

11/04/2024

PLENÁRIO

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

HC 208240 / SP

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
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA ADVOCACIA NEGRA
ADV.(A/S)	:MARCOS ANDRE DE PAULA OLIVEIRA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REVISTA PESSOAL SEM ORDEM JUDICIAL. PERFILAMENTO RACIAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE ELEMENTOS INDICIÁRIOS OBJETIVOS. PROIBIÇÃO DE ABORDAGEM POLICIAL COM BASE EM ESTEREÓTIPOS DE ORIGEM, RAÇA, SEXO, COR, IDADE OU OUTRAS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO. ORDEM DENEGADA POR MAIORIA. TESE DE JULGAMENTO APROVADA POR UNANIMIDADE.

1. A Constituição Federal protege a intimidade e a privacidade como direitos individuais (art. 5º, X). Também prevê como objetivo fundamental 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).

2. A legislação processual penal reclama para a busca pessoal sem ordem judicial a presença de justa causa fundada em elementos indiciários objetivos de que a pessoa a ser abordada esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito

HC 208240 / SP

(art. 244 do CPP). Precedentes do STF.

3. 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 (Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial).

4. O perfilamento racial na atividade policial ocorre quando as forças de segurança utilizam estereótipos baseados em raça, cor, etnia, idioma, descendência, religião, nacionalidade, local de nascimento ou uma combinação desses fatores, em vez de evidências objetivas, para submeter pessoas a revistas ou atos de persecução penal.

5. A busca pessoal baseada em filtragem racial viola a Constituição Federal, a legislação pátria e os compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil.

6. O Tribunal, por unanimidade, aprovou a seguinte tese de julgamento: “A busca pessoal independente de mandado judicial deve estar fundada em elementos indiciários 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, sexo, orientação sexual, cor da pele ou aparência física”.

7. No caso concreto, o Tribunal, por maioria, concluiu que a revista pessoal do paciente não ocorreu em razão de perfilamento racial. Ordem de *habeas corpus* denegada. Vencidos o relator, ministro Edson Fachin, e os ministros Luiz Fux e Roberto Barroso, que concediam a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do

HC 208240 / SP

Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária realizada sob a Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em denegar a ordem, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Luiz Fux e Luís Roberto Barroso (Presidente). Em seguida, por unanimidade, foi fixada a seguinte tese de julgamento: “A busca pessoal independente de mandado judicial deve estar fundada em elementos indiciários 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, sexo, orientação sexual, cor da pele ou aparência física”.

Brasília, 11 de abril de 2024.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

Documento assinado digitalmente

01/03/2023**PLENÁRIO****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

HC 208240 / SP

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
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA ADVOCACIA NEGRA
ADV.(A/S)	:MARCOS ANDRE DE PAULA OLIVEIRA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus* foi impetrado contra acórdão proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que restou assim ementado (HC 660.930/SP - eDOC 3, p. 177/178):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. 1,53 GRAMAS DE COCAÍNA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DOSIMETRIA. DESPROPORCIONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE COM FUNDAMENTO EM ANTECEDENTES CRIMINAIS. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO JUSTIFICA AFASTAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ÍNFIMA QUANTIDADE QUE DEVE PREVALECER SOBRE A REINCIDÊNCIA, PERMITINDO FIXAR REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIR A REPRIMENDA. FLAGRANTE

HC 208240 / SP

ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA À UNANIMIDADE. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EIVADO DE NULIDADE. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA ORIGINADA EM ELEMENTO INIDÔNEO. COR DA PELE NÃO PODE CONFIGURAR ELEMENTO CONCRETO INDICIÁRIO DE DESCONFIANÇA DO AGENTE DE SEGURANÇA PÚBLICA. ILICITUDE DOS ELEMENTOS DE PROVA QUE EMBASARAM A CONDENAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONVICÇÃO DO RELATOR NÃO ACOMPANHADA NA SEXTA TURMA. 1. A valoração negativa da personalidade com fundamento nas condenações transitadas em julgado não encontra respaldo na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada no sentido de que eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte (EAREsp n. 1.311.636/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 26/4/2019 - grifo nosso). 2. A ínfima quantidade da droga apreendida não justifica o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo perfeitamente cabível a sua aplicação em patamar intermediário (1/2), diante da reincidência. 3. Ordem concedida para redimensionar a pena, com modificação do regime e reconhecida a possibilidade de substituição da pena por duas restritivas de direito a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais. 4. Busca pessoal do paciente feita em razão de o mesmo ser negro conforme depoimento dos responsáveis pelo flagrante: “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

HC 208240 / SP

PARADO JUNTO A ELE COMO SE ESTIVESSE VENDENDO/COMPRANDO ALGO” e “QUE AO SE APROXIMAREM DA RUA SANTA TERESA VIRAM UM INDIVÍDUO NEGRO QUE “SERVIA” ALGUM USUÁRIO DE DROGA EM UM CARRO DE COR CLARA”. 5. A cor da pele do paciente foi o que, considerando o depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante, despertou a suspeita que justificou a busca pessoal no paciente. Ainda que não tenha sido somente a cor da pele, mas, sim, todo o contexto, como estar o indivíduo ao lado de veículo, em atitude de mercancia, em área de tráfico, pela experiência dos policiais, a meu ver, a cor da pele foi o fator que primeiramente despertou a atenção do agente de segurança pública, o que não pode ser admitido. 6. Este Superior Tribunal de Justiça por diversas vezes constatou abusos praticados pelas forças policiais na execução das buscas pessoal e domiciliar, concedendo a ordem para reconhecer a nulidade das provas obtidas nessas buscas irregulares, com a consequente absolvição dos acusados. 7. Não se pode ter como elemento ensejador da fundada suspeita a convicção do agente policial despertada a partir da cor da pele, como descrito no Auto de Prisão em Flagrante constante dos autos, sob o risco de ratificação de condutas tirânicas violadoras de direitos e garantias individuais, a configurar tanto o abuso de poder, quanto o racismo. 8. Nula a abordagem realizada pelos policiais militares, diante da manifesta ausência de fundada suspeita de o paciente estar portando drogas no momento da abordagem, acarretando a ilicitude das provas obtidas por meio da busca pessoal. 9. Ausentes os elementos probatórios que ensejaram a condenação, a sentença deverá ser anulada, absolvendo-se o paciente por ausência de provas da materialidade do delito. 10. Na sessão de julgamento de 14/9/2021, a Sexta Turma não acompanhou o Relator na concessão da ordem de ofício, quanto à ilegalidade da busca pessoal, à míngua de fundada suspeita. 9. Ordem concedida, à unanimidade, nos termos da impetração, a fim de redimensionar a pena para 2 anos e 11 meses de reclusão, além de 250 dias-multa, no valor mínimo legal, e, de

HC 208240 / SP

ofício, para estabelecer o regime aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Narra o impetrante que: a) o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei de Drogas, à pena de 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 08 (oito) dias de reclusão, em regime fechado, por ter sido flagrado com 1,53 gramas de entorpecente para fins de tráfico; b) o Tribunal local negou provimento ao recurso defensivo; c) o STJ concedeu o *habeas corpus*, inclusive de ofício, para redimensionar a pena do paciente, com a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tornando-a definitiva em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime aberto; d) restou vencido, em parte, o Ministro Relator quanto à concessão da ordem de ofício no ponto em que reconhecia a nulidade das provas e absolvía o paciente; e) o réu não deveria ter sido condenado, pois, apesar de reincidente, a ínfima quantidade de droga apreendida demonstra que não restou violado de forma significativa o bem jurídico tutelado pelo tipo penal, devendo ser aplicado o princípio da insignificância, conforme fora feito nesta Corte no julgamento do HC 127.573/SP; f) o réu também deve *“ser absolvido em razão da inexistência de provas para a condenação, na medida em que a prova da materialidade do delito (droga apreendida com o réu) é ilícita por derivação”*; g) a ilicitude da prova decorre da busca pessoal baseada em filtragem racial, pois *“a ‘fundada suspeita’ para a abordagem policial que deu azo à revista corporal e à apreensão da droga (1,53 gramas) foi fundada essencialmente na cor da pele (negra) do suspeito, o que configura perfeito exemplo de perfilamento racial”*; h) *“é nula a abordagem realizada pelos policiais militares, diante da manifesta ausência de fundada suspeita legalmente válida para a revista pessoal”*; i) caso os argumentos anteriores não sejam acolhidos, a conduta deve ser desclassificada para o tipo previsto no art. 28 da Lei de Drogas, ante a ínfima quantidade de droga apreendida e o fato de que o réu informou, tanto em sede policial como em juízo, que a droga era destinada ao seu consumo pessoal; j) *“[n]ão há, nos autos, qualquer prova contundente de que a*

HC 208240 / SP

droga era destinada à traficância além de uma suposta confissão informal que, evidentemente, não possui qualquer valor probatório, na medida em que não documentada”.

Pugna, liminarmente, pela concessão da ordem “*para que o paciente seja absolvido tanto em razão da atipicidade material da conduta (princípio da insignificância) como em razão da inexistência de provas de materialidade do delito (após o reconhecimento de que a única prova da materialidade do delito é ilícita por derivação)*”. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas.

A liminar foi indeferida (eDOC 6).

A Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem em parecer assim ementado (eDOC 9):

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE DA PROVA. SUPOSTO PERFILAMENTO RACIAL. NÃO OCORRÊNCIA. ABORDAGEM DO PACIENTE DECORRENTE DE FUNDADOS INDÍCIOS DA PRÁTICA DE CRIME. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA ELEITA INADEQUADA. PARECER PELA DENEGAÇÃO DO WRIT

As entidades CONECTAS DIREITOS HUMANOS, INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA, INICIATIVA NEGRA POR UMA POLÍTICA SOBRE DROGAS E JUSTA requereram habilitação como *amici curiae* (eDOC 13).

Alegam que a existência do racismo institucional e do perfilamento racial no Brasil foi reconhecida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil (2021). Menciona que o caso Acosta Martínez e outros versus Argentina, julgado pela Comissão, possui íntima conexão com o contexto brasileiro e

HC 208240 / SP

que o próprio STF já admitiu (no julgamento da ADC 41) a presença de um cenário de racismo estrutural e institucional na sociedade brasileira. Citam também as recomendações realizadas no relatório anual do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, que visam proteger os direitos das comunidades negras contra o uso excessivo da força por agentes policiais.

Relatam que, desde a abolição, *“a discriminação racial vem se metamorfoseando na sociedade brasileira, inclusive nas instituições públicas”*. Afirmam que pessoas negras estão mais vulneráveis à vigilância policial, pois há no Brasil seletividade racializada nas operações policiais e também nas decisões judiciais.

Alertam que, apesar de a Lei 11.343/2006 ter sido pensada para combater o tráfico, a norma é ineficaz para tutelar a saúde pública e dá ensejo ao encarceramento em massa, a conflitos e mortes em territórios periféricos, vitimando majoritariamente pessoas negras.

Informam que, de 2006 a dezembro de 2016, o número de presos por tráfico aumentou em 272% e, conseqüentemente, houve um aumento de pessoas negras encarceradas.

Apontam que, segundo dados do Infopen e do relatório World Prison Brief, do Institute for Criminal Policy Research, o Brasil é o terceiro país com maior população carcerária no mundo e 65,9% do total das pessoas em situação de cárcere são afrodescendentes, o que revela que *“a raça tem sido o principal fator regulação da ordem social nesse país”*.

Citam dado apurado em 2021, pela Rede de Observatórios da Segurança, que analisou *“A Cor da Violência”* em cinco estados (Ceará, Bahia, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo), segundo o qual, independente da composição racial de cada estado, as pessoas negras são as que mais morrem. Também mencionam o relatório intitulado *“Pele-Alvo: A Cor da Violência Policial”*, da mesma rede, para ratificar a conclusão de que, em todos os estados, a população negra é o principal alvo da violência policial letal.

Indicam que o relatório produzido pela Rede de Observatórios de Segurança Pública, no ano de 2020, assentou que ao menos 583 pessoas

HC 208240 / SP

foram mortas pelas polícias dos Estados da Bahia, Ceará, Pernambuco, Rio de Janeiro, Maranhão, Piauí e São Paulo e não tiveram sua raça ou cor informada nos registros de ocorrência. Criticam a omissão do Estado em coletar e divulgar informações.

Advertem que a pesquisa realizada pela Iniciativa Negra Por Uma Nova Política de Drogas coletou dados sobre o modelo de política de drogas realizado pela Prefeitura de São Paulo na Cracolândia, no período de 2013 a abril de 2020 (relatório “Racismo e Gestão Pública: Custos da Política de Drogas na Cracolândia”), e concluiu que o foco do modelo de combate às drogas tem sido a redução do número de usuários de drogas no território, a partir de ações repressivas/punitivas, com apoio das forças de segurança, e não de estratégias de prevenção e cuidado. Exemplificam que nessas operações são cumpridos mandados coletivos de busca e apreensão, o que endossa a tese de que o Poder Judiciário chancela as abordagens severas e a atual política repressiva de combate às drogas.

Criticam a subjetividade da norma processual penal prevista no art. 244 do Código de Processo Penal, ao autorizar a busca pessoal baseada em fundada suspeita. Assinalam que o próprio Supremo Tribunal, no julgamento do HC 81.305/GO, já manifestou preocupação quanto a esse aspecto, especialmente quanto ao impacto da norma no exercício dos direitos fundamentais. Aduzem ser indispensável a exigência de critérios objetivos para avaliação da licitude da prova material derivada da busca pessoal, mormente diante dos dados colacionados acerca do contexto racial do país.

Reforçam que *“a busca pessoal motivada por perfil racial é ilícita, pela ausência de motivação legítima e consistente da perpetração de um crime, apta a autorizar a adoção de medida extrema”*, conforme art. 5º, LVI, da CF.

Sustentam que a abordagem e a detenção quando efetuadas por motivos discriminatórios violam o artigo 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos artigos 1, 2 e 5 da Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e artigo 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção Interamericana contra o Racismo,

HC 208240 / SP

Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância e o art. 53 do Estatuto da Igualdade Racial.

Ao final, clamam à Corte para que assuma seu papel de controle de constitucionalidade da atuação sistemática das forças de segurança pública na política de drogas, cujo impacto é sentido especialmente pela população negra. Entendem que há urgência no endereçamento de medidas que minimizem tais práticas e impeçam confrontos territoriais e prisões arbitrárias, a fim de concretizar os comandos da Carta Magna de repúdio ao racismo (art. 4º, VIII, e 5º, XLII, da CF) e garantia dos direitos fundamentais à não discriminação e à isonomia (art. 5º, caput, CF).

Por meio do eDOC 22, o INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA MÁRCIO THOMAZ BASTOS (IDDD) e a COALIZÃO NEGRA POR DIREITOS, representada pelo INSTITUTO REFERÊNCIA NEGRA PEREGUM (“Instituto Peregum”), também requereram o ingresso como *amici curiae*.

Aduzem que o termo “fundada suspeita”, previsto no art. 240 e seguintes do CPP para justificar a abordagem policial sem mandado judicial, deve ser delimitado pelo Poder Judiciário. Exemplificam que, segundo dados da Secretaria de Estado de Segurança Pública de São Paulo, em 2019, foram efetuadas 125.304 prisões em flagrante no referido estado, num total de 15.100.187 abordagens. Esclarecem que essa desproporção (menos de 1%) demonstra “*que as ações policiais, longe de serem um meio investigativo eficaz, servem apenas como meio de intimidação*”. Isso quer dizer que, a cada 100 abordagens, em 99 delas não havia fundada suspeita.

Condenam a falta de previsão legal quanto à obrigação de o policial registrar dados minimamente detalhados das abordagens, porquanto a ausência de transparência impossibilita a elaboração de relatórios mais acurados sobre os locais e o perfil das pessoas abordadas. Denunciam também a falta de transparência dos protocolos empregados pelas polícias militares, o que impossibilita a fiscalização da sociedade civil e do Poder Judiciário.

Alertam que “[o] *perfilamento racial (“racial profiling”) das abordagens*

HC 208240 / SP

policiais – assim como os estereótipos socioeconômicos – é algo diuturnamente vivenciado pela população negra e mais pobre do Brasil”, razão pela qual apontam ser necessária a atuação do Poder Judiciário (dando concretude à definição de “fundada suspeita” e, conseqüentemente, inibindo atuação policial baseada em elementos de discriminação como raça, local da moradia e renda) e dos estados (com o comprometimento de fazer registro e estatística dos dados).

Criticam a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo por admitir – de forma genérica - como fundada suspeita: “denúncia anônima; nervosismo do suspeito, referência a suposto estado de ansiedade, surpresa e nervosismo; suspeito conhecido pelos policiais como suposto autor de delitos; suspeito encontrado em local conhecido pela prática criminosa; suspeito que empreende fuga; suspeito que dispensa algum objeto no chão ao avistar os policiais; suspeito com conduta sugestiva de prática delitiva; suspeita genérica sem descrição fática; suspeito identificado por morador da área da ocorrência ou atividade identificada em monitoramento policial”.

Afirmam que as decisões olvidam-se para o fato de que “o nervosismo é um resultado direto da violência diariamente descarregada sobre a população negra, especialmente os jovens, que têm a abordagem policial tristemente inseridas em suas vidas, como se fosse lícito ao Estado constranger pessoas porque assim se quer”.

Indicam pesquisa realizada com policiais militares atuantes na Região Metropolitana da cidade do Recife/PE, segundo a qual a maioria dos policiais (51,3% dos oficiais, 83,1% dos alunos do Curso de Formação de Oficiais e 67,9% dos alunos do Curso de Formação de Soldados) abordariam primeiro uma pessoa negra e, apenas na sequência, uma pessoa branca (BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. In. Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 2, ed. 3, jul/ago 2008, p. 141).

Apoiam tal conclusão também na dissertação de Gisela Aguiar Wanderley, intitulada “Liberdade e suspeição no Estado de Direito: o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal”; bem como na segunda edição da pesquisa Elemento

HC 208240 / SP

Suspeito, conduzida pelo CESeC no Rio de Janeiro (RAMOS, Silvia et al. Negro trauma: racismo e abordagem policial no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: CESeC, 2022, p. 16).

