou praxe do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata.

3. Não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de fundada suspeita exigido pelo art. 244 do CPP. [...] (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022.)

É importante também consignar que os elementos que evidenciam a justa causa para a busca pessoal devem constar no auto de prisão em flagrante ou no respectivo relatório diligência a fim de que seja feito o controle judicial posterior da medida. Sem a narrativa clara e precisa da justa causa para a realização da busca pessoal pela inviável a sindicabilidade pelo Poder Judiciário, a quem a Constituição Federal atribuiu a guarda dos direitos fundamentais.

Ademais, o fato de a busca pessoal resultar em apreensão de objetos ilícitos ou que constituam o corpo de delito não torna a revista lícita. O resultado da busca pessoal é irrelevante para a caracterização de sua

licitude. O necessário para conferir legitimidade à busca pessoal é a existência de justa causa anteriormente à realização da medida, ainda que esta resulte infrutífera.

A necessidade de controle judicial posterior e de justa causa prévia à realização de medida de natureza cautelar independentemente de ordem judicial já foram reconhecidas pelo Plenário desta Corte, em Repercussão Geral, no Recurso Extraordinário n. 603.616. Confira-se:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. **Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente.** A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido

processo legal. 5. Justa causa. **A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.** 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016)

Nada obstante este julgado tenha como referência a busca domiciliar, entendo que as preocupações expostas, sobretudo pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes, quanto à necessidade de controle judicial e de justificativa prévia da medida, aplicam-se à sistemática da busca pessoal.

Ainda com relação à justa causa na busca pessoal independentemente de mandado judicial, registro que essa está condicionada pelo texto legal ao fato de que “pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito.” Trata-se, portanto, de uma justa causa vinculada à fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma ou de objetos ou papéis que constituam o corpo de delito.

Corpo de delito é um conjunto de elementos sensíveis deixados pelo fato criminoso. Na definição clássica de João Mendes Júnior:

“corpo de delito é o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso. Corpo é toda a substância formada por elementos sensíveis, ou melhor de partes elementares dispostas e conjuntas. Elementos sensíveis são aqueles princípios produtores que podem afetar os sentidos, isto é, que podem ser percebidos pela vista ou pelo ouvido ou pelo ato ou pelo gosto ou pelo olfato. São também chamados elementos físicos ou materiais não só por sua natureza, como porque constituem a força física ou resultam do movimento da força física. Ora, não há delito sem que um movimento da força física que o causa e sem um resultado desse movimento. Quer esse movimento, quer esse resultado, se resolvem em elementos que podem ser percebidos pelos sentidos, elementos que, dispostos e conjuntos, constituem o fato criminoso e o dano causado. A observação e a recomposição desses elementos sensíveis do fato criminoso, eis o que se chama formar o corpo de delito.” (Processo Criminal Brasileiro, Volume 2, p. 7).

O corpo de delito abrange: a) *corpus criminis*: pessoa ou coisa sobre o qual recai a conduta criminosa (por exemplo, o corpo no caso do homicídio; os documentos, no caso da falsificação; o objeto subtraído, no caso do furto; b) *corpus instrumentorum*: objetos ou instrumentos utilizados para a prática do crime (a arma, no caso do homicídio; os apetrechos, no caso da falsificação; o veículo, para o caso de um crime de tráfico de entorpecentes na modalidade transportar); c) *corpus probatorium*: os vestígios materiais deixados no local que auxiliam na reconstrução do fato criminoso (manchas de sangue nos crimes de homicídio e lesão corporal, cadeados danificados no caso do furto) (TUCCI, Rogério Lauria. Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro, p. 47; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal. 2020, p. 379).

A par da justa causa de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos que constituam o corpo de delito, necessária a

caracterização da urgência para a realização da busca pessoal sem mandado judicial. O requisito da urgência é importante para o fim de assegurar a excepcionalidade da medida e de evitar buscas pessoais aleatórias com escopo vexatório. Sem a urgência, elemento indispensável para a implementação de medidas cautelares, a diligência será ilícita.

Sobre o requisito da urgência, Guilherme de Souza Nucci destaca:

A busca pessoal dispensa mandado judicial (art. 244, CPP), em determinadas situações diante da urgência que a situação requer [...]. Se uma pessoa suspeita de trazer consigo a arma utilizada para a prática de um crime, está passando diante de um policial, seria impossível que ele conseguisse, a tempo, um mandado para efetivar a diligência e a revista. Logo, dispensa-se o mandado, embora deva o agente da autoridade ter a máxima cautela para não realizar atos invasivos e impróprios, escolhendo aleatoriamente pessoas para a busca, que é sempre ato humilhante e constrangedor.

