

HABEAS CORPUS 208.240 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : FRANCISCO CICERO DOS SANTOS JUNIOR
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE. : INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA
AM. CURIAE. : JUSTA
ADV.(A/S) : CAROLINE LEAL MACHADO E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : CRISTIANO AVILA MARONNA
ADV.(A/S) : POLIANA FERREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MARCIO THOMAZ BASTOS
AM. CURIAE. : COALIZAÇÃO NEGRA POR DIREITOS
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE REFERENCIA NEGRA PEREGUM
ADV.(A/S) : FLÁVIA RAHAL E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : SHEILA SANTANA DE CARVALHO
ADV.(A/S) : AGATHA REGINA ABREU DE MIRANDA
AM. CURIAE. : FRANCISCO DE ASSIS: EDUCACAO, CIDADANIA, INCLUSAO E DIREITOS HUMANOS
AM. CURIAE. : EDUCAFRO BRASIL
ADV.(A/S) : NAUE BERNARDO PINHEIRO DE AZEVEDO
ADV.(A/S) : HECTOR LUIS CORDEIRO VIEIRA
ADV.(A/S) : BEETHOVEN NASCIMENTO DE ANDRADE
ADV.(A/S) : PATRICIA CAMPOS GUIMARAES DE SOUZA
ADV.(A/S) : CARLOS AUGUSTO DE SOUZA SANTOS
AM. CURIAE. : INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA SOBRE DROGAS
ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA
AM. CURIAE. : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GENERO - GADVS
ADV.(A/S) : HEDIO SILVA JUNIOR
ADV.(A/S) : SILVIA VIRGINIA SILVA DE SOUZA
ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DOS DIREITOS DAS

RELIGIOES AFRO-BRASILEIRAS - IDAFRO
ADV.(A/S) :HEDIO SILVA JUNIOR
AM. CURIAE. :INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS
ADV.(A/S) :RAQUEL LIMA SCALCON
ADV.(A/S) :THEUAN CARVALHO GOMES DA SILVA
ADV.(A/S) :JOAO VICENTE TINOCO
ADV.(A/S) :DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
ADV.(A/S) :RENATO STANZIOLA VIEIRA
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Peço licença aos eminentes pares para, ao retomarmos este julgamento, complementar a declaração de voto – já extensa, e por isso penitencio-me – que fiz na última sessão. Faço-o não para convencer a divergência que apresentou argumentos sólidos, mas para me desincumbir do ônus pessoal de oferecer os melhores argumentos possíveis a esse debate que entendo essencial ao país de hoje.

As sustentações orais e sobretudo as contribuições dos *amici curiae* foram valiosas ao trazerem evidências estatísticas de diferenças raciais significativas nas abordagens raciais. Ninguém dúvida – e o voto do e. Min. André Mendonça bem evidenciou isso – que este país é ainda um país racista e que também é racista o próprio sistema de justiça.

Essas evidências estatísticas, no entanto, não estão dissociadas deste caso concreto: elas indicam, na verdade, que estamos *prima facie* diante de uma ilicitude de prova. Em um país em que 75% das pessoas mortas em ações policiais são negras, a presença de qualquer elemento racial que possa sugerir um estereótipo deve ser objeto do mais rígido escrutínio

judicial.

Nesse rigoroso escrutínio judicial, permito-me mais uma vez assentar que a análise da legalidade da revista pessoal deve ser feita com base no relato constante no auto de prisão em flagrante. Como sustentei em meu voto, a justa causa para a revista pessoal deve existir previamente à realização da busca e constar de maneira objetiva e precisa na descrição da diligência para ulterior controle por parte do Poder Judiciário. Releio uma vez mais o depoimento do policial que fez a abordagem:

“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;”

Este não é “um caso ruim”. Ao contrário: este é o típico caso em que o policiamento por estereótipo racial e por acaso (ou por “serendipidade”, para lembrar o artigo de David Rudovsky “Law Enforcement by Stereotypes and Serendipity”, publicado no *Journal of Constitutional Law*, v. 3, p. 298) acaba por fundir o perfil do criminoso com a mera descrição de um local do crime.

Estereótipo e serendipidade: um indivíduo negro que estava em um local “suspeito”. Ele estava de pé, junto ao meio-fio, próximo a um carro. Talvez conversasse, talvez estivesse indicando a direção. Mas a suspeita, o “como se estivesse”, era de uma atividade ilícita. Negro em local suspeito. Talvez fosse o caso de acrescentar: só poderia ser crime. Se a referência à cor da pele fosse supérflua, ela não estaria ali. Se a referência à cor da pele fosse supérflua, ela não seria o primeiro elemento indicado pelo policial para justificar a abordagem.

Note-se que o que vem depois na fala do policial não serve para justificar a busca, mesmo porque a decisão para a abordagem já havia sido tomada. Disse ele:

“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 repentinamente 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, houve 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.”

O fato de ter sido encontrada droga após a realização da revista não a justifica. A justa causa deve existir antes da abordagem e, caso exista, a medida será lícita independentemente do resultado. Além disso, a atitude “suspeita” do paciente se dá após ele ter avistado a viatura. E aí, em um país racista, não é necessária prova deste contra factual: que indivíduo negro ao avistar uma viatura em um local suspeito consegue manter o semblante? A pergunta é, obviamente, retórica, porque a resposta todos sabemos e fomos lembrados da tribuna.