Mencionam também pesquisa da Defensoria Pública do Rio de Janeiro sobre sentenças proferidas em ações penais que apuravam tráfico de drogas na região metropolitana do Rio de Janeiro, especificando as seguintes conclusões: *“a condenação foi o desfecho de 79,97% dos casos”*; apenas 6,1% dos processos tiveram início em investigação preliminar, ou seja, a atuação policial a partir de flagrantes ou denúncias anônimas inauguraram 74,29% dos casos; a *“fundada suspeita”* (não explicada nem justificada pelo policial) é explicitamente mencionada pelos juízes em 31,07% dos casos; *“em 75,16% das condenações por concurso material de tráfico e associação para o tráfico, a última foi presumida em razão do local da abordagem”*; *“62,33% dos casos foram solucionados tendo o agente de segurança como única testemunha inquirida em Juízo”* - esse último dado, em especial, denota que a *“atitude suspeita”* (tal como relatada pelo agente de segurança) representa o início e sedimenta o desfecho condenatório como rotina institucional.

Reportam que essa conclusão se verificou no caso em julgamento, em que a versão policial que diz ser o paciente o vendedor, não o comprador, se sustenta por si só, em detrimento da confissão do paciente de que teria adquirido a droga para consumo pessoal.

Corroborando a pesquisa da defensoria, trazem à colação estudo de MARIA GORETE MARQUES DE JESUS, a partir de pesquisa na cidade de São Paulo, em que concluiu que no Brasil não se questiona a forma como os agentes policiais obtêm confissões e provas, porquanto os magistrados necessitam desses elementos.

Acrescentam que, segundo a autora, o índice de produtividade policial, aferido pela Segurança Pública do Estado de São Paulo, a partir do número de prisões em flagrante (política de metas), tende a incentivar ações ilegais, em outras palavras, *“consiste em inegável combustível institucional à arbitrariedade de quem haveria de ter por missão proteger a população, não a amedrontar”*. Por essa razão, aduzem que essa política

HC 208240 / SP

impede que o testemunho policial seja isento, imparcial.

Ainda a respeito da importância da “atitude suspeita”, fazem referência à obra do juiz de direito MARCELO SEMER, em que analisa, a partir de dados empíricos, o papel do juiz no encarceramento massivo que ocorre no Brasil (SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019, p. 239).

Segundo relatam, o autor concluiu pela relevância da chamada “atitude suspeita”, uma vez que em 63% dos processos a droga foi apreendida em via pública, bem como pela subjetividade de tal análise.

Ressaltam que “[t]udo pode ser considerado ‘atitude suspeita’: correr, andar ou ficar parado; estar sozinho, acompanhado ou em grupo, contar dinheiro ou carregar uma simples sacola podem ser suficientes para despertar a atenção dos policiais”. E ainda, “a falta de registro das vezes em que nada foi encontrado torna impossível saber quantos inocentes tiveram suas liberdades violadas por agentes que buscavam confirmar um suposto perfil criminoso a partir de critérios irracionais”.

Entendem que, ainda que se considere inexistir motivo para o policial mentir, o decurso temporal e a semelhança entre as operações policiais podem contribuir para o embaralhamento da memória, afetando a fidedignidade dos relatos. Consequência deste tratamento simplista (condenação baseada exclusivamente na palavra do policial incapaz de indicar concretamente em que se fundou a suspeita) seria o desestímulo à realização de investigações criminais e o fomento a arbitrariedades dos agentes contra a população.

Propõem standards probatórios e protocolos mais rígidos na fase da investigação criminal a fim de evitar a condenação de inocentes. Aduzem que, em Estados Democráticos, as instituições devem se preocupar mais com a condenação de inocentes (falso positivo: procedência de pedido que deveria ser julgado improcedente) do que com a absolvição de culpados (falso negativo: improcedência de pedido que deveria ser julgado procedente), pouco importando o custo disso. Alertam para as graves consequências da condenação de um inocente no Brasil, cujo

HC 208240 / SP

sistema carcerário foi reconhecido pelo Supremo Tribunal como estado de coisas inconstitucional.

Reforçam que, “[n]o caso do processo penal, a hipótese fática trazida pela acusação é que deverá superar um grau de exigência que reflita a distribuição entre o risco de se condenar inocentes e o de se absolver culpados”. E ainda: “[a]trelar a presunção de inocência a um standard probatório elevado é medida necessária ao asseguramento de sua efetividade enquanto garantia individual diante dos perigos da arbitrariedade”.

Nesse sentido, defendem que a presunção de inocência incida também no início das investigações, exigindo que a atuação dos agentes policiais nas abordagens atenda a critérios objetivos e racionais.

Denunciam que as abordagens são usualmente ancoradas no perfilhamento racial, em flagrante contrariedade às proteções do art. 5º contra ofensas à igualdade (inciso I), detenções arbitrárias (inciso LIV), violações à intimidade (inciso X) e aos artigos 7.1, 7.2, 7.3, 11.1, 11.2 e 11.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Citam os seguintes dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021: “em 2019, 6.351 pessoas foram mortas por policiais, dentro e fora de serviço, e 6.416 em 2020, o que corresponde a 13,3% e 12,8% das mortes violentas intencionais do país, respectivamente, 47.742 e 50.033, em números absolutos”; bem como “são 17,6 mortes por dia praticadas por policiais civis e militares dos Estados. Em todo o país, 98,4% das vítimas de policiais eram homens, 78,9% eram negras e 76% tinham até 29 anos, mesmo público-alvo das abordagens policiais arbitrárias e discriminatórias”.

Reiteram que “[o] modo como as abordagens policiais são tratadas tanto pela legislação como por seus intérpretes (os juízes) constrói um cenário ilegal, em evidente descompasso com variados preceitos cuja proteção e reafirmação cabe a essa C. Suprema Corte”.

Mencionam que a Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Nechiporuk e Yonkalo vs. Ucrânia*, determinou que detenção pessoal deve basear-se em suspeita razoável e não servir para buscar informações que fundamentem a suspeita. Na oportunidade, entendeu o Tribunal que o fato da vítima da ação policial estar andando rápido e olhando em volta

HC 208240 / SP

não constitui suspeita razoável.

Apontam também que a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos emitiu, em 2016, diretrizes sobre condições de detenção, custódia policial e prisão preventiva na África.

Ainda no âmbito dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, fazem referência aos seguintes casos analisados pela Corte IDH: Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador; Amrhein e outros vs. Costa Rica; Herrera Espinoza e outros vs. Equador e Fernandez Prieto & Tumbeiro vs. Argentina. Dão relevo ao último caso, porque a Corte assentou a necessidade de objetivação dos critérios para que a suspeita, de fundada, passe a razoável e objetiva.

Na jurisprudência americana, destacam o caso Floyd vs. NY, no qual a ação policial foi condenada por ter sido discriminatória, resultando na obrigação de os policiais fornecerem diversos dados sobre cada abordagem realizada.

Salientam que estamos alcançando o final da Década Internacional de Afrodescendentes (2015-2024), declarada pela ONU, o que importa reconhecer os efeitos perniciosos da diáspora africana, da escravização e do colonialismo como desigualdades, violências e marginalização das pessoas negras, bem como implementar políticas para erradicar o perfilamento racial.

Na jurisprudência pátria, reportam como paradigmático o julgamento do RHC 158.580/BA, realizado pela 6ª Turma do STJ, em abril de 2022, em que foi determinado o trancamento da ação penal instaurada após a prisão em flagrante por tráfico de drogas, em que policiais militares não especificaram qual atitude suspeita teria motivado a busca pessoal realizada em cidadão durante patrulhamento ostensivo - fatos semelhantes ao objeto destes autos. Ressaltam que o voto condutor declarou que a posterior descoberta do ilícito não convalida a prova STJ, (RHC 158.580/BA, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 28.4.2022).

Conclamam o STF a fazer o mesmo exame no presente *writ*, declarando ilícita a busca pessoal fundamentada na raça da pessoa e,

HC 208240 / SP

consequentemente, anulando o processo e a sentença condenatória.

Em 11.11.2022, os *amici curiae* foram todos admitidos (eDOC 35).

Por meio do eDOC 41, CONECTAS DIREITOS HUMANOS, INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA, PLATAFORMA JUSTA, INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA SOBRE DROGAS, COALIZÃO NEGRA POR DIREITOS, INSTITUTO DE REFERÊNCIA NEGRA PEREGUM, INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA, EDUCAFRO BRASIL apresentaram memoriais em que reiteram a dimensão coletiva do tema em análise. Destacam ser imprescindível o enfrentamento da violação sistemática e estrutural de direitos fundamentais que ocorre no uso de perfis raciais na abordagem policial e na privação de liberdade. Ao final, pedem o reconhecimento da ilicitude da prova derivada de busca pessoal baseada em perfilamento racial e a consequente absolvição do paciente ante a inexistência de provas da materialidade delitiva.

INSTITUTO DE DEFESA DOS DIREITOS DAS RELIGIÕES AFRO-BRASILEIRAS (IDAFRO) e GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO (GADvS) pedem o ingresso como *amici curiae*, o deferimento de realização de sustentação oral, bem como a concessão da ordem “*para que se atribua interpretação conforme a Constituição aos arts. 240, §2º, 243, I e II, e 244 do CPP e, por arrastamento, quaisquer outros textos normativos com redação equivalente, para serem considerados constitucionais apenas se interpretados como exigindo que a abordagem policial baseada em fundada suspeita seja baseada em elementos objetivos que possam justificar racionalmente, a partir de juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível em termo escrito feito a posteriori, aferida de modo objetivo e devidamente justificada por indícios e circunstâncias do caso concreto, para possibilitar responsabilização civil, penal e/ou administrativa de agentes que agirem sem tais elementos objetivos*” (eDOCs 46/50).

EDUCAFRO BRASIL apresentou manifestação pela concessão da ordem de *habeas corpus* e ressaltou que o entendimento firmado por esta Corte a respeito da matéria dos autos deve transcender a lide (eDOC 52).

Em 28.02.2023, deferi o ingresso do INSTITUTO BRASILEIRO DE

HC 208240 / SP

CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM, INSTITUTO DE DEFESA DOS DIREITOS DAS RELIGIÕES AFRO- BRASILEIRAS (IDAFRO), GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO (GADvS) e DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO como *amici curiae*.

É o relatório.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 208.240

PROCED. : 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 (77742/RS) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : CRISTIANO AVILA MARONNA (122486/SP)

ADV.(A/S) : POLIANA FERREIRA (52789/BA) 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 (118584/SP) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : SHEILA SANTANA DE CARVALHO (343588/SP)

ADV.(A/S) : AGATHA REGINA ABREU DE MIRANDA (415552/SP)

AM. CURIAE. : FRANCISCO DE ASSIS: EDUCACAO, CIDADANIA, INCLUSAO E DIREITOS HUMANOS

AM. CURIAE. : EDUCAFRO BRASIL

ADV.(A/S) : NAUE BERNARDO PINHEIRO DE AZEVEDO (56785/DF)

ADV.(A/S) : HECTOR LUIS CORDEIRO VIEIRA (26762/DF)

ADV.(A/S) : BEETHOVEN NASCIMENTO DE ANDRADE (56171/DF)

ADV.(A/S) : PATRICIA CAMPOS GUIMARAES DE SOUZA (35315/DF)

ADV.(A/S) : CARLOS AUGUSTO DE SOUZA SANTOS (168199/MG)

AM. CURIAE. : INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA SOBRE DROGAS

ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA (41509/DF, 7725/PI, 248102/RJ)

AM. CURIAE. : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GENERO - GADVS

ADV.(A/S) : HEDIO SILVA JUNIOR (204265/RJ, 146736/SP)

ADV.(A/S) : SILVIA VIRGINIA SILVA DE SOUZA (372470/SP)

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (242668/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DOS DIREITOS DAS RELIGIOES AFRO-BRASILEIRAS - IDAFRO

ADV.(A/S) : HEDIO SILVA JUNIOR (204265/RJ, 146736/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS

ADV.(A/S) : RAQUEL LIMA SCALCON (86286/RS, 439421/SP)

ADV.(A/S) : THEUAN CARVALHO GOMES DA SILVA (343446/SP)

ADV.(A/S) : JOAO VICENTE TINOCO (211245/RJ)

ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA (65698/DF)

ADV.(A/S) : RENATO STANZIOLA VIEIRA (189066/SP)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo paciente, o Dr. Fernando Rodolfo Mercês Moris, Defensor Público do Estado de São Paulo; pelo *amicus curiae* Conectas Direitos Humanos, o Dr. Gabriel de Carvalho Sampaio; pelo *amicus curiae* Iniciativa Negra Por Uma Nova Política Sobre Drogas, o Dr. Rodrigo Mesquita; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos, a Dra. Priscila Pamela Cesario dos Santos; pelos *amici curiae* Coalizão Negra por Direitos e Instituto Referência Negra Peregrum, a Dra. Ágatha Regina Abreu de Miranda; pelo *amicus curiae* Educafro Brasil, o Dr. Nauê Bernardo Pinheiro de Azevedo; pelos *amici curiae* Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero - GADvS e Instituto de Defesa dos Direitos das Religiões Afro-Brasileiras - IDAFRO, a Dra. Sílvia Virginia Silva de Souza; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, a Dra. Deborah Duprat; pelo *amicus curiae* Justa, o Dr. Cristiano Maronna; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a Dra. Livia Casseres, Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro; e, pela Procuradoria-Geral da República, a Dra. Lindôra Maria Araújo, Vice-Procuradora-Geral da República. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Nunes Marques. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 1º.3.2023.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e André Mendonça.

Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Nunes Marques.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Lindôra Maria Araújo.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

02/03/2023

PLENÁRIO

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

HC 208240 / SP

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
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA ADVOCACIA NEGRA
ADV.(A/S)	:MARCOS ANDRE DE PAULA OLIVEIRA

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Senhora Presidente, cumprimento Vossa Excelência, a Senhora Ministra Cármen Lúcia e os eminentes Pares que se encontram aqui presentes e no acompanhamento virtual. Cumprimento as Senhoras e os Senhores Advogados aqui presentes. Cumprimento o Professor Paulo Gustavo Gonet Branco, Vice-Procurador-Geral Eleitoral, nesta sessão representando o Ministério Público, cujo trabalho profissional e acadêmico é um exemplo sobre a incidência dos direitos humanos e fundamentais nas relações públicas e privadas. Cumprimento também os servidores desta Casa.

Senhora Presidente, refiro-me, inicialmente, às sustentações, parabenizando as sustentações orais da impetração, da Defensoria e dos Advogados e Advogadas que compareceram a esta tribuna.

Como que num preâmbulo, gostaria de lembrar, e peço licença para fazê-lo, que, no julgamento do Habeas Corpus 154.248, que tratou da contextualização da injúria racial como crime de racismo, iniciei meu voto com a afirmação de que há racismo no Brasil.

Tratou-se ali de mais uma oportunidade em que o Supremo Tribunal

HC 208240 / SP

Federal, desde mais substancialmente o Supremo à luz do que pronunciou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, veio e tem contribuído para enfrentar uma estrutura social engendrada no racismo, estrutura essa que segue se reproduzindo com uma poderosa tecnologia para promover as hierarquias de humanidades.

Hoje, ao iniciar este julgamento, Senhoras Ministras, Senhores Ministros, Senhoras e Senhores Advogados, aqui estamos, novamente, em razão desse percurso e também desse fenômeno para avaliarmos a situação presente neste *habeas corpus*, inclusive na sua forma mais aguda, vale dizer, o racismo promovido pelo Estado, por aparato que deve proteger e não discriminar. Enfim, pelo próprio sistema de justiça criminal.

Por isso, saúdo as sustentações orais que suscitaram ser essencial para a democracia, que constitui a base do Estado de Direito no Brasil, se manter em pé, há que se enfrentar este fenômeno em todas as suas formas, inclusive nesta que é uma das formas mais agudas, sob pena de não sendo feito, com toda a razão, que se diz da tribuna, a própria democracia tombaria.

Por isso, à guisa de preâmbulo, estou anotando e saudando as sustentações orais que, nesses tempos de chamado revigoramento democrático, os direitos fundamentais, em especial os que cuidam do programa antidiscriminatório, esse chamado possui relevo central.

A reconstrução, para a hipótese destes autos, se iniciou na tarde de ontem, na composição executada nas vozes da Defensoria, pela impetração, e dos *amici curiae*, numa melodia - é preciso que se reconheça -, numa melodia triste, mas de arranjos corajosos e tom grave de esperança, da boa esperança, título da canção de Emicida, que, ano passado, esteve em meu gabinete com outros artistas para discutirmos temas de Direitos Autorais. E a partir daí, passei, nas poucas horas vagas, também a conhecer o tom triste e esperançoso da boa esperança, como diz ele, e chamando à luz da boa esperança a missão desta Corte de afirmar-se como presença na vida dos que correm. E fazer das vozes, que aqui ainda ecoam, dos seis de ontem, dos milhões de hoje, um repertório de

HC 208240 / SP

igualdade.

02/03/2023

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 208.240 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR):

Preliminarmente, cumpre assinalar o não conhecimento da impetração, pois substitutivo ao recurso em *habeas corpus* e à ação de revisão criminal. (HC 128693 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015; HC 123430, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/10/2014; HC 86367, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 30/09/2008).

Nada obstante, no caso dos autos, depreendo a existência de ilegalidade aferível de pronto, pelo que a concessão da ordem de ofício configura providência a ser tomada.

A Constituição Federal protege a intimidade e a privacidade como direitos individuais (art. 5º, X). Também prevê como objetivo fundamental 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

HC 208240 / SP

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 independe 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 constitucional ou legal.