Estabelecidas essas premissas, passo ao exame do caso concreto.

No caso dos autos, constam do auto de prisão em flagrante as seguintes declarações do policial militar que empreendeu a diligência de busca pessoal (eDOC, 2. p. 31):

QUE NESTA MANHÃ ESTAVA EM PATRULHAMENTO PELA REGIÃO OESTE DA CIDADE E AO SE DIRIGIR ATÉ O BAIRRO FORTUNATO ROCHA LIMA PARA ATENDIMENTO DE UMA OCORRÊNCIA ACABOU PASSANDO PELA VILA INDUSTRIAL, QUE ERA O CAMINHO NATURAL PARA SEU DESTINO; QUE AO PASSAR PELA RUA SANTA TERESA, QUADRA 4, AVISTOU AO LONGE UM INDIVÍDUO DE COR NEGRA QUE ESTAVA EM CENA TÍPICA DE TRÁFICO DE DROGAS, UMA VEZ QUE ELE ESTAVA EM PÉ JUNTO O MEIO FIO DA VIA PÚBLICA E UM VEÍCULO ESTAVA

PARADO JUNTO A ELE COMO SE ESTIVESSE VENDENDO/COMPRANDO ALGO; QUE O INDIVÍDUO AO PERCEBER A APROXIMAÇÃO DA VIATURA POLICIAL MUDOU O SEMBLANTE E SAIU ANDANDO SORRATEIRAMENTE JOGANDO ALGO NO CHÃO; QUE O VEÍCULO QUE ESTAVA PARADO TEVE MARCHA INICIADA REPENDINAMENTE E O MOTORISTA SAIU DO LOCAL, PODENDO AFIRMAR QUE ERA UM VEÍCULO DE COR CLARA, UMA VEZ QUE FIXOU SUA ATENÇÃO NO INDIVÍDUO, ATÉ PORQUE AQUELE LOCAL É CONHECIDO PONTO DE TRÁFICO DE DROGAS E AINDA NESTA DATA, DURANTE A MADRUGADA E AINDA PELA MANHÃ, HOVE A PRISÃO DE VÁRIOS INDIVÍDUOS TRAFICANDO DROGAS NAQUELE LOCAL; QUE ACABOU ABORDANDO O INDIVÍDUO E O RECONHECEU POR SEMPRE ESTAR NAQUELA LOCALIDADE SABENDO QUE É UM PARTICIPANTE EM CRIMES DE TRÁFICO NAQUELE LOCAL; QUE EM REVISTA PESSOAL ACABOU LOCALIZANDO 5 PINOS DE COCAÍNA QUE ESTAVAM NO BOLSO DA CALÇA DE MOLETOM, SENDO QUE NO OUTRO BOLSO DA MESMA VESTIMENTA ESTAVAM R\$ 80,00; QUE PODE OBSERVAR QUE NO CHÃO PRÓXIMO HAVIA VÁRIOS PINOS IDÊNTICOS AOS ENCONTRADOS COM O INDIVÍDUO, SÓ QUE COM A QUEDA NO CHÃO OS MESMOS ACABARAM SE ABRINDO E VAZANDO SEU CONTEÚDO, IMPOSSIBILITANDO ASSIM O RECOLHIMENTO DO CONTEÚDO POR SE UM PÓ MUITO FINO E EM QUANTIDADE QUE É IMPOSSÍVEL A ARRECADAÇÃO; QUE EM SEGUIDA CONDUZIU O INVESTIGADO ATÉ ESTE PLANTÃO POLICIAL.

Em sentido próximo, foram as declarações do segundo policial que acompanhou a busca pessoal (eDOC, 2. p. 32):