Quanto ao local da abordagem policial que, segundo os policiais,

seria “conhecido” por tráfico de drogas, registro, de saída, que, com a mais respeitosa vênua, ao menos da análise que fiz dos autos, não há nenhuma informação nos autos no sentido de que o local seria caracterizado como uma “boca de fumo”. Por outro lado, um local “conhecido” como ponto de tráfico desacompanhado de elementos concretos é, a meu ver, uma mera análise subjetiva. Sem dados precisos, a rua Santa Tereza n. 4 pode ser um local de venda de drogas, tal como um centro comercial de São Paulo, uma casa noturna, a Avenida Paulista ou qualquer outro bairro do Estado de São Paulo.

De igual maneira, não possui relevância se o paciente depois confessou a posse de drogas, a versão apresentada pelos policiais em instrução processual para a abordagem ou a sentença condenatória até mesmo porque essas provas e atos processuais foram considerados ilícitos.

De todo modo, importante ressaltar que a justificativa apresentada em Juízo para a busca pessoal ganhou novos contornos. Disse um dos policiais:

que estavam em patrulhamento pelo Bairro Fortunato Rocha Lima, na Rua Santa Thereza, ponto conhecido pelo tráfico de drogas, quando foi avistado um indivíduo, que era conhecido no meio policial, em razão do uso edo tráfico de drogas. o seu parceiro já conhecia o acusado. Avistaram o indivíduo se aproximando de um veiculo, de cor clara, cujas placas não se recorda, e entregou algo pela janela para o condutor. Como o local era ponto de tráfico de drogas, a equipe policial ficou 'focada' no objeto de transação, aparentando se tratar de pinos, 'eppendorfs'. Aproximaram-se dos indivíduos para a abordagem policial. Ato contínuo, o veiculo empreendeu fuga e 'seguiu marcha'. O indivíduo que estava no local tentou 'correr apé'. Correram por 30 metros e abordaram o acusado. Durante a fuga, o réu arremessou pinos ao solo. Em busca pessoal, no bolso do moletom trajado pelo acusado, encontraram 05 pinos de substância branca e R\$ 80,00.

Como se percebe, em juízo, quiçá para pretender tornar a busca

pessoal justificável, o réu passou a ser reconhecido como usuário/traficante antes mesmo da revista – e não somente depois como constou no auto de prisão em flagrante; antes mesmo da abordagem os policiais já identificaram a substância negociada como possíveis pinos de “eppendorfs” – ao passo que no auto de prisão em flagrante o objeto supostamente negociado não tinha sido identificado antes da busca; e o andar “sorrateiro” do flagrante tornou-se uma fuga.

Portanto, não encontro justa causa concreta e precisa para a busca pessoal. Ainda que se possa dizer que a cor da pele não tenha sido o único elemento – já que o paciente estava como “se estivesse comprando/vendendo algo” –, em casos de perfilamento nunca é. É um erro, com a devida vênia, reservar o remédio da nulidade da prova apenas para os casos em que o perfilamento se equipara ao crime de racismo. Prender porque é negro, abordar porque é negro, inquirir porque é negro: são, sem dúvidas, práticas de perfilamento e também configuram o crime de racismo.

Mas perfilamento é também a abordagem justificada a partir de uma suposta maior probabilidade de que uma pessoa tenha cometido uma infração e que a sua cor de pele influenciou na prática do ato: o negro em local suspeito, o negro com carro, o negro com roupa de marca, o negro e o seu semblante. Essa suposição costuma aparecer em deduções apressadas, pré-concebidas, estereotipadas: o “como se estivesse vendendo/ comprando algo”, o “como se estivesse utilizando o produto do crime”.

Para casos como esse, em regra, não há direito penal. Falta, na maior parte das vezes, o elemento subjetivo. Quem faz a abordagem ou quem usa dessas generalizações às vezes nem tem a intenção de ofender, porque o preconceito é subconsciente e trai a racionalidade e a objetividade.

Repito: não vejo caso melhor para abordarmos o assunto. A justa causa é um indivíduo negro junto ao meio-fio, próximo a um carro, “como se estivesse comprando/vendendo algo”. Quiçá essa seja uma das cenas mais vistas na atividade policial. O que diferenciou esta para outras

tantas foi a cor da pele e o local nada mais. Fosse um indivíduo de cor branca nesse mesmo contexto em outro local de São Paulo muito provavelmente essa cena não despertaria a atenção dos policiais. Existe racismo no Brasil. Muitas vezes ele é subliminar. Não para quem sofre, mas na forma como ele se manifesta no sistema de Justiça. Esperar um caso concreto em que agentes de segurança afirmem de forma expressa que decidiram abordar alguém apenas pela cor da pele, além de ser crime, não me parece ponderado, com a mais respeitosa vênua. Entendo que é chegado o momento desta Corte atuar.

Afetei o presente *habeas corpus* ao Plenário deste Tribunal, porque espero que neste exercício de razão coletiva possamos dissipar esses vieses que contaminam o sistema de justiça. Penso que esta Corte, caso reconheça, como me parece ser o caso, que a abordagem foi de fato fundada em uma generalização cujo único elemento sobre a pessoa abordada é o fato de ser “um indivíduo de cor negra” em “local suspeito”, dará um importante passo ao assentar a ilicitude da prova.

Certamente não será a solução definitiva. Não houvesse droga junto com o paciente, essa teria sido possivelmente mais uma abordagem feita em um indivíduo negro em lugar suspeito que ficaria sem qualquer remédio eficaz. Para esses casos, a luta contra o preconceito vai exigir muito mais do que se está propondo na presente ação. Por ora, o passo que venho de propor é singelo: reconhecer que mesmo o preconceito que trai a nossa consciência é inadmissível.

Renovo o pedido de escusas por ter, novamente, feito o uso da palavra.