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

HC 208240 / SP

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

HC 208240 / SP

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

HC 208240 / SP

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

HC 208240 / SP

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 Rogerio 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

HC 208240 / SP

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

HC 208240 / SP

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

HC 208240 / SP

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 de homicídio; os documentos, no caso de falsificação; o objeto subtraído, no caso de 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 de furto) (TUCCI, Rogério Lauria. Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro, p. 47; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal.

HC 208240 / SP

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

HC 208240 / SP

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

HC 208240 / SP

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 individuo negro junto ao 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 "sorrateiramente" 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

HC 208240 / SP

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 junto ao 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,

HC 208240 / SP

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

HC 208240 / SP

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.

HC 208240 / SP

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 desapercibido 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 abraçadeiras 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 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.

HC 208240 / SP

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),

HC 208240 / SP

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 perfilamento 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 Livia 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

HC 208240 / SP

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 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.

HC 208240 / SP

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 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

HC 208240 / SP

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 possa 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 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.

02/03/2023

PLENÁRIO

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

HC 208240 / SP

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)	:JOÃO 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
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA ADVOCACIA NEGRA
ADV.(A/S)	:MARCOS ANDRE DE PAULA OLIVEIRA

VOTO-VOGAL

HABEAS CORPUS. BUSCA PESSOAL. ART. 244 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FUNDADA SUSPEITA. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. ATIPICIDADE MATERIAL: INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. CONTORNOS DO FATO DELITIVO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A POSSE DESTINADA AO CONSUMO PESSOAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS: INVIABILIDADE.

1. A abordagem policial que recaia sobre pessoas tidas como suspeitas, a partir de critérios puramente subjetivos, que

HC 208240 / SP

denotem “filtragem racial” ou quaisquer outras formas de discriminação, atenta contra direitos fundamentais consagrados na Constituição da República.

2. No caso concreto, verificada justa causa para realização de abordagem policial a partir de elementos objetivos que envolveram a própria conduta do paciente, não há ilegalidade na atuação policial, afastando-se, por consequência, a alegação de ilicitude da prova decorrente da diligência.

2. A atipicidade material fundada no princípio da insignificância é inaplicável ao crime de tráfico de drogas.

3. O contexto em que apreendida a droga respaldou a conclusão acerca da configuração do tráfico de entorpecentes, nos termos do disposto no art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343, de 2006, mostrando-se incabível a desclassificação para o porte de drogas destinado ao consumo pessoal. Eventual superação desse entendimento, demandaria o revolvimento de fatos e provas, incabível na via estreita do *habeas corpus*.

4. Denegação da ordem.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão mediante o qual a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 660.930/SP, concedeu a ordem para redimensionar a pena do paciente, estabelecer o regime aberto e

HC 208240 / SP

substituir a pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos.

2. Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, a 7 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 793 dias-multa, ante a prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343, de 2006 (tráfico de drogas).

3. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação protocolada pela defesa.

4. Irresignada, a defesa formalizou o *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça. A Sexta Turma deixou de acolher alegação de nulidade de busca pessoal realizada no paciente, vencido, em parte, o Relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, que concedia a ordem para reconhecer a ilicitude das provas obtidas por meio da diligência e dos elementos que dela derivaram, absolvendo o paciente. O Colegiado, no entanto, concedeu a ordem de ofício, por unanimidade, para readequar a pena em 2 anos e 11 meses de reclusão, em regime aberto, convertendo a sanção em duas penas restritivas de direitos.

5. Neste *habeas corpus*, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo sustenta a nulidade da busca pessoal, dizendo-a realizada apenas em razão da cor da pele do agente. Afirma ausente fundada suspeita válida que respaldasse a abordagem, que se deu a partir de “filtragem racial”. Alega viável a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista a pequena quantidade de droga apreendida (1,53 grama de cocaína), a demonstrar que não foi violado o bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Caso os argumentos não sejam acolhidos, aduz possível a desclassificação da conduta para o tipo do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, considerados a quantidade de droga apreendida e o depoimento do paciente, tanto em sede policial quanto na fase judicial, dando conta de que o entorpecente se destinava ao consumo próprio.

HC 208240 / SP

6. Pretende, no campo liminar e no mérito, a absolvição do paciente, ante a insignificância da conduta e a ausência de prova lícita acerca da materialidade do crime. Sucessivamente, busca a desclassificação da conduta para o tipo previsto no art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006.

7. O Relator, em 17/12/2021, deixou de acolher o pedido liminar, abrindo vista à Procuradoria-Geral da República.

8. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem, mediante parecer assim sintetizado:

“DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE DA PROVA. SUPOSTO PERFILAMENTO RACIAL. NÃO OCORRÊNCIA. ABORDAGEM DO PACIENTE DECORRENTE DE FUNDADOS INDÍCIOS DA PRÁTICA DE CRIME. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA ELEITA INADEQUADA. PARECER PELA DENEGAÇÃO DO WRIT.” (e-doc. 9).

9. O Relator acolheu pedidos de admissão, na qualidade de *amici curiae*, deduzidos por Conectas Direitos Humanos, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), Iniciativa Negra por uma Nova Política sobre Drogas (JUSTA), Instituto de Defesa do Direito de Defesa Márcio Thomaz Bastos (IDDD), Coalizão Negra por Direitos, Instituto Referência Negra Peregrum e Educafro Brasil (Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes), sendo-lhes permitido se manifestar, por escrito ou oralmente, no presente feito.

10. Em 16/02/2023, a Presidência desta Corte incluiu o processo no calendário de julgamentos do Plenário do dia 1º/03/2023.

HC 208240 / SP

É o relatório.

Decido.

11. De início, destaco a importância da discussão que envolve o denominado perfilamento racial na atuação policial, em virtude do qual segmentos historicamente marginalizados da sociedade brasileira, notadamente a população afrodescendente, estariam submetidos a abordagens abusivas, derivadas de condutas preconceituosas por parte de agentes policiais.

12. A título de delimitação do tema, menciono definição elaborada no âmbito da Organização das Nações Unidas, em publicação denominada “Prevenindo e combatendo o perfilamento racial de pessoas afrodescendentes. Boas práticas e desafios”, no que explicita que, “[n]o contexto da aplicação da lei, perfilamento tem sido definido como “a associação sistemática de um conjunto de características físicas, comportamentais ou psicológicas com delitos específicos e seu uso como base para tomar decisões de aplicação da lei”.¹

13. No mesmo trabalho, colhe-se a conclusão de que “[a] criação de perfis raciais, ou seja, o perfilamento racial é incompatível com a proteção dos direitos humanos e é identificada na prática de instituições policiais, agentes das fronteiras, imigração e forças de segurança nacional. Muitas vezes se manifesta no contexto de paradas e buscas pessoais desnecessárias, verificações repetidas da identidade do indivíduo, revistas pessoais, prisões, invasões e batidas, fiscalizações alfandegárias e nas fronteiras e buscas domiciliares, que visam alvos específicos para vigilância e são refletidos nas decisões sobre imigração realizadas por tais agências”.

1 “Prevenindo e combatendo o perfilamento racial de pessoas afrodescendentes. Boas práticas e desafios” (Preventing and countering racial profiling of people of African descent. Nova York: Department of Global Communications e Office of the High Commissioner for Human Rights, 2019).

HC 208240 / SP

14. Nessa linha, cumpre ressaltar que **qualquer prática racista viola compromissos assumidos internacionalmente pelo Estado brasileiro** na repressão mais severa a esse tipo de conduta discriminatória que claramente afronta a dignidade da pessoa humana. A abordagem policial destituída de critério objetivo, aferido da conduta da pessoa tida como suspeita, sobretudo se realizada a partir de “filtragem racial” ou quaisquer outras formas de discriminação, atenta contra direitos fundamentais consagrados na Constituição da República.

15. No âmbito interno, temos que a injúria racial, antes prevista no art. 140 do Código Penal, com pena de 1 a 3 anos, condicionada à representação da vítima, foi alçada à condição de crime de racismo, incluído na Lei nº 7.716, de 1989, conhecida como Lei dos Crimes Raciais, pela recente edição da Lei nº 14.532, de 2023, considerada toda a coletividade como vítima da “*discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia ou procedência nacional*”, com aumento da pena de 2 a 5 anos, processado mediante ação pública incondicionada.

16. O Conselho Nacional de Justiça também tem promovido a reflexão ativa sobre um imaginário estigmatizado das pessoas que se apresentam em juízo, bem como desenvolvido estudos sobre os impactos da seletividade penal e do etiquetamento social de populações vulneráveis, promovendo orientação e diretrizes aos magistrados, no intuito de aprimorar sua consciência decisória.

17. Com efeito, o Manual sobre a Tomada de Decisão na Audiência de Custódia e a recente edição da Resolução nº 484, de 19 de dezembro de 2022, que trata do reconhecimento pessoal, apresentam parâmetros jurídicos sob tais premissas, endereçando o ponto de vista racial na justificativa para lavratura de flagrantes, no primeiro caso, e na melhor qualificação probatória, no segundo.

HC 208240 / SP

18. O tema da fundada suspeita e a ilicitude das provas obtidas em decorrência das medidas adotadas com base nos arts. 240 e 244 do CPP também têm provocado sensível debate no Superior Tribunal de Justiça sobre a garantia de sindicabilidade da atuação policial. Para tanto já se vislumbrou a necessidade de documentação audiovisual da diligência de busca e apreensão (HC nº 598.051/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 02/03/2021, p. 15/03/2021). Foi ainda reconhecida a exigência de elementos sólidos, objetivos e concretos para a busca pessoal, além da mera descrição de “atitude suspeita” (RHC nº 158.580/BA, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 19/04/2022, p. 25/04/2022).

19. Sem a pretensão de esgotar a relevante discussão em torno da submissão de grupos populacionais historicamente marginalizados às distorções do sistema de justiça criminal, entendo que, sob a regência de um Estado Democrático de Direito, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, cada um em seu âmbito de atuação, têm a constante missão de implementar, aprimorar e revisar práticas que respeitem os direitos e garantias fundamentais à liberdade, à intimidade e à privacidade e atendam ao devido processo legal.

20. Estabelecidas tais premissas, passo à análise do caso concreto, inicialmente quanto à consideração da questão racial no *standard* probatório da “fundada suspeita”, para atuação exigida pelo art. 244 do Código de Processo Penal.

21. Elucido que “standards de prova são critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado” (BADARÓ, Gustavo H. Epistemologia judiciária e prova penal. São Paulo: RT, 2019, p. 236).

22. De início, considero pertinente trazer à luz dois casos recentemente julgados, na mesma data, 18/10/2022, pelo Tribunal

HC 208240 / SP

Europeu de Direitos Humanos, envolvendo justamente a discussão a respeito de perfilamento racial, à vista de dispositivos da Convenção Europeia de Direitos do Homem, quais sejam, os artigos 8º e 14, os quais transcrevo abaixo, a fim de aclarar a abrangência do debate:

“ARTIGO 8º

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

(...)

ARTIGO 14

Proibição de discriminação.

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.”

23. O primeiro incidente a que me refiro, identificado no TEDH como “Case of Basu vs. Germany (*application* n° 215/19)”², ocorreu em 26/07/2012, quando dois policiais realizaram uma abordagem, voltada à verificação de identidade, ao Sr. Biplab Basu, cidadão alemão de origem indiana, e sua filha, em um trem que havia acabado de passar pela

2 Disponível para acesso público no *site* do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-220007><https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-220007>Acesso em 02/03/2023.

HC 208240 / SP

fronteira da República Tcheca para a Alemanha.

24. Consta dos autos daquele processo que o Sr. Basu argumentou que, dentre as pessoas presentes em diferentes compartimentos do vagão do trem, os dois policiais haviam verificado apenas seus documentos de identidade e os de sua filha. Quando ele perguntou sobre os motivos da abordagem, um dos policiais explicou estarem realizando uma verificação aleatória.

25. Apresentou-se, então, uma ação no Tribunal Administrativo de Dresden, buscando o reconhecimento da ilegalidade da abordagem, a qual foi inadmitida, sob o argumento de que o requerente não tinha interesse legítimo em uma sentença sobre a legalidade da atuação policial. Seguiu-se à apelação, perante o Tribunal Administrativo de Apelação da Saxônia, que, endossando as razões dadas pela Corte de Dresden, negou admissibilidade ao recurso. Chegou-se à Corte Constitucional daquele país, a qual se recusou a considerar uma queixa constitucional pela qual o Sr. Basu alegou violação dos direitos à proteção judicial efetiva, de autodeterminação na esfera da informação, de liberdade de movimento e proibição de discriminação.

26. Por fim, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao analisar o caso, concluiu pela violação do artigo 14 em conjunto com o artigo 8º da CEDH. Em que pese a narrativa evidenciar que a abordagem policial se deu em vagão de trem onde apenas o requerente e sua filha tinham etnia diversa dos demais passageiros, sem ter sido relatado pelos agentes policiais justificativa objetiva sobre a abordagem (já que disseram ter sido aleatória), a Corte Europeia chegou à conclusão de que ocorrera apenas descumprimento do dever do Estado de investigar possíveis atitudes racistas por órgão independente.

27. O segundo episódio que trago à colação, “Case of Muhammad

HC 208240 / SP

vs. Spain (*application n°34085/17*)”³, ocorreu em 29/05/2013, quando o Sr. Zeshan Muhammad e um amigo, ambos cidadãos paquistaneses da mesma etnia, foram parados por dois policiais enquanto caminhavam em uma rua de Barcelona, na Espanha. De acordo com a alegação do Sr. Muhammad, ele estava conversando com seu amigo quando os policiais pediram seus documentos de identidade, após o que supostamente perguntou o motivo da abordagem, tendo a conversa se desenvolvido como se segue:

Sr. Muhammad: “É por causa da cor da minha pele?”

Policial: “Sim, porque você é negro, e só isso. Eu não vou parar um cidadão alemão”.

28. Esses fatos foram contestados pela polícia, constando dos autos a menção a um relatório dos eventos, assinado no mesmo dia pelos dois policiais envolvidos, explicitando que, por volta das 16h05, estavam realizando patrulhamento em determinada rua movimentada de Barcelona, sendo que a abordagem ao Sr. Muhammad ocorreu apenas depois que ele riu dos policiais e se referiu a eles usando gírias desrespeitosas enquanto passavam. Solicitado, então, a mostrar seu cartão de identidade, o requerente teria respondido: “*Por quê? Porque eu sou negro? De jeito nenhum!*”

29. Depois de ser informado pela polícia de que sua recusa em se identificar poderia resultar em multa administrativa ou mesmo constituir um delito criminal, o Sr. Muhammad respondeu: “*Eu me recuso a me identificar. O que você vai fazer?*”. De acordo com o relatório dos agentes estatais, só então ele foi levado para as instalações da polícia.

30. Nesse caso, o TEDH decidiu, por quatro votos a três, que não houve violação ao artigo 14 em conjunto com o artigo 8º da CEDH, no

3 Disponível para acesso público no *site* do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-219984><https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-219984>Acesso em 02/03/2023.

HC 208240 / SP

que se refere à reclamação relativa aos motivos alegadamente discriminatórios para a verificação policial e prisão do Sr. Muhammad.

31. Ante tais considerações, em primeiro lugar, é importante frisar que as discussões que envolvem o denominado perfilamento racial na atuação policial, como se pode observar, não ocorrem somente no Brasil. O tema vem reclamando a atenção de tribunais em todo o mundo, inclusive sendo objeto de demandas da atuação de cortes supranacionais, como nos exemplos mencionados.

32. Em segundo lugar, compreendo ser consensual a conclusão sobre a inadequação de comportamentos que indiquem a prática de perfilamento racial, com os consectários decorrentes, como a ilicitude de prova angariada em tais circunstâncias, ou a responsabilização do agente estatal que perpetra a ilegalidade, inclusive sob a óptica penal, nos termos da Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a qual define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

33. A questão que se impõe, no caso concreto, é a verificação, com base nos documentos constantes dos autos do *habeas corpus*, da ocorrência de atuação ilegal dos policiais envolvidos na prisão em flagrante do paciente, considerada alegada ação de perfilamento racial.

34. Dito isso, observo, com a finalidade de estabelecer as balizas observadas no processo, que as alegações da Defensoria Pública do Estado de São Paulo quanto à nulidade da busca pessoal, dizendo-a realizada apenas em razão da cor da pele do agente, bem como a consequente ausência de fundada suspeita válida que respaldasse a abordagem, **não foram veiculadas perante as instâncias ordinárias, tampouco na inicial do *habeas corpus* protocolado no STJ.**

35. De fato, tanto nas alegações finais apresentadas em primeira instância quanto nas razões de apelação, a defesa pretendeu a absolvição

HC 208240 / SP

do paciente ao argumento de fragilidade probatória da traficância, dizendo-a escorada basicamente nos testemunhos dos policiais e, sucessivamente, a desclassificação para a infração prevista no art. 28 da Lei de Drogas (e-doc. 3, p. 19-28 e 65-71).

36. Já na petição do *Habeas Corpus* nº 660.930/SP impetrado no Superior Tribunal de Justiça em face do acórdão da Corte de origem, que manteve a condenação em todos os seus termos, a defesa requereu a revisão da dosimetria da pena (e-doc. 2, p. 5-22).

37. Com efeito, a questão alusiva ao alegado perfilamento racial foi trazida ao debate pelo Relator na Corte Superior, Ministro Sebastião Reis Júnior, que ficou vencido **no ponto em que concedia a ordem de ofício**, reconhecendo a nulidade da busca pessoal fundada em suspeita originada a partir de critério unicamente racial, *conclusão que não foi acompanhada pelos demais integrantes do Colegiado*. Muito embora Sua Excelência tenha apontado que outros fatores teriam contribuído para a abordagem, asseverou que a atenção dos policiais somente foi despertada pela cor da pele do paciente. Tal entendimento ficou assim resumido na ementa do julgado:

“(...) AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EIVADO DE NULIDADE. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA ORIGINADA EM ELEMENTO INIDÔNEO. COR DA PELE NÃO PODE CONFIGURAR ELEMENTO CONCRETO INDICIÁRIO DE DESCONFIANÇA DO AGENTE DE SEGURANÇA PÚBLICA. ILICITUDE DOS ELEMENTOS DE PROVA QUE EMBASARAM A CONDENAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONVICÇÃO DO RELATOR NÃO ACOMPANHADA NA SEXTA TURMA. (...)”