QUE NESTA MANHÃ ESTAVA EM COMPANHIA DE SEU COLEGA DE FARDA E SE DIRIGIAM AO BAIRRO

FORTUNATO ROCHA LIMA PARA ATENDER UMA OCORRÊNCIA; QUE NO CAMINHO PASSARAM PELA VILA INDUSTRIAL, POR UM CONHECIDO PONTO DE TRÁFICO DE DROGAS, ATÉ PORQUE ERA O CAMINHO QUE TINHAM QUE FAZER; QUE AO SE APROXIMAREM DA RUA SANTA TERESA VIRAM UM INDIVÍDUO NEGRO QUE "SERVIA" ALGUM USUÁRIO DE DROGA EM UM CARRO DE COR CLARA; QUE O INDIVÍDUO AO VER A APROXIMAÇÃO DA VIATURA POLICIAL SAIU ANDANDO SORRATEIRAMENTE E ARREMESSOU ALGO NO CHÃO, ISTO ENQUANTO O MOTORISTA DO CARRO SAIA DO LOCAL RAPIDAMENTE; QUE O INDIVÍDUO FOI ABORDADO E QUANDO REVISTADO FORAM LOCALIZADOS NO BOLSO DE SUA CALÇA DE MOLETON 05 PINOS DE COCAÍNA NA E NO OUTRO BOLSO R\$ 80,00; QUE NO CHÃO VIU QUE HAVIAM VÁRIOS PINOS DE COCAÍNA ABERTOS E ESPARRAMADOS SEU CONTEÚDO E ERA OS OBJETOS QUE INDIVÍDUO HAVIA ARREMESSADO AO SOLO QUANDO DA APROXIMAÇÃO DA EQUIPE POLICIAL; QUE NÃO DEU PARA RECOLHER O PÓ CAÍDO NO CHÃO POR SEREM FINOS E POUCA QUANTIDADE; QUE O INDIVÍDUO É SEMPRE VISTO NAQUEL LOCAL EM ATITUDE SUSPEITA.

O contexto fático apresentado pelos policiais para a abordagem era o seguinte: um indivíduo negro sentado no meio-fio e um carro de cor clara próximo. Os policiais também mencionam que os indivíduos aparentavam comprar e vender algo, mas não esclarecem o que seria esse algo. Com base nisso, decidiram se aproximar. Em seguida, descrevem que o carro saiu do local e o indivíduo saiu andando do local "sorratamente" e que teria arremessado algo, sem novamente dizerem o que seria algo. Realizada a busca pessoal neste último, foram encontradas substâncias entorpecentes.

Dois pontos merecem destaque para o exame da justa causa. A

primeira circunstância narrada pelos dois policiais foi a cor da pele, a saber, negra. Inicialmente, pode-se supor que essa seria uma mera descrição física do indivíduo a ser abordado; mas, não. Nada mais foi acrescentado. Não se menciona, por exemplo, altura (alto ou baixo), composição corporal ou qualquer outra característica física. É dizer, pelo que se extrai do auto de prisão em flagrante, a cor da pele foi o que primeiramente despertou a atenção dos policiais.

Em segundo lugar, a situação narrada: um indivíduo sentado no meio-fio e um carro próximo não revela justa causa para abordagem. É certo que os policiais mencionam que a cena parecia a mercancia de algo; contudo, esse fato é uma mera suspeição, sem nenhum elemento objetivo e concreto, tanto que os policiais não souberam esclarecer qual seria o objeto de compra e venda. Acrescento que os policiais estavam a uma certa distância da cena, uma vez que a identificação do indivíduo como alguém “conhecido” por eles ocorreu somente após a abordagem.

Parte dessas observações constaram no voto vencido do Ministro Sebastião Reis Júnior no Superior Tribunal de Justiça:

“Em primeiro lugar, não vejo o uso da expressão 'cor negra' pelos dois policiais responsáveis pela prisão como uma mera descrição da pessoa envolvida, já que nenhuma outra característica (peso, cabelo, roupa, etc.) foi objeto de qualquer referência.

Em segundo lugar, a expressão 'cor negra' foi usada pelos dois policiais e nenhuma outra circunstância relevante foi considerada para justificar a revista pessoal [...]. Não vejo como considerar o fato de o paciente estar em pé, parado ao lado de um carro, como suficiente para que o mesmo fosse abordado e revistado pela polícia, ainda mais se considerarmos que a cena foi vista, segundo o depoimento de um dos policiais, de longe.

De se destacar que só depois da abordagem é que os policiais identificaram o paciente como alguém que habitualmente estava naquela região vendendo drogas. Ou seja,

não havia qualquer outra circunstância, a não ser a de o paciente estar parado ao lado de um carro e de ser de cor negra, que justificasse a busca pessoal.

Não vejo como não compreender que esta, a busca, só se deu em razão da cor do paciente. O senso comum me permite chegar a esta conclusão até porque, certamente, se essa cena ocorresse nos Jardins, os policiais, certamente, não teriam se aproximado e abordado o paciente.”