4. Busca pessoal do paciente feita em razão de o mesmo ser negro conforme depoimento dos responsáveis pelo flagrante: “QUE AO PASSAR PELA RUA SANTA TERESA, QUADRA 4, AVISTOU AO LONGE UM INDIVÍDUO DE

HC 208240 / SP

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” e “QUE AO SE APROXIMAREM DA RUA SANTA TERESA VIRAM UM INDIVÍDUO NEGRO QUE "SERVIA" ALGUM USUÁRIO DE DROGA EM UM CARRO DE COR CLARA”.

5. A cor da pele do paciente foi o que, considerando o depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante, despertou a suspeita que justificou a busca pessoal no paciente. Ainda que não tenha sido somente a cor da pele, mas, sim, todo o contexto, como estar o indivíduo ao lado de veículo, em atitude de mercancia, em área de tráfico, pela experiência dos policiais, a meu ver, a cor da pele foi o fator que primeiramente despertou a atenção do agente de segurança pública, o que não pode ser admitido.

6. Este Superior Tribunal de Justiça por diversas vezes constatou abusos praticados pelas forças policiais na execução das buscas pessoal e domiciliar, concedendo a ordem para reconhecer a nulidade das provas obtidas nessas buscas irregulares, com a consequente absolvição dos acusados.

7. Não se pode ter como elemento ensejador da fundada suspeita a convicção do agente policial despertada a partir da cor da pele, como descrito no Auto de Prisão em Flagrante constante dos autos, sob o risco de ratificação de condutas tirânicas violadoras de direitos e garantias individuais, a configurar tanto o abuso de poder, quanto o racismo.

8. Nula a abordagem realizada pelos policiais militares, diante da manifesta ausência de fundada suspeita de o paciente estar portando drogas no momento da abordagem, acarretando a ilicitude das provas obtidas por meio da busca pessoal.

9. Ausentes os elementos probatórios que ensejaram a condenação, a sentença deverá ser anulada, absolvendo-se o paciente por ausência de provas da materialidade do delito.

10. Na sessão de julgamento de 14/9/2021, a **Sexta Turma**

HC 208240 / SP

não acompanhou o Relator na concessão da ordem de ofício, quanto à ilegalidade da busca pessoal, à míngua de fundada suspeita. (...)” (e-doc. 3, p. 174/175, grifos nossos).

38. Em aditamento ao voto, esclareceu não vislumbrar “*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*”. Também não reconheceu nenhuma outra circunstância relevante a justificar a revista pessoal, como campana prévia ou denúncia anônima, afirmando que somente após a abordagem o paciente teria sido identificado como traficante já conhecido dos policiais (e-doc. 3, p. 190).

39. Adentrando à análise das alegações da impetrante, esclareço, como premissa, que o instituto processual da busca pessoal está previsto no Código de Processo Penal, ao lado da domiciliar, a partir do art. 240, 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.

HC 208240 / SP

§ 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 independará 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.”

40. A simples leitura do texto legal remete à exigência, para a licitude da ação, de constatação de fundada suspeita que a autorize, sendo certo que os termos utilizados pelo legislador podem suscitar interpretação ambígua por parte do intérprete, ante a indeterminação do conteúdo referente à “fundada suspeita”.

41. Isso porque, tem-se sob apreciação conceito subjetivo, devendo o atendimento às exigências legais ser avaliado caso a caso, pelo policial ou autoridade que pretende realizar a busca e, *a posteriori*, pelo Poder Judiciário. Tal suspeita deve estar baseada em fatos concretos, e não apenas em suposições ou preconceitos, e ser suficiente para justificar a busca. Segundo abalizada doutrina, no que critica a redação do dispositivo, “*suspeita é uma mera conjectura ou desconfiança, mesmo que frágil, de alguma coisa ou contra alguém. Trata-se de um estado subjetivo, cuja demonstração não tem um referencial concreto seguro.*” (BADARÓ, Gustavo H. R. I. Processo Penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 587).

42. Quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal já assentou que a fundada suspeita não pode ser extraída de parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista. Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA LAVRADO CONTRA O PACIENTE. RECUSA A SER SUBMETIDO A BUSCA PESSOAL. JUSTA CAUSA PARA

HC 208240 / SP

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 n.º 81.305/GO, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, j. 13/11/2001, p. 22/02/2002; grifos nossos).

43. Tem-se claro, portanto, que, na hipótese de suspeita de flagrante da prática de um crime, exige-se, em termos de *standard* probatório para realização de busca pessoal, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas. A ausência de caracterização concreta sobre os elementos de fundada suspeita implica a ilegalidade da ação e, por consequência, a nulidade das provas dela decorrentes.

44. Vale ressaltar que a busca pessoal deve ser realizada com respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa, como a integridade física e moral, a intimidade e a dignidade. Caso a busca seja implementada de forma abusiva ou sem justificativa, deve ser considerada ilegal, inclusive sujeitando o agente estatal à responsabilização criminal, caso evidenciada, por exemplo, a prática de conduta tipificada na Lei n.º 13.896, de 2019 (Lei dos Crimes de Abuso de Autoridade).

HC 208240 / SP

45. Nesse contexto inclui-se, por óbvio, a abordagem policial fundada no critério de cor da pele. Nessa perspectiva, *“há de se pontuar a necessidade de se conter atuações seletivas (escolhas arbitrárias de determinadas pessoas) do aparelho estatal, muitas vezes acobertadas por juízos discriminatórios e inconfessáveis. É dizer: deve a autoridade policial se encontrar apta a justificar a sua atuação, no âmbito de sua corporação, e ao nível do estrito cumprimento do dever legal”*. (PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2021, pg. 691).

46. Com a devida vênia daqueles que possam alcançar conclusão diversa, entendo que, **à vista do quadro fático e jurídico retratado nos autos, é de se reconhecer a licitude da diligência realizada pelos agentes estatais.**

47. Como a cor da pele do paciente não foi elemento valorado no âmbito das instâncias ordinárias, tampouco articulada pela defesa, servindo os depoimentos policiais como medida suficiente para a conclusão trazida na divergência vencida no STJ (e ora pretendida pela defesa), penso ser pertinente a reprodução dos depoimentos em sede policial, bem assim do cotejo daqueles prestados sob o crivo do contraditório, realizado pelo Juízo de primeira instância na sentença condenatória.

48. O agente policial que serviu à condução do flagrante, perante a autoridade policial, assim retratou os contornos fáticos da abordagem e prisão do paciente, apontando a motivação que levou à realização da busca:

“(…) 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

HC 208240 / SP

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.” (e-doc. 2, p.

HC 208240 / SP

31; grifos nossos).

49. O segundo policial envolvido na diligência, testemunha no auto de prisão em flagrante, assim apresentou sua versão dos fatos:

“(…) 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.” (e-doc. 2, p. 32; grifos nossos).

50. Vejam-se, também, os seguintes excertos da sentença condenatória, no ponto em que a Magistrada retrata as falas efetivadas em juízo:

“Em juízo, a testemunha Policial Militar João Victor de

HC 208240 / SP

Almeida contou, em resumo, que estavam em patrulhamento pelo Bairro Fonunato Rocha Lima, na Rua Santa Theresa, **ponto conhecido pelo tráfico de drogas, quando foi avistado um indivíduo, que em conhecido no meio policial, em razão do uso e do tráfico de drogas. O seu parceiro já conhecia o acusado. Avistaram o indivíduo se aproximando de um veículo, 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 veículo empreendeu fuga e 'seguiu marcha'. O indivíduo que estava no local tentou 'correr a pé'. Correram por 30 metros e abordaram o acusado. Durante a fuga, o réu arremessou pinos ao rolo.** Em busca pessoal, no bolso do moletom trajado pelo acusado, encontraram 05 pinos de substância branca e RS 80.00. Durante a entrevista, o acusado acabou confessando que 'estava ali vendendo, e que a cada 14 pinos vendidos. 04 pinos ficavam para consumo dele' Deram voz de prisão e conduziram o acusado até o plantio policial. O acusado dispensou 07 pinos, porém vazios. Com o acusado, localizaram 05 porções de substância branca e o dinheiro. **No local, eram frequentes prisões por tráfico de drogas. O local fica próximo de um 'motel'. A 'biqueira é famosa por rodar 24 horas'.** A viatura era caracterizada, com três cores. Os fatos ocorreram no período matutino. Havia o fluxo normal do bairro. A região é pavimentada. Na esquina, no 'cruzamento das vias', só havia o indivíduo abordado e o veículo. A abordagem ocorreu na esquina: na Rua Santa Terem com a Rua João Sotero de Castro. **Viram o veículo que parou no 'meio da rua' para o indivíduo se aproximar. As vias ficam 'em linha reta' e os indivíduos não perceberam a viatura policial. O depoente viu o primeiro 'contato entre o indivíduo e o veículo'. O acusado fez gestos de entrem, colocou as mãos no veículo'. O condutor veículo se evadiu em velocidade. O acusado tentou 'correr a pé', então**

HC 208240 / SP

ficou mais fácil detê-lo. Não foi possível anotar as placas do automóvel (11s. 181/183).

Em juízo, a testemunha Policial Militar Fábio Luis dos Santos, em resumo, disse que atenderam uma ocorrência no Bairro Fortunato Rocha Lima. No 'caminho', passaram pela Rua Santa Tereza, onde **avistaram um indivíduo entregando algo para o integrante do veículo. A equipe policial sabia que o local era ponto de tráfico de drogas. Quando deram sinal sonoro, o veículo se retirou, de modo que não foi possível verificar a placa. O acusado foi abordado e tentou se evadir, mas foi abordado na 'mesma quadra'.** O acusado jogou alguns *ependorfs* vazios ao solo. No bolso do acusado, havia RS 80,00 e, no outro bolso, encontraram de 04 a 06 *ependorfs* de cocaína. O réu disse que realizava a venda de drogas no local. O acusado disse que a cada 14 pinos, ficava com 04, a título de pagamento. O indivíduo que foi preso já era conhecido no local. O depoente já abordou o acusado em outras ocasiões. Em outras abordagens, o acusado ficava 'gritando' quando a viatura policial se aproximava, para avisar outros indivíduos que ficavam na 'outra esquina' sobre a chegada da viatura policial. Isto é, Indivíduos que faziam o tráfico de drogas. Não havia fluxo de pessoas na rua. **Só havia o acusado entregando algo para o motorista do veículo. Perceberam a ação a 50 metros.** A viatura policial estava caracterizada. **Mesmo com a aproximação policial o acusado fez a entrega. Ele estava de costas para a viatura.** A rua é pavimentada. A placa do veículo não foi abordada. Não foi cogitada a hipótese do motorista do veículo ser o 'traficante'. O acusado já era conhecido por ficar 'gritando' no local. O veículo era de cor clara, mas não se recorda do modelo (fls. 181-183)." (e-doc. 3, p. 32-33).

51. Considerando as circunstâncias objetivamente retratadas nos depoimentos dos policiais, entendo não ser possível concluir de forma indene de dúvida, como pretende a defesa, que a abordagem e a realização da busca pessoal ocorreram em virtude da cor da pele do paciente.

HC 208240 / SP

52. Conforme se observa dos textos acima colacionados, especialmente nas partes em que procedi o destaque, a referência à cor da pele ocorreu no contexto de descrever o aspecto físico do paciente, inserido em atuação típica de tráfico de drogas, essa, sim, conduta reveladora de conjuntura justificante da abordagem policial.

53. Com efeito, extrai-se da análise textual dos depoimentos indícios de que o paciente estava envolvido em provável ação ilícita, especificados detalhadamente pelos policiais, tais como a presença do paciente em conhecido ponto de tráfico de drogas, a sua postura — que se encontrava em pé, junto ao meio-fio da via pública e a um veículo, aparentemente em atividade de mercancia —, o fato de haver mudado “o semblante” e saído “andando sorrateiramente e jogando algo no chão”, assim como em decorrência de o motorista do veículo haver se evadido do local, após notar a presença dos policiais.

54. Desse modo, sem ignorar a problemática de fundo, que efetivamente merece profunda reflexão, as circunstâncias objetivas do caso concreto, sob a minha óptica, revelam presente a justa causa para realização da abordagem, não em razão da cor da pele do paciente, mas pelos elementos que envolviam a própria conduta do agente, razão pela qual concluo pela ausência de ilegalidade, **neste caso**, na atuação policial, afastando-se, por consequência, a alegação de ilicitude da prova decorrente da diligência.

55. Quanto à alegação de atipicidade material do delito, tampouco assiste razão à defesa. O princípio da insignificância surgiu no Direito Romano, no entanto restringia-se ao âmbito cível, com suporte no brocardo de *minimis non curat praetor* (o magistrado não deve se ocupar de assuntos irrelevantes). Na década de 1970, foi introduzido ao Direito Penal, a partir dos estudos de Claus Roxin. Tem por finalidade limitar o campo de incidência do tipo penal, evitando-se a punição de

HC 208240 / SP

comportamentos criminosos irrelevantes que resultem em lesão inexpressiva ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Afasta-se a tipicidade material da conduta — não obstante formalmente típica — quando, como dito, não demonstrada lesão substancial ao bem jurídico. Conforme preleciona Assis Toledo:

“(...) segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai aonde seja necessário para a proteção ao bem jurídico. Não deve se ocupar de bagatelas.”

(TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, São Paulo: 5ª ed. Saraiva, 2002, p. 133).

56. Seu postulado decorre da interpretação dos seguintes princípios basilares do Direito Penal, que se inter-relacionam:

“(i) **da intervenção mínima** (o direito penal só deve ser utilizado como *ultima ratio*); (ii) **da fragmentariedade** (o direito penal é um ‘sistema descontínuo de ilicitudes’, que somente se destina a proteger determinadas ofensas a certos bens jurídicos, sendo vedada a analogia para preencher lacunas sob o pretexto de resguardá-los); (iii) **da subsidiariedade** (só se deve lançar mão do direito penal caso outros ramos do direito não sejam capazes de oferecer uma resposta satisfatória); e (iv) **da lesividade** (não há crime sem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico pertencente a outrem).”

(BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 82-94; grifos nossos).

57. No HC nº 84.412/SP (Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 19/10/2004, p. 19/11/2004), este Pretório Excelso definiu vetores para aplicação do princípio da bagatela, a saber: “(a) **a mínima ofensividade da conduta do agente**, (b) **nenhuma periculosidade social da ação**, (c) **o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento** e (d) **a inexpressividade da lesão jurídica provocada**.” Essas diretrizes, desde então, têm norteado a atuação dos Ministros desta Corte.

HC 208240 / SP

58. Com efeito, a orientação do Supremo Tribunal Federal é no sentido de ser inaplicável o princípio da insignificância ao tráfico ilícito de drogas, por consistir em crime de perigo abstrato ou presumido cujo objeto jurídico é a saúde pública, bem jurídico, vale ressaltar, de conotação constitucional – arts. 196 a 200 da Constituição da República. Nesse sentido, **mostra-se irrelevante cogitar-se da “mínima ofensividade da conduta” (em face da quantidade apreendida) ou, ainda, da “ausência de periculosidade da ação”, pois, por se cuidar de crime de perigo abstrato (e não de dano), dispensa-se a comprovação de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.**

59. Em reforço, o delito em questão ostenta extrema gravidade, tendo sido a ele, inclusive, conferido o caráter hediondo por força de norma constitucional (CRFB, art. 5º, inc. XLIII, que impôs um regime jurídico mais gravoso), muito provavelmente ante os incontáveis males sociais provenientes do citado crime, tais como desestruturação familiar, incentivo a outras práticas delitivas graves, sem se falar do problema crônico de saúde pública que acarreta.

60. O rol de crimes qualificados pelo legislador como hediondos é extenso (art. 1º da Lei nº 8.072, de 1990), sendo integrado, por exemplo, pelos delitos de estupro, epidemia com resultado morte, furto qualificado pelo emprego de explosivo, posse de arma de fogo de uso proibido, extorsão mediante sequestro, roubo majorado pelo uso de arma de fogo e outros. Ora, se em relação a estes delitos, em regra, não se cogita a aplicação da teoria da insignificância, por que quanto ao tráfico de drogas seria diferente?

61. Portanto, a meu sentir, surge como incongruente a aplicação do princípio da insignificância. Nessa linha, destaco os seguintes precedentes:

“AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. PENAL.

HC 208240 / SP

PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEQUENA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.”

(HC nº 217.765-AgR/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. 26/09/2022, p. 27/09/2022; grifos nossos).

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. 1. Inadmissível, como regra, o emprego do *habeas corpus* como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes. 2. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando os aspectos relevantes da conduta imputada. 3. **O princípio da insignificância é inaplicável ao crime de tráfico de drogas.** Precedentes. 4. Agravo regimental conhecido e não provido.”

(HC nº 216.077-AgR/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 08/08/2022, p. 16/08/2022; grifos nossos).

“(…). TRÁFICO DE DROGAS – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INCOMPATIBILIDADE. **O princípio da insignificância é incompatível com a prática do tráfico de drogas, pouco importando a quantidade de entorpecente.** PENA – DOSIMETRIA – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. A valoração de circunstâncias judiciais, no que inserida na dosimetria da pena, envolve, de regra, o justo ou injusto, não encerrando ilegalidade.”

(HC nº 129.489/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 17/09/2019, p. 03/10/2019; grifos nossos).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. MATÉRIA CRIMINAL. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO

HC 208240 / SP

CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE OU TERATOLOGIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o *habeas corpus* não merece conhecimento, na medida em que funciona como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. 2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício. 3. Agravo regimental desprovido.”

(RHC nº 209.140-AgR/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 03/10/2022, p. 18/11/2022; grifos nossos).

”1. Princípio da insignificância e tráfico de entorpecentes. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não se aplica o princípio da insignificância ao delito de tráfico de entorpecentes: precedentes. De qualquer sorte, as circunstâncias do caso, especialmente se considerada a espécie da substância apreendida e a forma como estava acondicionada, não convencem de que o fato pudesse ser considerado penalmente insignificante. 2. Tráfico de entorpecentes: ausência de dados concretos que justifiquem a afirmação de inexistência de justa causa para a ação penal ou de atipicidade da conduta imputada ao paciente. 3. Corrupção ativa: improcedência da premissa da impetração de que o delito de corrupção ativa era de consumação impossível, dado que o policial tem poder de fato de não efetivar a prisão em flagrante (C. Penal, art. 17).”

(HC nº 88.820/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 05/12/2006, p. 19/12/2006; grifos nossos).

62. Ainda que, em tese, fosse possível a aplicação do referido princípio, **os contornos fáticos revelam o seu descabimento.**

63. De um lado, a quantidade, embora pequena, não é ínfima, já que apreendidos 5 pinos de droga de elevada nocividade (cocaína), volume suficiente para várias pessoas fazerem uso. Houve ainda apreensão de

HC 208240 / SP

embalagens vazias, descartadas pelo paciente no momento em que percebeu a aproximação dos policiais, e dinheiro. Também se observa cuidar-se de reincidente, circunstância que, apesar de não determinante, deve ser considerada.

64. Por fim, quanto ao pedido de desclassificação, o ponto não passou pelo crivo do STJ. A atuação originária desta Suprema Corte acarretaria supressão de instância e ampliação indevida da competência prevista no art. 102 da CRFB. Assim decidiram o Plenário e ambas as Turmas: HC nº 109.430-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 10/04/2014, p. 13/08/2014; HC nº 164.535-AgR/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 17/03/2020, p. 20/04/2020; e HC nº 163.568/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. do Acórdão Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 13/08/2019, p. 30/08/2019.

65. Sem embargo, não vislumbro ilegalidade flagrante a justificar a concessão de ordem de ofício, surgindo improcedente o que articulado pela defesa. O Juízo de origem, ao proferir sentença condenatória, entendeu configurado o crime de tráfico de drogas, consoante o acervo probatório constante dos autos, revelador de que o paciente trazia consigo, em local conhecido como ponto de tráfico de drogas, para fins de venda, 1,53 grama de cocaína, subdividida em 5 pinos, quantidade suficiente para vários usos, 7 embalagens vazias e dinheiro. Eis a fundamentação lançada pelo Magistrado:

“Não fica nenhuma dúvida para o julgador quanto à materialidade do delito e a destinação de tráfico daquelas drogas. Além disso, o entorpecente estava acondicionado em porções individuais, de forma própria para a venda, o que reforça tal conclusão. Dessa forma, tem-se que o fato de o **acusado ter sido visto em 'gestos típicos de traficância'**, em local conhecido por ser ponto de venda de drogas, **somado a sua tentativa de fuga e arremesso dos sete *eppendorfs* vazios** evidenciam a prática do delito do art. 33, da Lei 11.343/2006.

HC 208240 / SP

Nesse sentido:

(...)

Outrossim,urge mencionar que o fato de o acusado ter declarado ser usuário de entorpecente não descaracteriza o delito em comento. Isso porque é cedido que usuários de drogas acabam se valendo da traficância como meio para financiar o vício, não sendo viável a desclassificação para o art. 28, da Lei 11.343/2006.

(...)

De mais a mais, não se pode olvidar que o acusado confessou informalmente aos policiais militares que estava realizando o comercio ilícito de drogas e que a cada quatorze porções de cocaína vendidas, recebia quatro. Soma-se, ainda, que o acusado estava em poder de R\$ 80,00, em notas diversas, o que evidencia ser proveniente das vendas anteriores, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 25. Sendo assim, a confissão informal aliada ao fato de o acusado ser surpreendido, em local conhecido por ser ponto de comércio de entorpecentes, realizando visíveis 'gestos de trocas', bem como a tentativa de fuga para evitar a abordagem policial indicam que proveniente do tráfico de entorpecentes.

Desse modo, o considerando que não há indícios de parcialidade dos milicianos e nem de eventual intenção de incriminar o acusado, de forma injusta, a confissão extrajudicial também deve ser considerado meio de prova. Essa é a orientação da Corte Paulista: (...)." (e-doc. 3, p. 36-38; grifos nossos).

66. O Tribunal de Justiça, ao julgar a apelação, encampou a óptica, afastando a pretendida desclassificação da conduta:

"A versão do acusado no sentido de que estava no local para adquirir e fazer uso de droga não se sustenta, pois com ele foram encontras diversas porções de entorpecentes, além de dinheiro. Ademais, frise-se, os policiais viram o acusado dispensando ao solo pacote com mais de cem *ependorfs*.

HC 208240 / SP

Em suma, **a quantidade de cocaína, dividida em porções individuais, além de dinheiro, a maneira como se deu a apreensão, em local já conhecido como ponto de venda de drogas, não deixa dúvida quanto à prática do tráfico de drogas, tornando inviável o pleito absolutório.**

A quantidade da substância entorpecente apreendida é um dos critérios estabelecidos pela lei para diferenciar-se a mercancia ilícita do mero porte para uso, mas não o único, fazendo-se necessário o cotejo com os demais critérios legais (natureza da droga, local e condições da ação, circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente), nos termos do artigo 28, § 2º, da Lei n. 11.343/06.

Na hipótese, importante mencionar que as circunstâncias em que se deu a apreensão da droga revelam a ocorrência do tráfico de drogas, delito de tipo misto-alternativo, sendo suficiente a ocorrência de qualquer dos verbos do tipo legal para configurar a conduta. A conduta punível não é somente vender substância entorpecente, mas também trazer consigo, ter em depósito, transportar, guardar tóxicos, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Configurado o crime de tráfico, mais abrangente, resta incabível, por logicidade, o pleito desclassificatório. Ademais, a condição de usuário, por si só, não afasta a traficância. Não é incomum usuários participarem da mercancia ilícita com o fim de sustentarem o próprio vício.” (e-doc. 3 , p. 115-116 , grifos nossos).

67. Verifica-se que o contexto em que apreendidas as drogas respaldou a conclusão das instâncias ordinárias acerca da configuração do tráfico de entorpecentes. A rigor, levou-se em conta o disposto no art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343, de 2006, a prever que a quantidade de entorpecente não é o único elemento a ser considerado pelo julgador ao decidir se tipifica a conduta como tráfico de drogas ou porte visando ao consumo pessoal. Transcrevo, *in verbis*, o teor do dispositivo:

HC 208240 / SP

“§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.”

68. De mais a mais, eventual superação desse entendimento, para acolher o pleito de desclassificação da conduta para o tipo penal previsto no art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, demandaria o revolvimento de fatos e provas, incabível na via estreita do *habeas corpus*. Nessa linha, confirmam-se:

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. CONDENAÇÃO JÁ TRANSITADA EM JULGADO. *HABEAS CORPUS* UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. PRETENDIDA REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA E REALIZAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. RAZÕES NÃO APRECIADAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INADMISSÍVEL SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO. NECESSÁRIO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL DE QUE NÃO SE CONHECE. 1. É inviável o agravo regimental que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada (CPC, art. 1.021, §1º). 2. Não é possível a utilização da ação de *habeas corpus* como sucedâneo de revisão criminal. 3. Os pleitos de revisão da dosimetria da pena e de detração da pena não foram apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça. 4. É inviável o *habeas corpus*, quando as razões apresentadas pela parte impetrante não houverem sido apreciadas pelo Tribunal apontado como coator, por caracterizar-se inadmissível supressão de instância. 5. **Para o acolhimento do pleito de desclassificação do crime de tráfico de drogas (Lei 11.343/06, art. 33) para o delito de porte de drogas para uso pessoal (Lei 11.343/06, art. 28), seria indispensável o reexame de todo o**

HC 208240 / SP

conjunto fático-probatório que levou à condenação da ora recorrente, fato esse inviável na via estreita do *habeas corpus*, que não admite dilação probatória. 6. Agravo regimental de que não se conhece.”

(HC nº 200.881-AgR/SP, Rel. Min. Nunes Marques, Segunda Turma, j. 03/08/2021, p. 13/08/2021; grifos nossos).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. MATÉRIA PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE PROVIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. NECESSÁRIO REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 2. O exame das alegações defensivas demandaria o aprofundado reexame de fatos e provas, o que, nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte, é inviável em sede de *habeas corpus*. 3. Agravo regimental desprovido.”

(RHC nº 201.104-AgR/SC, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 22/08/2021, p. 17/09/2021; grifos nossos).

69. Ante o exposto, voto no sentido da denegação da ordem.

É como voto.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA

02/03/2023

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 208.240 SÃO PAULO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Presidente, só para esclarecer.

Eu concluí pelo não conhecimento do *habeas corpus*, porque entendo que o *habeas* impetrado funciona, aqui, como um substitutivo de recurso em *habeas corpus*. Por isso que não conheci, mas propus a concessão de ofício com as teses que eu sugeri. E estou vendo que, da parte do Ministro André, pelo menos, num primeiro momento, não há objeção quanto às teses.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Na verdade, o Ministro André denega a ordem, mas se propõe ao debate da tese.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Estou aberto à deliberação sobre a tese, eminente Relator.

Publicado sem revisão.

02/03/2023

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 208.240 SÃO PAULO**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, Ministra Rosa Weber, cumprimento Vossa Excelência; na figura do Relator, Ministro Luiz Edson Fachin, os eminentes Colegas, na figura do Relator, ; o nosso Vice-Procurador-Geral, Professor Paulo Gonet; e todos aqueles que vieram à tribuna para auxiliar o Supremo Tribunal Federal a julgar este importante tema.

Presidente, já estamos discutindo, mas somente para encadear aqui a questão. Como estamos vendo, é um *habeas corpus* contra decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, na verdade, concedeu em parte o *habeas corpus* diminuindo a pena de 7 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão em regime fechado que havia sido emitida pela Primeira Instância da Justiça Criminal de São Paulo e confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. O Superior Tribunal de Justiça redimensionou a pena para 2 anos e 11 meses de reclusão, regime aberto, determinando a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direito.

No voto (e é essa obviamente a questão mais importante) do Ministro-Relator Sebastião, que ficou vencido por 4 votos a 1, é trazida essa importante questão do perfilamento racial e, à época, ele propôs a nulidade, ficou vencido, e com a maioria, a 6ª Turma diminuiu a pena como eu anteriormente me referi. Inclusive, na própria ementa, ele ficou vencido, mas continuou como redator do acórdão, e colocou que, a seu ver, a cor da pele foi o fator que primeiramente despertou a atenção do agente de segurança pública, o que não pode ser admitido. Mas ele próprio, na sequência, coloca que ficou vencido.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo ingressou com novo *habeas corpus*, trazendo (e isso é importante que se coloque para a gente poder se situar na linha do tempo), pela primeira vez, o argumento de

HC 208240 / SP

defesa do perfilamento. Esse argumento não fora levantado na decisão, na instrução de primeiro grau. Eu tenho aqui a sentença da Comarca de Bauru, que coloca quais os argumentos que a defesa colocou. A defesa se pautou mais pela "ausência de provas seguras acerca da traficância, que não seria plausível que o acusado tenha se deslocado para adquirir cocaína". Acentuou ainda que o acusado, em todas as oportunidades, afirmou a propriedade das cinco porções de cocaína que estavam em seu bolso, mas que eram para consumo pessoal. Então, naquele momento, a defesa não arguiu a questão do perfilamento, tanto que o juiz de primeira instância nem tratou desse assunto.

Da mesma forma, na apelação, não houve esse argumento, não foi trazido esse argumento. Consequentemente, também a 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo não tratou dessa questão, porque não foi trazida a questão do perfilamento. Em momento algum, isso ocorreu também na segunda instância.

Na terceira, diríamos assim, não é terceira instância, mas como, comumente se diz, no STJ, da mesma forma. Também não se levantou essa questão. Isso foi, pela primeira vez, trazido pelo eminente Ministro-Relator, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Sebastião, ele colocou essa questão, ficou vencido, e, a partir daí, isso foi trazido ao Supremo Tribunal Federal.

Não há dúvida, Presidente, e isso várias vezes aqui nós tivemos oportunidade de salientar recentemente na questão da equiparação - hoje já por lei, inclusive lei derivada de uma comissão presidida pelo Ministro Benedito Gonçalves, do Superior Tribunal de Justiça, nosso Corregedor-Geral Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral -, mas foi o Supremo Tribunal Federal que equiparou a injúria racial ao crime de racismo, recentemente, em julgamento de *habeas corpus*, também, salvo engano, de relatoria do eminente Ministro Luiz Edson Fachin.

Também recentemente, para as eleições, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal manteve decisão do Tribunal Superior Eleitoral no sentido da necessidade de, não seriam propriamente cotas, mas de se garantir o financiamento das candidaturas

HC 208240 / SP

de homens e mulheres negros. Isso com base - salientei, à época, Presidente -, com base, inicialmente, no art. 3º da Constituição Federal.

A Constituição Federal coloca, claramente, que um dos objetivos fundamentais da República:

"Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

Além disso, a própria Constituição, no art. 4º, salienta, como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a regência, na suas relações internacionais, pelos repúdio ao racismo.

Também a Constituição Brasileira, se levarmos em conta a 1988, é extremamente avançada, como Constituição, nesse repúdio ao racismo.

Nós tivemos - não quero cansá-los - mas tivemos, como disse, em vários julgamentos, a questão da imprescritibilidade do racismo, da equiparação com a injúria racial para que houvesse o cumprimento. Não basta só a previsão se não houver uma interpretação constitucional por todo o Judiciário, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, uma interpretação que venha permitir o efetivo e pleno combate ao racismo.

Somente essa interpretação efetiva da Constituição, de efetivação das normas de combate ao racismo, somente com isso será possível, aos poucos, ir reduzindo, e pleiteando a erradicação, que todos aqui concordam, existe no Brasil. Lamentavelmente, é uma chaga brasileira, não só brasileira, mas é uma chaga brasileira - que é o racismo estrutural. Há necessidade de se extirpar essa prática secular, promovendo, não só ideia de reparação, de redistribuição, de reconhecimento, há necessidade desse tríptico combate, promovendo exatamente a necessidade de respeito e de não discriminação dos negros.

Somente com isso será possível, obviamente, nunca apagar o

HC 208240 / SP

sofrimento, a humilhação, a quebra da dignidade durante toda a história, mas, pelo menos, atenuar evitar que isso possa voltar a ocorrer, mesmo que em níveis menores - obviamente grave, mas menor que a escravidão -, como se trata, por exemplo, a injúria racial.

Então, a partir dessa construção - e esta Corte vem realizando isso - a ideia é exatamente de impedir a proliferação e combater de frente o racismo estrutural.

Em todos esses julgamentos, destacamos a Convenção Internacional Sobre Todas as Formas de Discriminação Racial que, apesar de ratificada pelo Brasil em 68, só ingressou no nosso ordenamento jurídico após a redemocratização, no Governo do Presidente Sarney. Ou mesmo o Pacto de São José da Costa Rica, que também prevê essa necessidade de combate à discriminação por qualquer motivo, inclusive, por motivos de raça. Em 2021, há pouquíssimo tempo, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, cujo art. 10 prevê, exatamente, que:

"Os Estados Partes comprometem-se a garantir às vítimas do racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância um tratamento equitativo e não discriminatório, acesso igualitário ao sistema de justiça, processos ágeis e eficazes e reparação justa nos âmbitos civil e criminal, conforme pertinente."

Então, a interpretação do texto constitucional só é legítima se, a partir da apreciação do conjunto das normas vigentes e de forma equilibrada, atentar ou vislumbrar, melhor dizendo, o que o art. 3º e o art. 4º da Constituição determinam: o combate efetivo a qualquer forma de racismo.

E uma das formas de racismo, e uma forma grave de perpetuação do racismo estrutural, é exatamente o perfilamento racial de pessoas afrodescendentes.

Há um documento das Nações Unidas produzido exatamente nesse sentido, que faz uma comparação como vários países vêm combatendo isso. O prefácio desse documento foi escrito pela Alta Comissária para os

HC 208240 / SP

Direitos Humanos, Michelle Bachelet, que não só definiu o perfilamento racial, mas também colocou quais os maiores problemas em relação a isso. Diz ela:

"O termo 'perfilamento racial' se refere ao processo pelo qual as forças policiais fazem uso de generalizações fundadas na raça, cor, descendência, nacionalidade ou etnicidade ao invés de evidências objetivas ou o comportamento de um indivíduo, para sujeitar pessoas a batidas policiais, revistas minuciosas, verificações e reverificações de identidade e investigações, ou para proferir um julgamento sobre o envolvimento de um indivíduo em uma atividade criminosa."

Então, aqui, a questão mais importante: as forças policiais fazem uso das generalizações fundadas - para o que nos interessa, no caso concreto - na raça.

Seguindo, aqui, nesse prefácio, a Alta Comissária da ONU diz que:

"A prática de perfilamento racial viola uma série de princípios e direitos fundamentais estabelecidos no direito internacional dos direitos humanos. Estes incluem o princípio da não discriminação e da igualdade perante a lei, assim como o direito à proteção igual pela lei. Por sua natureza, o perfilamento racial se afasta do princípio básico do estado de direito de que determinações referentes à aplicação da lei devem ser baseadas na conduta de um indivíduo, não em sua filiação a um grupo étnico, racial ou nacional."

E mais, o que já é comprovado hoje em grandes estudos de segurança pública e aqui consta também, que:

"O perfilamento racial é considerado uma ferramenta de policiamento ineficaz, visto que na maioria das vezes é um fracasso na prevenção do crime. O que de fato tem feito é alienar comunidades visadas, devido à atenção policial intensificada que acaba minando a confiança destas comunidades nas forças policiais e exacerbando as tensões entre a polícia e as comunidades que são alvo desta prática."

Isso é realmente comprovado não só no Brasil, mas no mundo todo, a ineficácia da adoção ilegal, inconstitucional, ilícita do perfilamento racial.