Sobre como a aparência física e a camada social podem influir na análise de um mesmo contexto fático de fático, colaciono exemplo do Sandro César Seel:

“(…) Imaginemos uma mulher que tenta sair de uma joalheria com um caro e não pago bracelete quando é barrada pelos seguranças. Se essa aparente tentativa de subtração à coisa alheia móvel (art. 155 do Código Penal) será tomada como crime, sintoma compreensível de cleptomania ou mera distração, vai depender menos dos detalhes da conduta tentada do que do perfil da apontada infratora. A tese da distração cai bem, por exemplo, se a suposta tentativa fosse realizada por uma cliente habitual da joalheria; assim como a tese da cleptomania se adequaria perfeitamente se a acusada fosse uma famosa atriz de novela. Já para uma empregada da loja, a única tese “compatível com a realidade das coisas” é a de tentativa de furto puro e simples. A conduta é a mesma, a ausência de provas também, só o que variará, neste caso, são as suposições socialmente consideradas adequadas ao caso.” (SELL, Sandro César. A etiqueta do crime. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1507, 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10290>>. Acesso em: 17 ago. 2022).

Tratar das atividades policiais sem situar o fenômeno da racialização dos grupos sociais na análise, é desencontrar questões cruciais para a compreensão da igualdade na nossa sociedade, não por outra razão que a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de

Discriminação Racial, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 7 de março de 1966, seis após ter instituído a data de 21 de março, o qual celebraremos em algumas semanas, como o Dia Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial, coincidentemente criada para tornar memória o assassinato, pela polícia, de sessenta e nove pessoas, na favela sul-africana de Sharpeville, que se manifestavam pacificamente contra as leis “do passe” impostas pelo regime de *apartheid*.

Pelo art. V, alínea “a”, da citada Convenção, o Estado brasileiro comprometeu-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: [...] *b) direito à segurança da pessoa ou à proteção do Estado contra violência ou lesão corporal cometida, quer por funcionários de Governo, quer por qualquer indivíduo, grupo ou instituição.*

No cenário das atividades policiais, positivamente, tem as autoridades buscado cumprir o compromisso de apurar as condutas tipificadas como crimes raciais. Foram instaladas delegacias especializadas em combater crimes raciais em várias partes do território brasileiro, o que tem permitido que os comportamentos racistas tenham maior dificuldade de ser desqualificados para ato de menor importância. Em medida cada vez maior de compreensão que estas práticas não decorrem de comportamentos desprovidos da intenção de violar a dignidade da população negra deste país, mas que se originam no contexto do funcionamento de instituições que sustentam uma estrutura social racista, e vice-versa.

Para tanto temos observando mudanças institucionais nas corporações civis e militares, a exemplo da oferta do curso oferecido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, *Segurança de Grupos Vulneráveis: Promoção da Igualdade Racial*, para os integrantes de todas as forças

policiais do país, como tem criado mecanismos de controle, na esteira das câmeras instaladas nos uniformes dos policiais militares, para prevenir com atos discriminatórios na atuação policial.

Na linha destas posturas para a redução das desigualdades raciais na atividade de segurança pública, ainda com julgamento em curso, a ADPF 635 tem aberto possibilidades de estabelecimento de significativos compromissos pelas forças de segurança do Estado do Rio de Janeiro, para a redução da letalidade da atividade policial, quadro cujo enfrentamento é inimaginável sem que seja dado relevo ao componente racial.

Esses esforços e aqueles vindouros, esperamos, me fazem afirmar nesta quadra, que a reflexão sobre a relação entre raça e segurança pública tão indispensável não apenas para o deslinde do objeto do presente *habeas corpus*, não visa demonizar as instituições policiais, sabidamente também afetadas pela estrutura racista para a qual funcionam. Não passa despercebido que as mortes de policiais, por exemplo, possuem recorte racial.

Há um desafio que deve nos comprometer todos: sociedade, sistema de justiça e forças policiais, a reprimir comportamentos que consciente e inconscientemente atribuem às pessoas negras sentidos negativos decorrentes de estereótipos que as situam como sujeitos criminosos em decorrência da cor da pele. Não há crime e não pode haver castigo, pela cor da pele. Isso seria retomar as assombrosas afirmações lombrosianas abrazeiradas por Raimundo Nina Rodrigues em obras como *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil* (RODRIGUES, 1957), apesar de me parecer ainda haver entulhos desse passado sombrio, mesmo que nos distanciemos daquele período há mais de um século.