HC 208240 / SP

E nesse estudo, Presidente, não vou cansá-los, há toda uma descrição em vários países - se colocam a Colômbia, a Holanda, a Inglaterra, o País de Gales, a Irlanda do Norte -, quais as medidas de conscientização, capacitação, recrutamento e combate efetivo ao perfilamento racial como forma ilícita de obtenção de provas, como forma ilícita de combate à criminalidade. E, mais do que isso, como uma constatação de crime de racismo praticado pelas autoridades policiais. O perfilamento racial é um crime de racismo, aquele que o pratica está praticando as elementares do tipo penal de racismo.

Disto acredito que nenhum de nós discorda: que as provas não podem ser obtidas com perfilamento racial, que não só a prova é ilícita, como aquele que praticou perfilamento racial, aquela autoridade deve ser processada por racismo, e que isso deve ser extirpado. Há métodos, e foi citado aqui, o próprio eminente Ministro-Relator os colocou, os currículos policiais vêm tentando se adaptar a isso, e devem se adaptar rapidamente, estruturalmente. Sabemos que quando é estrutural, o combate deve ser mais efetivo para reduzir, mas há e continua havendo esse problema esse grave problema de discriminação.

O que ocorre - e eu já adianto que irei divergir do eminente Ministro-Relator -, a meu ver, é que o caso não é um bom caso para se caracterizar o perfilamento racial.

Existe perfilamento racial em várias operações policiais? Existe. Agora, neste caso, há provas de que ocorreu? Vejam, o subjetivismo é uma coisa, afirmação como o fez, com a devida vênia, o eminente Ministro Sebastião, de que, a meu ver, houve, porque sempre há, é outra coisa.

Por isso, iniciei dizendo, a defesa não alegou isso, em momento algum, em primeira instância. A defesa não alegou isso, em momento algum, na segunda instância, na apelação. A defesa não alegou isso no Superior Tribunal de Justiça. Somente essa questão foi levantada quando, no voto vencido do Ministro Sebastião, colou-se essa questão.

E essa questão, obviamente se poderia colocar que a defesa, num primeiro momento, falhou, esqueceu; o juiz não analisou; o tribunal de

HC 208240 / SP

justiça não analisou. Entretanto, voltando aqui à definição dada de perfilamento racial, o processo pelo qual as forças policiais fazem uso de generalizações fundadas na raça, parece-me que o que temos que analisar é exatamente se essa abordagem foi feita fundada na raça, fundada no fato de o abordado, depois réu, ser negro.

E não me parece aqui, objetivamente falando... Nós poderíamos dizer que as abordagens sempre são feitas assim, mas nós temos que ter a prova no processo. Por isso que digo que, a meu ver, não é um bom caso para se extrair essa tese.

Segundo a denúncia - e começando desde a denúncia do Ministério Público -, o paciente foi surpreendido com 5 *eppendorfs* (1,53 grama de cocaína, que dá em torno de 15 carreiras de cocaína), para fins de tráfico, sem autorização ou desacordo com determinação legal ou regulamentar. Durante patrulhamento pelas proximidades, os policiais militares avistaram o denunciado em típico gesto de venda de drogas para o motorista de um veículo. Com a aproximação da viatura policial, o veículo e seu condutor evadiram-se do local e não foram identificados. O denunciado tentou fugir a pé, mas foi abordado. Pouco antes da abordagem, o denunciado dispensou no chão 7 *eppendorfs* vazios. Com ele foram localizados, num bolso, a importância de 80 reais, e, no outro, aqueles 5 *eppendorfs* de cocaína.

Se nós formos à sentença de primeiro grau, teremos a mesma descrição, exatamente a mesma fundamentação acrescida, durante a instrução, a partir dos depoimentos das testemunhas, de que lá se tratava, como disse o eminente Ministro André Mendonça, de uma boca de fumo, uma biqueira, em Bauru conhecido como boca de fumo.

Então, quais os elementos que a sentença, a partir da denúncia e da instrução, utilizou para a condenação? Exatamente que se tratava de uma biqueira, de uma boca de fumo, que os policiais, verificando o posicionamento bem no local... Uma coisa é estar na frente do *shopping center* em pé, fazendo uma espécie de transação comercial com quem está no carro. Outra coisa, basta ir em qualquer boca de fumo, é exatamente isso, é um *modus operandi*.

HC 208240 / SP

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Vossa Excelência me concede um aparte, Ministro Alexandre, apenas para dialogarmos?

Com a devida vênia, parece-me que a questão não é exatamente essa. E o exemplo que Vossa Excelência vem de dar agora do *shopping center* comprova o quanto é difícil reconhecer a estrutura racista que está incrustada em todos, porque o exemplo...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Perdão, Ministro Fachin. Na verdade, eu não disse que era um negro, um branco no *shopping center*.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Mas as camadas sociais se diferenciam.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não importa se é um negro ou um branco. Eu estou dizendo qual o *modus operandi* da compra de droga em bocas de fumo. Qual o *modus operandi*? As pessoas não descem, tomam chá, batem um papo e depois se despedem.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - É porque normalmente na periferia não há chá, Ministro Alexandre.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Há chá. Não, Ministro Fachin, se Vossa Excelência quer levar para esse lado, não há problema.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Eu queria falar da busca. A nulidade é da busca.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Vossa Excelência falou já no seu voto. O que ocorre é o seguinte: qual o *modus operandi*?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Eu imaginei que seria possível debater, mas está bem.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Sempre é, mas qual o *modus operandi* da compra de droga em qualquer biqueira? Qual é?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Esse é o quadro apriorístico que incrusta valores e opções de sentido. Aqui,

HC 208240 / SP

tecnicamente falando, o que me parece em questão está em saber se havia razões objetivas para fazer aquela busca. Portanto, o fato de ter alguém parado no meio-fio com um carro, num lugar que, eventualmente, seja conhecido como de alguma transação ilícita... Agora, há casas noturnas de elevado padrão onde esse tipo de comportamento também se dá. Portanto a questão está: qual é o quadro mental apriorístico que levou a essa busca pessoal. Por isso, se olharmos a sentença - o Ministro André leu um trecho da sentença, fez referência a eventual confissão e assim por diante, como consta, e Sua Excelência fez referência -, nós estamos de algum modo voltando a discutir a questão das drogas, que aqui não me parece a questão central colocada.

A questão central colocada é: a busca teve motivação objetiva e racional diversa de que teria se o contexto fosse outro?

Eu acho que a nossa divergência, portanto, parece-me, está em reconhecer a licitude ou ilicitude da busca. Do que eu estou depreendendo, o voto de Vossa Excelência e o do Ministro André estão reconhecendo que, no caso, nada obstante as ressalvas constantes do início do voto, que acho que subscrevem - o Ministro André não se manifestou, nem Vossa Excelência -, mas parece-me que as observações iniciais do voto de Vossa Excelência e do Ministro André subscrevem as teses que estou propondo. Portanto nós estamos de acordo com as premissas, em tese. A questão está se essas premissas se aplicam ao caso ou não.

Eu votei no sentido de entender que se aplicam. Vossa Excelência está acompanhando, em termos gerais, a divergência no sentido de entender que não se aplica. E onde principia a divergência? Na compreensão de se a busca foi uma busca lícita ou ilícita. Porque examinar as provas subsequentes parte do ponto de vista de que a busca foi lícita.

Portanto, só fiz a intervenção, pedindo escusas a Vossa Excelência por interromper seu voto, apenas para pontuar onde principia a divergência que estou, obviamente, tentando captar do voto de Vossa Excelência.

HC 208240 / SP

Muito obrigado pelo aparte. Peço escusas por interromper o voto de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não, Ministro Fachin, é importante.

Volto ao que eu iniciei.

A grande questão é - e essa é a discussão - se a produção de prova foi gerada a partir de um perfilamento racial ou não. Se foi gerada, será ilícita a prova; se não foi, será lícita. Obviamente, se houver perfilamento racial, não só - eu disse - a prova, nesse caso ou em qualquer outro, é ilícita, como quem praticou estará praticando o crime de racismo.

São duas consequências, uma processual e uma penal. Agora, nesse caso, houve? Eu volto à definição: "procedimento pelo qual as forças policiais fazem uso de generalizações fundadas na raça". Por isso, fiz uma pergunta retórica: qual o *modus operandi* da venda de drogas em boca de fumo, em biqueira? É esse o *modus operandi*, é exatamente esse. Se o *modus operandi* é correto ou não; se historicamente precisa mudar ou não, esse é o *modus operandi*. Em uma festa de alta sociedade, não é o *modus operandi*. Se não é feito isso, dois erros não fazem um acerto. Agora, o *modus operandi* da venda de drogas, seja em Bauru, ou numa cidade satélite aqui do Distrito Federal; seja no Rio de Janeiro, ou em Paraisópolis, São Paulo, é exatamente esse: o carro chega; quem vende a droga vai até o carro, levando pouca quantidade, vende, pega o dinheiro e sai. O outro carro chega, e assim por diante. Esse é o *modus operandi*. Para o *modus operandi* não importa se o vendedor, ou o comprador, é homem, mulher, branco ou negro. Esse é o *modus operandi*. Em hipótese diversa, utilizando esse *modus operandi*, se o motorista do carro fosse branco, o vendedor fosse branco, a polícia não teria abordado? Se essa prova estivesse nos autos, seria perfilamento, mas não há essa prova nos autos. O *modus operandi* de venda de drogas no país todo, na verdade no mundo todo, é esse - no varejo.

Então, a partir desse *modus operandi*, qual a sequência? Exatamente por isso fiz questão de referir que isso não foi salientado em primeira instância, nem em segunda instância, porque, se o fosse, o Ministério

HC 208240 / SP

Público poderia ter, dentro do contraditório, colocado outras provas, como por exemplo: não, esse não é o *modus operandi*. O Ministério Público comprovaria com não sei quantos boletins de ocorrência, inquéritos policiais, que esse é o *modus operandi*, e, na sequência, com o protocolo policial, que consta na denúncia, nas provas, na sentença e no acórdão. A polícia toca a sirene, liga o giroflex, e vai fazer a abordagem. Esse também é o *modus operandi* policial. E isso foi feito. Em nenhum momento o próprio réu disse que saiu, de alguma forma, desse *modus operandi*.

Leio a declaração do réu, ora paciente.

"...que já foi preso e processado criminalmente por furto e roubo e saiu da cadeia em janeiro de 2016; que não foi agredido em decorrência de sua prisão; que é solteiro mas tem um filho de 16 anos que mora com a mãe; que trabalha como cabeleireiro e tem um salão caseiro e atua em sua própria residência, tendo uma renda aproximada de R\$ 1.500,00; que é usuário de cocaína desde 18 anos de idade; que reside na Vila Industrial e frequenta um ponto de venda de drogas existente naquele bairro próximo da rua Santa Teresa, que como disse, foi até a biqueira comprar cocaína..."

Mas o que importa aqui é que não só os policiais, como também o réu, ora paciente, concordam que aquele ponto, aquele local é um ponto de venda de drogas. Então, por que a polícia abordou? Porque aquele ponto, em Bauru, é conhecido como ponto de venda de drogas, e o *modus operandi* ia ser realizado, *modus operandi* de venda de drogas. Então, esse é o ponto.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Se me permite, Ministro Alexandre?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Por favor.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Naquela noite, na madrugada, foram presas várias pessoas vendendo drogas também.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Por isso que eu disse, se a defesa tivesse alegado perfilamento na primeira instância, o Ministério Público poderia ter dito que outras tantas pessoas foram presas também.

Não há como se afirmar que foi preso porque a polícia olhou, viu

HC 208240 / SP

uma pessoa negra e foi lá e prendeu. A pessoa não estava encostada num muro, num local que não é tradicionalmente conhecido como ponto de droga, estava fazendo o *modus operandi*.

E concordo com o eminente Ministro-Relator, eu não sigo adiante dizendo que, pelo fato de ter sido apreendida a droga, isso legitima eventual busca ilícita. O que me parece legitimar aqui, nos termos do art. 244 do Código de Processo Penal, é exatamente isso: é fato notório, no processo, que era um ponto de venda de droga, uma boca de fumo, ou uma biqueira, como queiram, e que o procedimento foi o usual de compra e venda, e o procedimento usual da polícia tocando a sirene, indo abordar o veículo e a pessoa que estava vendendo. Então, isso é o usual.

O que gerou a fundada suspeita na polícia de atuar? O *modus operandi* regular numa boca de fumo. Assim, o Ministro André bem lembrou, como neste caso, vários outros foram presos, num período mais elástico, porque é uma boca de fumo.

Eu cito, no voto, que nem em resposta à acusação, nem em alegações finais, nem em razões ou recurso de apelação se levantou essa questão - os documentos então aqui -, e nem mesmo no *habeas corpus*, exatamente porque toda narrativa é a narrativa padrão de venda de drogas no varejo - de venda de drogas no varejo, não, obviamente, de venda de drogas no atacado.

Então, parece-me aqui que um dos requisitos essenciais, ou - eu diria - o requisito essencial para caracterização do perfilamento racial - e repito: o perfilamento racial, enquanto processo das forças policiais de discriminação, de racismo, infelizmente, existe no Brasil? Existe. Deve ser combatido? Deve ser combatido sob duplo aspecto: processualmente, a prova ser ilícita e, penalmente, aquele que pratica o perfilamento racial ser processado por racismo. Agora, o perfilamento racial se caracteriza exatamente por ser esse procedimento que as forças policiais fazem de uso de generalizações fundadas na raça. Aqui não houve uma generalização fundada na raça. Não há comprovação, nem houve alegação da defesa disso. Aqui, houve, sim, que o local é um local da prática de ilícito, da venda de drogas, e o procedimento foi o

HC 208240 / SP

procedimento assim realizado.

Por isso, pedindo todas as vênias ao eminente Ministro-Relator, eu entendo que não foi e não é o caso de se declarar a prova ilícita, não há, neste caso, nenhuma prova, nem a própria defesa produziu prova durante toda a instrução. Vejam, não é nem só que o Ministério Público não pôde contestar ou contraditar e o juiz e o tribunal não puderam analisar. A própria defesa não produziu prova, não alegou isso.

A meu ver, não há a possibilidade de dizer que, neste caso, houve provas de perfilamento racial. Se não houvesse nenhum outro indício que tivesse gerado a fundada suspeita, até poderíamos, por exclusão, chegar a isso. Mas local, fato notório de venda de drogas, de boca de fumo, que o próprio réu, ora paciente, também alegou em seu depoimento, e o *modus operandi* da compra e venda, todos esses são fatos levaram à legalidade da busca pessoal realizada pela polícia, sob pena - obviamente, temos que combater, com rigor, casos que tenham o perfilamento racial - de inviabilizarmos a atuação policial em locais sabidamente de tráfico de drogas e com procedimento de compra e venda. É uma linha tênue em relação a isso. Por isso que eu digo que o caso não aponta provas necessárias para a questão do perfilamento, tanto que a própria defesa, durante toda a instrução, não a alegou.

Nesse aspecto, pedindo todas as vênias ao eminente Ministro-Relator, afasto a ilicitude da prova, entendo que a prova é lícita. E afasto também - e não vou citar os vários precedentes que temos da Primeira Turma - a questão da insignificância, porque, aqui, como eu disse, a venda individual no varejo e a traficância são aproximadamente quase quinze carreiras de cocaína. O próprio Superior Tribunal de Justiça já diminuiu a sanção penal, a sanção de 7 anos diminuída para 2 anos, em que pese o paciente ser reincidente e já ter sentença judicial transitada em julgado por furto e roubo. O próprio Superior Tribunal de Justiça, pela quantidade da droga, pela possibilidade de reconhecimento de privilégio e por não ter comprovação de participação em organizações criminosas, diminuiu para 2 anos, regime aberto, substituindo por pena restritiva de direitos.

HC 208240 / SP

Então, como entendo a prova lícita, como entendo, neste caso, a não caracterização do perfilamento racial, acompanho a divergência inaugurada pelo eminente Ministro André Mendonça e também aqui não concedo a ordem no *habeas corpus*.

É o voto, Presidente.

02/03/2023

PLENÁRIO

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

HC 208240 / SP

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)	:JOÃO 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
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA ADVOCACIA NEGRA
ADV.(A/S)	:MARCOS ANDRE DE PAULA OLIVEIRA

V O T O

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido no julgamento do HC 660.930/SP, submetido à relatoria do Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR.

Consta dos autos, em síntese, que o paciente foi condenado à pena 7 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006), porque, em síntese, *“no dia 30 de maio de 2020, às 11h, na Rua Santa Tereza, 04-04, na cidade de Bauru-SP, foi surpreendido com 05 porções ou 1,53 grama de cocaína”*.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao apelo defensivo.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC 660.930/SP, concedeu a ordem, *“a fim de redimensionar a pena para 2 anos e 11 meses de reclusão, além de 250 dias-multa, no valor mínimo legal, e, de ofício, para estabelecer o regime aberto e determinar a substituição da pena privativa de*

HC 208240 / SP

liberdade por duas medidas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais". O acórdão ficou assim ementado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. 1,53 GRAMAS DE COCAÍNA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DOSIMETRIA. DESPROPORCIONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE COM FUNDAMENTO EM ANTECEDENTES CRIMINAIS. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO JUSTIFICA AFASTAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ÍNFIMA QUANTIDADE QUE DEVE PREVALECER SOBRE A REINCIDÊNCIA, PERMITINDO FIXAR REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIR A REPRIMENDA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA À UNANIMIDADE. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EIVADO DE NULIDADE. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA ORIGINADA EM ELEMENTO INIDÔNEO. COR DA PELE NÃO PODE CONFIGURAR ELEMENTO CONCRETO INDICIÁRIO DE DESCONFIANÇA DO AGENTE DE SEGURANÇA PÚBLICA. ILICITUDE DOS ELEMENTOS DE PROVA QUE EMBASARAM A CONDENAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONVICÇÃO DO RELATOR NÃO ACOMPANHADA NA SEXTA TURMA.

1. A valoração negativa da personalidade com fundamento nas condenações transitadas em julgado não encontra respaldo na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada no sentido de que eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte (EAREsp n. 1.311.636/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe

HC 208240 / SP

26/4/2019 - grifo nosso).

2. A ínfima quantidade da droga apreendida não justifica o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo perfeitamente cabível a sua aplicação em patamar intermediário (1/2), diante da reincidência.

3. Ordem concedida para redimensionar a pena, com modificação do regime e reconhecida a possibilidade de substituição da pena por duas restritivas de direito a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

4. Busca pessoal do paciente feita em razão de o mesmo ser negro conforme depoimento dos responsáveis pelo flagrante: “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” e “QUE AO SE APROXIMAREM DA RUA SANTA TERESA VIRAM UM INDIVÍDUO NEGRO QUE “SERVIA” ALGUM USUÁRIO DE DROGA EM UM CARRO DE COR CLARA”.

5. A cor da pele do paciente foi o que, considerando o depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante, despertou a suspeita que justificou a busca pessoal no paciente. Ainda que não tenha sido somente a cor da pele, mas, sim, todo o contexto, como estar o indivíduo ao lado de veículo, em atitude de mercancia, em área de tráfico, pela experiência dos policiais, a meu ver, a cor da pele foi o fator que primeiramente despertou a atenção do agente de segurança pública, o que não pode ser admitido.

6. Este Superior Tribunal de Justiça por diversas vezes constatou abusos praticados pelas forças policiais na execução das buscas pessoal e domiciliar, concedendo a ordem para reconhecer a nulidade das provas obtidas nessas buscas irregulares, com a consequente absolvição dos acusados.

7. Não se pode ter como elemento ensejador da fundada

HC 208240 / SP

suspeita a convicção do agente policial despertada a partir da cor da pele, como descrito no Auto de Prisão em Flagrante constante dos autos, sob o risco de ratificação de condutas tirânicas violadoras de direitos e garantias individuais, a configurar tanto o abuso de poder, quanto o racismo.

8. Nula a abordagem realizada pelos policiais militares, diante da manifesta ausência de fundada suspeita de o paciente estar portando drogas no momento da abordagem, acarretando a ilicitude das provas obtidas por meio da busca pessoal.

9. Ausentes os elementos probatórios que ensejaram a condenação, a sentença deverá ser anulada, absolvendo-se o paciente por ausência de provas da materialidade do delito.

10. Na sessão de julgamento de 14/9/2021, a Sexta Turma não acompanhou o Relator na concessão da ordem de ofício, quanto à ilegalidade da busca pessoal, à minguada fundada suspeita.

9. Ordem concedida, à unanimidade, nos termos da impetração, a fim de redimensionar a pena para 2 anos e 11 meses de reclusão, além de 250 dias-multa, no valor mínimo legal, e, de ofício, para estabelecer o regime aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Nesta ação, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo alega, em suma: (a) *Não obstante, a rigor, em razão da quantidade de droga apreendida, nem sequer deveria o réu ser condenado pelo crime de tráfico de drogas, pois não restou violado de forma significativa o bem jurídico tutelado pelo tipo penal previsto no art. 33 da Lei de Drogas. Na realidade, é o caso de incidência do princípio da insignificância para que seja reconhecida a atipicidade material da conduta e a consequente absolvição do réu;* (b) *Em razão das peculiaridades fáticas do caso, é possível se afirmar, com segurança, que se está diante de caso de racismo institucional na atuação policial, concretizado na prática de perfilamento racial pelos dois policiais envolvidos na abordagem do réu. Como bem percebido pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, relator do HC 660930/SP, a “fundada*

HC 208240 / SP

suspeita” para a abordagem policial que deu azo à revista corporal e à apreensão da droga (1,53 gramas) foi fundada essencialmente na cor da pele (negra) do suspeito, o que configura perfeito exemplo de perfilamento racial; e (c) Não há, nos autos, qualquer prova contundente de que a droga era destinada à traficância além de uma suposta confissão informal que, evidentemente, não possui qualquer valor probatório, na medida em que não documentada. Requer-se, portanto, caso o réu não seja absolvido, a desclassificação de sua conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei de Drogas.

Requer, assim, a concessão da ordem, para que o paciente seja absolvido tanto em razão da atipicidade material da conduta (princípio da insignificância) como em razão da inexistência de provas de materialidade do delito (após o reconhecimento de que a única prova da materialidade do delito é ilícita por derivação). De forma subsidiária, caso não se entenda pela absolvição, pede-se seja a conduta desclassificada para o crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas.

Feita essa breve retrospectiva dos fatos, passo a votar.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo ingressou com este *Habeas Corpus* trazendo, pela primeira vez, o argumento de defesa do perfilamento racial, enfatizando que a ‘fundada suspeita’ para a abordagem policial que deu azo à revista corporal e à apreensão da droga foi fundada essencialmente na cor da pele (negra) do suspeito.

Os documentos constantes dos autos mostram que a defesa, em nenhum momento (resposta à acusação, alegações finais e razões do recurso de Apelação), ventilou a nulidade aqui suscitada perante as instâncias ordinárias (Doc. 2 – fl. 146; Doc. 3 – fls. 19/28; Doc. 3 – fl. 64/75).

Em verdade, nem mesmo no *Habeas Corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça, ora impugnado, a matéria foi apontada (Doc. 2 – fls. 4/22). A questão teria sido levantada de ofício pelo Ministro relator, e é essa obviamente a questão mais importante. Em seu voto, que ficou vencido por 4 votos a 1, é trazida essa importante questão do perfilamento racial e, à época, ele propôs a nulidade, ficou vencido, mas continuou como redator do acórdão, e colocou que, a seu ver, a cor da pele foi o fator que primeiramente despertou a atenção do agente de

HC 208240 / SP

segurança pública, o que não pode ser admitido.

A Defensoria estadual, então, impetrou esta ação, invocando (e isso é importante para se situar na linha do tempo), somente nesta CORTE, o argumento de defesa do perfilamento. Esse fundamento, repita-se, não fora levantado na instrução de primeiro grau. Na sentença da Comarca de Bauru/SP, é possível verificar que a defesa se pautou basicamente pela "*ausência de provas seguras acerca da traficância, que não seria plausível que o acusado tenha se deslocado para adquirir cocaína*". Acentuou, ainda, que o acusado, em todas as oportunidades, afirmou a propriedade das cinco porções de cocaína que estavam em seu bolso, mas que eram para consumo pessoal. Então, naquele momento, a defesa não arguiu a questão do perfilamento, tanto que o juiz de primeira instância nem tratou desse assunto.

Da mesma forma, na apelação, não foi trazido esse argumento. Consequentemente, também a 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo não tratou dessa questão, porque não foi levantada a questão do perfilamento. Em momento algum, isso ocorreu também na segunda instância.

Na terceira instância, como comumente se diz no STJ, da mesma forma. Também não se levantou essa questão. Isso foi, pela primeira vez, trazido pelo eminente Ministro Relator, do Superior Tribunal de Justiça; o Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR colocou essa questão, ficou vencido, e, a partir daí, isso foi trazido ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Não há dúvida, Presidente, da relevância da temática e, justamente por isso, é importante ficar claro, neste julgamento, que os eminentes Ministros desta SUPREMA CORTE partem da mesma premissa: o perfilamento racial, lamentavelmente, existe no Brasil. Quando verificado, deve ser firmemente combatido, de modo a acarretar não só, processualmente, a ilicitude da prova, como, penalmente, deve acarretar o crime de racismo.

Nos termos do art. 3º da CONSTITUIÇÃO FEDERAL, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil *construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar*

HC 208240 / SP

a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Entre os princípios fundamentais previstos no art. 4º da Constituição, destaca-se a previsão segundo a qual a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo repúdio ao terrorismo e ao racismo.

A Constituição Brasileira, se levarmos em conta a de 1988, é extremamente avançada, como Constituição, nesse repúdio ao racismo.

Não basta só a previsão se não houver uma interpretação constitucional por todo o Judiciário, principalmente pelo SUPREMO TRIBUNAL, uma interpretação que venha permitir o efetivo e pleno combate ao racismo.

Nesse sentido, aliás, registro que este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL equiparou a injúria racial ao crime de racismo, em julgamento de *Habeas Corpus*, também de relatoria do eminente Ministro EDSON FACHIN (HC 154.248/DF, DJe de 23/2/2022), oportunidade na qual se destacou:

Depreende-se das normas do texto constitucional, de compromissos internacionais e de julgados do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento objetivo do racismo estrutural como dado da realidade brasileira ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder Público e de todo o conjunto da sociedade.

Também recentemente, para as eleições, de relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, o STF manteve decisão do Tribunal Superior Eleitoral no sentido da necessidade de se garantir - não seriam propriamente cotas - o financiamento das candidaturas de homens e mulheres negros.

Em todos esses julgamentos, entre outros, destacamos a Convenção Internacional Sobre Todas as Formas de Discriminação Racial que, apesar de ratificada pelo Brasil em 68, só ingressou no nosso ordenamento

HC 208240 / SP

jurídico após a redemocratização, no Governo do Presidente Sarney. Ou mesmo o Pacto de São José da Costa Rica, que também prevê essa necessidade de combate à discriminação por qualquer motivo, inclusive, por motivos de raça. Em 2021, há pouquíssimo tempo, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, cujo art. 10 prevê, exatamente, que:

Os Estados Partes comprometem-se a garantir às vítimas do racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância um tratamento equitativo e não discriminatório, acesso igualitário ao sistema de justiça, processos ágeis e eficazes e reparação justa nos âmbitos civil e criminal, conforme pertinente.

Então, a interpretação do texto constitucional só é legítima se, a partir da apreciação do conjunto das normas vigentes e de forma equilibrada, atentar ao que os arts. 3º e 4º da Constituição determinam: o combate efetivo a qualquer forma de racismo. E uma das formas de racismo, e uma maneira grave de perpetuação do racismo estrutural, é exatamente o perfilamento racial de pessoas afrodescendentes.

Há um documento das Nações Unidas produzido exatamente nesse sentido, que faz uma comparação como vários países vêm combatendo isso. O prefácio desse documento foi escrito pela Alta Comissária para os Direitos Humanos, MICHELLE BACHELET, que não só definiu o perfilamento racial, mas também colocou quais os maiores problemas em relação a isso. Diz ela:

"O termo 'perfilamento racial' se refere ao processo pelo qual as forças policiais fazem uso de generalizações fundadas na raça, cor, descendência, nacionalidade ou etnicidade ao invés de evidências objetivas ou o comportamento de um indivíduo, para sujeitar pessoas a batidas policiais, revistas minuciosas, verificações e reverificações de identidade e investigações, ou para proferir um julgamento sobre o envolvimento de um indivíduo em uma atividade criminosa."

HC 208240 / SP

Seguindo, aqui, nesse prefácio, a Alta Comissária da ONU diz que:

"A prática de perfilamento racial viola uma série de princípios e direitos fundamentais estabelecidos no direito internacional dos direitos humanos. Estes incluem o princípio da não discriminação e da igualdade perante a lei, assim como o direito à proteção igual pela lei. Por sua natureza, o perfilamento racial se afasta do princípio básico do estado de direito de que determinações referentes à aplicação da lei devem ser baseadas na conduta de um indivíduo, não em sua filiação a um grupo étnico, racial ou nacional."

E mais, o que já é comprovado hoje em grandes estudos de segurança pública e aqui consta também, que:

"O perfilamento racial é considerado uma ferramenta de policiamento ineficaz, visto que na maioria das vezes é um fracasso na prevenção do crime. O que de fato tem feito é alienar comunidades visadas, devido à atenção policial intensificada que acaba minando a confiança destas comunidades nas forças policiais e exacerbando as tensões entre a polícia e as comunidades que são alvo desta prática."

Isso é realmente comprovado não só no Brasil, mas no mundo todo, a ineficácia da adoção ilegal, inconstitucional, ilícita do perfilamento racial.

E nesse estudo, há toda uma descrição em vários países - se colocam a Colômbia, a Holanda, a Inglaterra, o País de Gales, a Irlanda do Norte -, quais as medidas de conscientização, capacitação, recrutamento e combate efetivo ao perfilamento racial como forma ilícita de obtenção de provas, como forma ilícita de combate à criminalidade. E, mais do que isso, como uma constatação de crime de racismo praticado pelas autoridades policiais. O perfilamento racial é um crime de racismo, aquele que o pratica está praticando as elementares do tipo penal de

HC 208240 / SP

racismo.

Quanto ao ponto, acredito que não há nenhuma divergência: as provas não podem ser obtidas com perfilamento racial, que não só a prova é ilícita, como aquele que praticou perfilamento racial, aquela autoridade deve ser processada por racismo, e que isso deve ser extirpado.

Há métodos, o próprio eminente Ministro Relator os colocou, os currículos policiais vêm tentando se adaptar a isso, e devem se adaptar rapidamente, estruturalmente. Sabemos que quando é estrutural, o combate deve ser mais efetivo para reduzir, mas há e continua havendo esse problema, esse grave problema de discriminação.

Existe perfilamento racial em várias operações policiais? Existe. Agora, neste caso em julgamento, há provas de que ocorreu? O que temos que analisar, portanto, é exatamente se essa abordagem foi feita fundada na raça, fundada no fato de o abordado, depois réu, ser negro.

Adianto que irei divergir do eminente Ministro Relator, uma vez que o contexto fático constante dos autos não autoriza a concluir, com a devida vênia, que a autoridade policial tenha feito a abordagem do suspeito em razão de sua cor.

Para exata compreensão da matéria em julgamento, torna-se imprescindível o detalhamento dos fatos pelos quais o paciente fora condenado na ação penal objeto deste *Habeas Corpus*.

Esse detalhamento é necessário em razão de as instâncias ordinárias (primeira e segunda instâncias) não terem enfrentado a questão, porque, como visto, em nenhum momento suscitada pela defesa. Em verdade, a matéria foi levantada de ofício pelo Ministro relator, no âmbito do STJ; entretanto, rejeitada pelo Órgão colegiado. Essa circunstância, inclusive, acarretou a inviabilidade de o Ministério Público de origem exercer o contraditório a respeito dos contornos fáticos que envolveram essa causa penal.

Segundo a denúncia, o paciente *foi surpreendido com 5 eppendorfs ou 1,53 gramas de cocaína, para fins de tráfico, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*. Prossegue a inicial acusatória:

HC 208240 / SP

[...] durante patrulhamento pelas proximidades, os policiais militares avistaram o denunciado, em típico gestos de venda de drogas para o motorista de um veículo. Com a aproximação da viatura policial, o veículo e seu condutor evadiram-se do local; não foi identificado. O denunciado tentou fugir, a pé, mas foi abordado. Pouco antes da abordagem o denunciado dispensou no chão 7 eppendorfs vazios. Com ele, foram localizados, num bolso, a importância de 80 reais e, no outro, aqueles cinco eppendorfs de cocaína (fls. 19).

Por esses fatos delimitados na denúncia, o paciente foi condenado, cuja sentença condenatória registra, em suma:

Compulsando os autos, verifica-se que é o caso de condenação do réu pelo crime do art. 33, da Lei 11.343/2006. Com efeito, os policiais militares João e Fábio apresentaram versões harmônicas, em juízo. Ambas as testemunhas disseram que estavam em patrulhamento em local já conhecido por ser ponto de venda de drogas, quando avistaram o acusado fazendo gestos de troca, típico de traficância, ou seja, entregando 'algo' para o motorista do veículo que transitava pelo local. A viatura policial aproximou-se, ocasião em que o motorista do automóvel empreendeu fuga. Ato contínuo, os milicianos relataram que o réu tentou se evadir do local, mas como estava 'a pé', conseguiram detê-lo. Em busca pessoal, no bolso das vestimentas do acusado, foram encontrados 05 pinos de cocaína e a quantia de R\$ 80,00, em notas diversas. Ademais, as mencionadas testemunhas afirmaram que, durante a tentativa de fuga do acusado, este dispensou 07 eppendorfs vazios de cocaína (DOC. 2 – FL. 32).

Ocorre que a defesa alega a nulidade dessa condenação ao argumento de que, em síntese, *a 'fundada suspeita' para a abordagem policial que deu azo à revista corporal e à apreensão da droga (1,53 gramas) foi fundada essencialmente na cor da pele (negra) do suspeito*. Para tanto, invoca este

HC 208240 / SP

trecho do Auto de Prisão em Flagrante:

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

HC 208240 / SP

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.

Ao contrário do alegado, não há como compreender, à luz dos elementos dos autos, que a medida de busca pessoal implementada pelos policiais militares se deu em razão da cor do paciente.

Isso porque existe, inequivocamente, a descrição de um contexto razoável para efetivação da abordagem policial, feita a partir de evidências objetivas que apontaram uma atitude suspeita. Esse quadro fático, descrito no Auto de Prisão em Flagrante, não pode ser ignorado: os policiais militares, *“ao passarem pelo local dos fatos, conhecido ponto de tráfico de drogas, que inclusive nesta data foi alvo de dois outros flagrantes contra outros traficantes que lá atuam, observaram que o investigado negociava algo com o motorista de um carro, sendo que ao perceberem a aproximação da viatura policial um deles empreendeu fuga com o carro enquanto que o investigado arremessou algo no chão e saiu andando, motivando sua abordagem, que foi exitosa em localizar pinos de cocaína embalados individualmente”* (Doc. 2 - fl. 29).

Além da atitude suspeita em local conhecido pelo tráfico de drogas, também não se pode ignorar, nesse exame, a experiência de policiais responsáveis por patrulhamento ostensivo. A propósito, esse fator foi descrito no relatório policial, a saber: *o suspeito ao perceber a aproximação da viatura policial mudou o semblante e saiu andando sorrateiramente jogando algo no chão. O motorista que estava no veículo iniciou marcha e saiu repentinamente. Os policiais abordaram o suspeito, já conhecido de vista por sempre estar naquele local, sabendo que era envolvido com o tráfico de drogas* (Doc. 2 – fl. 98).