O sistema de justiça ainda não deu mostras de que tenha desativado a rede de estereótipos que atribui aos corpos negros sentidos sociais negativos que legitimam violências inclusive estatais, como é o caso do

encarceramento em massa de pessoas negras, em particular pelos de crimes de traficância, decorrente, em enorme medida, do que aqui estamos a tratar. É preciso fazer o registro de que o elemento raça é determinante para a distinção dos sujeitos vítima da letalidade das atividades policiais.

É passado da hora de o senso comum de que pessoas negras são naturalmente voltadas para a criminalidade ser traduzido pelo Poder Judiciário como histórica e sistemática violação de direitos, normalizada pelas instituições de justiça a partir da legitimação de procedimentos que estariam a serviço da guerra do bem contra o mal, especialmente aquela travada nas ruas, em que os corpos negros são representados, graças às tecnologias do racismo, como suspeitos de provocarem o desassossego da ordem estabelecida.

A discricionariedade policial para o acesso ao corpo das pessoas, espectro mais sensível da intimidade, requer filtragens, entre elas, a forma como estes corpos são significados no tempo presente, no contexto de uma sociedade que trava uma luta contra o racismo estrutural e institucional.

Conforme mostra o extenso estudo da Universidade Federal de São Carlos, *Policiamento e relações raciais: estudo comparado sobre formas contemporâneas de controle do crime* (UFscar, 2020), tendo as atividades policiais de quatro unidades da Federação como objetos da pesquisa (São Paulo, Rio Grande do Sul, Distrito Federal e Minas Gerais), revelando que neste último Estado, quanto às prisões em flagrante (em torno de 350.000/ano), há uma relação de 2,28 pessoas negras presas em flagrante para cada pessoa branca no ano de 2013, mas com uma tendência de alta, dado que a relação sobre para 2,61 em 2018 (UFscar, 140). Esta desigualdade, seguindo a tendência apresentada anteriormente se agrava na Capital Belo Horizonte. A diferença entre negros e não negros aumenta de 3,74 vezes no início da série, até atingir escandalosas 4,33

vezes em 2018. (Idem, 140-141).

Também a pesquisa *Negro Trauma: Racismo e Abordagem Policial no Rio de Janeiro* (Silvia Ramos et al. Rio de Janeiro: CESeC, 2022.), nos mostrou que há uma desproporcionalidade acentuada entre abordagens a pessoas negras em relação às pessoas brancas.

Outro estudo que vale a pena ser colacionado é aquele que avaliou mais de quatro mil sentenças proferidas em processos instaurados para processar pessoas pelo crime de tráfico de drogas (Agência Pública, 2017), e constatou que pessoas negras presas com quantidade de drogas inferior à aquela apreendida com pessoas brancas, são consideradas traficantes, enquanto as pessoas brancas, com quantidade maior, são autuadas com usuárias.

O perfilhamento racial da atividade policial, no conceito oferecido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), como “uma tática adotada por supostas razões de segurança e proteção pública [...] motivada por estereótipos baseados em raça, cor, etnia, idioma, descendência, religião, nacionalidade, local de nascimento ou uma combinação desses fatores, em vez de suspeitas objetivas, o que tende a isolar indivíduos ou grupos de forma discriminatória com base na suposição errônea de que pessoas com tais características são propensas a se envolver em crimes específicos”, compromete as tarefas assumidas pelo Brasil segundo os normativos internacionais, pela Constituição Federal e pelas leis brasileiras, para a eliminação da discriminação racial.

A atividade de seleção pelo policial do suspeito foi objeto de estudos empíricos como o de Gilvan Silva (2009), o de Geová Barros (2006), o de Rodrigo Suassuna (2008), o de Ramalho Neto (2012), o de Jorge Pires (2010), o de Lívia Terra (2010), o de Lívio Sansone (2002), o de Carlos Martins Jesus (2014), que trataram dos processos de filtragem racial para a abordagem do sujeito.

Segundo a Recomendação geral nº 31 (2005), do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, órgão responsável pela execução da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, sobre a prevenção da discriminação racial na administração e funcionamento do sistema de justiça criminal:

O perfilamento racial praticado por agentes policiais têm consequências de longo alcance em todos os níveis da administração do sistema de justiça, especialmente no sistema de justiça criminal. O perfilamento racial pode levar a) à criminalização excessiva de certas categorias de pessoas protegidas pela Convenção; b) o reforço de associações estereotipadas enganosas entre crime e etnia e o cultivo de práticas operacionais abusivas; c) taxas de encarceramento desproporcionais de grupos protegidos pela Convenção; d) maior vulnerabilidade das pessoas pertencentes a grupos protegidos pela Convenção ao abuso de força ou autoridade por parte de policiais; e) a subnotificação de atos de discriminação racial e crimes de ódio e f) a condenação pelos tribunais com penas mais duras para as comunidades visadas, entre outros.

Voltando às preocupações da Organização das Nações Unidas com o problema, no programa de atividades da Década Internacional das Pessoas Afrodescendentes, conforme a sua Resolução de nº 16, fez constar a necessidade de os Estados criarem medidas para eliminar o perfilamento racial de pessoas negras. Algumas medidas adotadas foram descritas no Relatório do Escritório do Alto Comissariado para Direitos Humanos, *Prevenindo e Combatendo o Perfilamento Racial de Pessoas Afrodescendentes - Boas Práticas e Desafios* (2019), divulgou ações de países como Colômbia, Holanda, Inglaterra, Suécia e Brasil. A entidade, pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, aprovou a

HC 208240 / SP

Recomendação Geral nº 36, para prevenção e combate ao perfilamento racial por agentes policiais.

Ainda no plano da proteção internacional dos direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se ocupou da questão no caso *Acosta Martínez e outros versus Argentina*, tendo sido reconhecido que as detenções foram arbitrárias por terem sido motivadas por estereótipos raciais negativos.

Para a integração com esses movimentos antidiscriminatórios é dever desta Suprema Corte reconhecer não apenas ausência de justa causa, mas causa injusta aquela que determina abordagens policiais a partir da cor da pele do autuado, configurando assim estado que nulifica o meio de prova.

Diante das considerações expendidas, entendo que a situação apresentada não revela a existência de elementos concretos a caracterizar fundada razão exigida para a busca pessoal sem ordem judicial. Assim, reconheço a nulidade da busca pessoal realizada pelos policiais militares, a qual resultou na apreensão dos itens descritos no Auto de Exibição e Apreensão (eDOC. 2, p. 48) e também de todos os demais elementos de informações e provas colhidas em Juízo, porque decorreram da apreensão ilegal realizada no domicílio do paciente, em violação ao previsto no art. 5º, XI, da Constituição Federal.

Com efeito, as provas derivadas da prova ilícita restam imprestáveis em razão do que a doutrina denomina de teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal).

Assinalo, nesse sentido, que a hipótese dos autos não se inclui nas exceções de contaminação, quais sejam, a inexistência de nexo de causalidade entre umas e outras ou quando as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente.

Por outro lado, por não haver outros elementos de provas íntegros a amparar a *persecutio criminis* contra o ora paciente o trancamento da ação penal é medida imperativa.

Com efeito, a jurisprudência da Corte é pacífica ao asseverar que a possibilidade de excepcional trancamento da ação penal quando demonstrada a atipicidade da conduta ou ausência de indícios mínimos de autoria, (HC 124.711, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 16.12.2014), como ocorre no caso concreto.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus, mas concedo a ordem de ofício** para o fim de declarar a nulidade da revista pessoal e dos demais atos processuais que dela advieram, e determinar, por conseguinte, o trancamento da ação penal originária.

Por fim, com o escopo de coibir o perfilamento racial em buscas policiais e por caber ao Poder Judiciário assumir papel ativo nessa tarefa, proponho a fixação das seguintes teses:

1) A busca pessoal independente de mandado judicial deve estar fundada em elementos concretos e objetivos de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não sendo lícita a realização da medida com base na raça, cor da pele ou aparência física;

2) A busca pessoal sem mandado judicial reclama urgência para a qual não se pode aguardar uma ordem judicial;

3) Os requisitos para a busca pessoal devem estar presentes anteriormente à realização do ato e devem ser devidamente justificados pelo executor da medida para ulterior controle do Poder Judiciário.

Ainda que seja uma ação de *habeas corpus*, consigno que a fixação de

HC 208240 / SP

tese em *writ* não é estranha ao Plenário deste Corte. Nesse sentido, cito o julgamento do HC 176473, rel. Min, ALEXANDRE DE MORAES, em 27/04/2020.

Comunique-se, com urgência e pelo meio mais expedito, ao Juiz da causa, a quem incumbirá o implemento desta decisão.

Comunique-se, outrossim, o TJSP e STJ, encaminhando-lhes cópia da presente decisão, para ciência.

É como voto.

Cópia