Conforme já decidiu esta CORTE, “Se um agente do Estado não puder realizar abordagem em via pública a partir de comportamentos suspeitos do alvo, tais como fuga, gesticulações e demais reações típicas,

HC 208240 / SP

já conhecidas pela ciência aplicada à atividade policial, haverá sério comprometimento do exercício da segurança pública” (RHC 229514 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 23/10/2023).

Outra circunstância que não pode passar despercebida é que o paciente, em seu interrogatório em sede policial, afirmou que a região, realmente, é conhecida pela comercialização de entorpecentes, a confirmar os depoimentos dos agentes públicos, cujo teor indica, inclusive, a existência de prisões naquela localidade, no mesmo dia em que o paciente fora abordado, relacionada ao comércio espúrio de drogas. Veja-se a declaração do paciente:

QUE JÁ FOI PRESO E PROCESSADO CRIMINALMENTE POR FURTO E ROUBO; QUE SAIU DA CADEIA EM JANEIRO DE 2016; QUE NÃO FOI AGREDIDO EM DECORRÊNCIA DE SUA PRISÃO; QUE É SOLTEIRO MAS TEM UM FILHO DE 16 ANOS QUE MORA COM A MÃE; QUE TRABALHA COMO CABELEIREIRO E TEM UM SALÃO CASEIRO E ATUA EM SUA PRÓPRIA RESIDÊNCIA; QUE TEM RENDA APROXIMADA DE R\$ 1.500,00; QUE É USUÁRIO DE COCAÍNA DESDE 18 ANOS DE IDADE; QUE É RESIDENTE NA VILA INDUSTRIAL E FREQUENTA UM PONTO DE VENDA DE DROGAS EXISTENTE NAQUELE BAIRRO PRÓXIMO DA RUA SANTA TEREZA; QUE COMO DISSE FOI ATÉ A BIQUEIRA COMPRAR COCAÍNA; QUE ESTAVA COM R\$ 110,00 E ACABOU COMPRANDO 5 PINOS DE COCAÍNA PARA CONSUMO PESSOAL; QUE COMPROU 4 PINOS E GANHOU UM, SENDO QUE CADA UM CUSTA R\$ 10,00; QUE COMPROU A DROGA DE UM INDIVÍDUO DESCONHECIDO; QUE FOI ABORDADO POR POLICIAIS COM 5 PINOS NO BOLSO, SENDO QUE NÃO HAVIA CONSUMIDO NENHUM AINDA; QUE NÃO ESTAVA NA POSSE DE PINOS VAZIOS DE COCAÍNA; QUE NÃO É TRAFICANTE DE DROGA, MAS APENAS USUÁRIO DE COCAÍNA; QUE É INOCENTE; QUE RECEBU AUXÍLIO EMERGENCIAL DO GOVERNO FEDERAL. (Doc. 2 – fl. 33).

HC 208240 / SP

Essa constatação também foi registrada na sentença: *No local, eram frequentes prisões por tráfico de drogas. O local fica próximo de um 'motel'. A 'biqueira é famosa por rodar 24 horas'* (Doc. 3 – fl. 32).

Aliás, a própria defesa, em pedido de liberdade provisória, registrou: *No dia dos fatos, como de costume, foi na 'biqueira' próximo da residência, para adquirir 5 (cinco) pinos do referido entorpecente* (Doc. 2 - fl. 73).

Então, quais os elementos que a sentença, a partir da denúncia e da instrução, utilizou para a condenação? Exatamente que se tratava de uma *biqueira*, de uma boca de fumo.

Nesse ponto, cito exemplos concretos para ilustrar a situação ora em discussão: saída de templos ou igrejas na periferia, onde a polícia chega em determinados grupos e aborda somente o negro; bares onde pessoas estão assistindo a jogos de futebol e a polícia chega e aborda somente negros; ou, se o negro está sozinho em um bar, vendo o jogo ou tomando uma cerveja, ele é abordado. Claramente perfilamento racial!

Outra coisa é ir a qualquer boca de fumo, é um *modus operandi*: o carro chega; quem vende a droga vai até o carro, levando pouca quantidade, vende, pega o dinheiro e sai. O outro carro chega, e assim por diante. Para o *modus operandi* não importa se o vendedor, ou o comprador, é homem, mulher, branco ou negro. Em hipótese diversa, utilizando esse *modus operandi*, se o motorista do carro fosse branco, o vendedor fosse branco, a polícia não teria abordado? O *modus operandi* de venda de drogas no país todo, na verdade no mundo todo, é esse - no varejo.

Por isso fiz questão de referir que isso não foi salientado em primeira instância, nem em segunda instância, porque, se o fosse, o Ministério Público poderia ter, sob o crivo do contraditório, colocado outras provas, como por exemplo: não, esse não é o *modus operandi*. O Ministério Público comprovaria com não sei quantos boletins de ocorrência, inquéritos policiais, que esse é o *modus operandi*, e, na sequência, com o protocolo policial, que consta na denúncia, nas provas, na sentença e no acórdão. A polícia toca a sirene, liga o giroflex, e vai fazer a abordagem. Esse também

HC 208240 / SP

é o *modus operandi* policial. E isso foi feito. Em nenhum momento o próprio réu disse que saiu, de alguma forma, desse *modus operandi*. O que gerou a fundada suspeita na polícia de atuar? O *modus operandi* regular em uma *boca de fumo*.

O que importa aqui é que não só os policiais, como também o réu, ora paciente, concordam que aquele ponto, aquele local é um ponto de venda de drogas. Então, por que a polícia abordou? Porque aquele ponto, em Bauru/SP, é conhecido como ponto de venda de drogas, e o *modus operandi* ia ser realizado, *modus operandi* de venda de drogas. Esse é o ponto.

Então, parece-me que, aqui, o requisito essencial para caracterização do perfilamento racial, qual seja, a existência de um procedimento em que as forças policiais fazem uso de generalizações fundadas na raça, não é observado. Não houve essa generalização. Não há comprovação, nem houve alegação da defesa disso. O que se tem, sim, é a prática do crime em local conhecido como ponto de venda de drogas, e o procedimento realizado foi o necessário.

Não há a possibilidade de dizer que, neste caso, houve provas de perfilamento racial. Se não houvesse nenhum outro indício que tivesse gerado a fundada suspeita, até poderíamos, por exclusão, chegar a isso.

Todos esses são fatos - notório local de venda de drogas, de boca de fumo, que o próprio réu também alegou em seu depoimento, e o *modus operandi* da compra e venda - levaram à legalidade da busca pessoal realizada pela polícia, sob pena - obviamente, temos que combater, com rigor, casos em que tenham o perfilamento racial - de inviabilizarmos a atuação policial em locais sabidamente de tráfico de drogas e com procedimento de compra e venda. É uma linha tênue em relação a isso. Por isso, ressalto que não há provas necessárias para a questão do perfilamento, tanto que a própria defesa, durante toda a instrução, não a alegou.

Assim, para além da inexistência de prévio debate da questão nas instâncias ordinárias, sob o crivo do contraditório, todas as circunstâncias aqui indicadas não autorizam a concluir, com a devida vênia, que a

HC 208240 / SP

autoridade policial tenha feito a abordagem do suspeito em razão de sua cor.

Se não bastasse isso, consoante dados enviados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, *realizou-se uma análise detalhada sobre a concentração de eventos criminais na área circundante da Rua Santa Teresa, em Bauru, constatando-se uma alta demanda de chamadas para atendimento de ocorrências relacionadas ao uso e comércio de drogas, o que caracteriza a região como um ponto crítico para tal atividade* [segundo a denúncia o crime ocorreu no dia 30 de maio de 2020, na Rua Santa Tereza, na cidade de Bauru-SP].

Ou seja, não se trata de uma mera suposição de que o local em questão corresponda a uma “*boca de fumo*”. Na realidade, a partir de dados empíricos, observa-se que a região é um dos locais mais críticos em termos de apreensão de drogas, e, por isso, *observou-se uma significativa atuação de fiscalização por parte dos policiais nas áreas de maior concentração de eventos criminais, incluindo a vizinhança da rua em questão*. Inclusive, o próprio paciente confirma os dados citados, ao afirmar que teria se dirigido ao bairro com a intenção única de adquirir drogas.

Além disso, ainda de acordo com as informações disponibilizadas pela SSP/SP, foram realizados “32 flagrantes” na Rua Santa Teresa relacionados ao crime de tráfico, no período compreendido entre 1º de abril e 30 de junho de 2020. E, *ao se analisar as proporções por cor de pele dos detidos em ocorrências com drogas no município, é possível constatar que cerca de 45,21% são brancos, 44,75% são pardos e 10,05% são pretos*.

Dessa forma, no mesmo período em que ocorreu o flagrante do paciente, diversos outros foram realizados (envolvendo pessoas brancas, negras e pardas), na mesma região e nas mesmas condições procedimentais.

A esse propósito, destaco que, de acordo com o Boletim de Ocorrência 7964/2020 (PCSP, CPJ BAURU), disponibilizado pela SSP/SP, foi registrado uma prisão em flagrante no mesmo dia, no mesmo período e no mesmo local da conduta objeto desta impetração. Segundo o documento, *os policiais militares receberam denúncia anônima via 190 de que*

HC 208240 / SP

na quadra 04 da Rua Santa Tereza indivíduo do sexo masculino, pele branca, cabelos grisalhos, magro e alto, em uma Kombi de cor branca, praticava comércio de drogas.

Desse modo, a alegação defensiva de que a busca pessoal teria sido feita com base primordialmente no fato de o paciente ser negro não se sustenta, pois, como visto a título de exemplo, os policiais efetuaram outro flagrante nas mesmas condições procedimentais contra um indivíduo branco, além das diversas outras prisões efetuadas no período, conforme registrado pela SSP/SP.

Portanto, não procede a alegação de nulidade da busca pessoal realizada contra o paciente, por suposta motivação racial, haja vista que o procedimento policial teria ocorrido, e ocorreu, independentemente da cor de sua pele, justificado pelas condições do local e das circunstâncias concretas em que o paciente se encontrava no momento da abordagem.

Diante do exposto, INDEFIRO a ordem de *HABEAS CORPUS*.

É o voto.

02/03/2023

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 208.240 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, boa tarde! Na pessoa de Vossa Excelência, cumprimento todos os Colegas.

Também louvo a profundidade dos votos que foram proferidos na sessão de hoje, a partir do voto do eminente Relator, que traz um problema, como já foi destacado pelos Colegas que divergiram de Sua Excelência. Realmente, talvez esse caso não fosse o melhor para tratarmos desse tema.

Como há circunstâncias específicas que foram destacadas, vou pedir vênia ao Ministro **Edson Fachin**, cumprimentando Sua Excelência pela importância do voto que trouxe e por sua profundidade; mas, no caso concreto, vou acompanhar a divergência.

Como estou em sistema virtual, peço vênia ao Ministro **Luiz Fux** e aos outros Colegas para adiantar meu posicionamento e já deixar meu voto registrado no sentido de acompanhar a divergência. Ademais, também ressalto a importância dessa discussão, que talvez precise, mais à frente, de uma nova data para que seja finalizada.

Portanto, Senhora Presidente, acompanho a divergência.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 208.240

PROCED. : 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 (77742/RS) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : CRISTIANO AVILA MARONNA (122486/SP)

ADV.(A/S) : POLIANA FERREIRA (52789/BA) 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 (118584/SP) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : SHEILA SANTANA DE CARVALHO (343588/SP)

ADV.(A/S) : AGATHA REGINA ABREU DE MIRANDA (415552/SP)

AM. CURIAE. : FRANCISCO DE ASSIS: EDUCACAO, CIDADANIA, INCLUSAO E DIREITOS HUMANOS

AM. CURIAE. : EDUCAFRO BRASIL

ADV.(A/S) : NAUE BERNARDO PINHEIRO DE AZEVEDO (56785/DF)

ADV.(A/S) : HECTOR LUIS CORDEIRO VIEIRA (26762/DF)

ADV.(A/S) : BEETHOVEN NASCIMENTO DE ANDRADE (56171/DF)

ADV.(A/S) : PATRICIA CAMPOS GUIMARAES DE SOUZA (35315/DF)

ADV.(A/S) : CARLOS AUGUSTO DE SOUZA SANTOS (168199/MG)

AM. CURIAE. : INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA SOBRE DROGAS

ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA (41509/DF, 7725/PI, 248102/RJ)

AM. CURIAE. : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GENERO - GADVS

ADV.(A/S) : HEDIO SILVA JUNIOR (204265/RJ, 146736/SP)

ADV.(A/S) : SILVIA VIRGINIA SILVA DE SOUZA (372470/SP)

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (242668/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DOS DIREITOS DAS RELIGIOES AFRO-BRASILEIRAS - IDAFRO

ADV.(A/S) : HEDIO SILVA JUNIOR (204265/RJ, 146736/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS

ADV.(A/S) : RAQUEL LIMA SCALCON (86286/RS, 439421/SP)

ADV.(A/S) : THEUAN CARVALHO GOMES DA SILVA (343446/SP)

ADV.(A/S) : JOAO VICENTE TINOCO (211245/RJ)

ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA (65698/DF)

ADV.(A/S) : RENATO STANZIOLA VIEIRA (189066/SP)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo paciente, o Dr. Fernando Rodolfo Mercês Moris, Defensor Público do Estado de São Paulo; pelo *amicus curiae* Conectas Direitos Humanos, o Dr. Gabriel de Carvalho Sampaio; pelo *amicus curiae* Iniciativa Negra Por Uma Nova Política Sobre Drogas, o Dr. Rodrigo Mesquita; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos, a Dra. Priscila Pamela Cesario dos Santos; pelos *amici curiae* Coalizão Negra por Direitos e Instituto Referência Negra Peregrum, a Dra. Ágatha Regina Abreu de Miranda; pelo *amicus curiae* Educafro Brasil, o Dr. Nauê Bernardo Pinheiro de Azevedo; pelos *amici curiae* Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero - GADvS e Instituto de Defesa dos Direitos das Religiões Afro-Brasileiras - IDAFRO, a Dra. Sílvia Virginia Silva de Souza; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, a Dra. Deborah Duprat; pelo *amicus curiae* Justa, o Dr. Cristiano Maronna; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a Dra. Livia Casseres, Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro; e, pela Procuradoria-Geral da República, a Dra. Lindôra Maria Araújo, Vice-Procuradora-Geral da República. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Nunes Marques. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 1º.3.2023.

Decisão: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que não conhecia do *habeas corpus*, mas concedia 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; e dos votos dos Ministros André Mendonça, Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, que denegavam a ordem, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes, Roberto Barroso e Nunes Marques. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 2.3.2023.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e André Mendonça.

Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Roberto Barroso e Nunes Marques.

Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

08/03/2023

PLENÁRIO

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

HC 208240 / SP

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)	:JOÃO 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
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA ADVOCACIA NEGRA
ADV.(A/S)	:MARCOS ANDRE DE PAULA OLIVEIRA

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Boa tarde, Senhora Presidente. Senhora Ministra Cármen Lúcia, Senhores Ministros, Senhora Vice-Procuradora-Geral da República, Senhores Advogados, meu boa-tarde a todos!

Passo direto ao voto, Ministra Rosa Weber, não sem antes registrar que comungo da preocupação, legítima e atual, do eminente Relator e dos demais Ministros que me antecederam no sentido da necessidade de se afastar qualquer conduta de agentes públicos de segurança que possa caracterizar perfilamento racial. De fato, não se pode fechar os olhos para a ocorrência de práticas nefastas de racismo ainda presentes em nosso país e no mundo. Trata-se de chaga infame e, infelizmente, difícil de ser extirpada, pelo que deve continuar a ser combatida com rigor.

Se, por um lado, é impossível negar que há racismo no Brasil, por

HC 208240 / SP

outro, destaco ser muito positiva a preocupação desta Corte e de toda a sociedade brasileira em combatê-lo. Essa luta mereceu especial atenção, já na década de 1980, do constituinte originário, que, em razão da gravidade da ofensa, optou, excepcionalmente, por tornar a prática do racismo crime imprescritível, nos termos do art. 5º, XLII, da Carta Federal.

Somos um povo miscigenado, oriundo de diversas etnias e culturas, mas, felizmente, vemo-nos todos como um só povo, o povo brasileiro, e assim deve ser. Por isso, é de especial importância que o racismo seja combatido aqui até que dele não haja mais qualquer resquício, porquanto, além de ser um comportamento extremamente injusto e repulsivo, representa perigoso fator de desagregação social, considerada nossa realidade multiétnica.

Todavia, da análise cuidadosa do contexto fático-probatório destes autos, não vislumbro, *permissa venia*, ter havido perfilamento racial a motivar a busca pessoal realizada no paciente pelos agentes policiais, seguida da apreensão da droga.

Concordo com o que foi dito pelos Ministros que abriram divergência. Peço vênias ao eminente Relator – e afasto o que digo da hipótese dos autos –, mas imaginemos um traficante contumaz, em um caso como esse, absolvido por perfilamento. Imaginemos o dia seguinte. Ele viraria um herói no País, e todo o esforço feito pelos grupos que lutam contra o racismo, por centenas de brasileiros que se irmanam para rechaçá-lo, iria simplesmente pelo ralo. Temos de ter cuidado com a escolha do caso. Não divirjo do eminente Relator em relação à preocupação, mas penso que, neste caso, o contexto fático-probatório deixa clara uma outra circunstância.

08/03/2023**PLENÁRIO****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

HC 208240 / SP

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)	:JOÃO 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
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA ADVOCACIA NEGRA
ADV.(A/S)	:MARCOS ANDRE DE PAULA OLIVEIRA

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Neste *habeas corpus*, a defesa de Francisco Cicero dos Santos Junior impugna acórdão do Superior Tribunal de Justiça assim ementado (eDoc 3, fls. 174-192):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. 1,53 GRAMAS DE COCAÍNA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DOSIMETRIA. DESPROPORCIONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE COM FUNDAMENTO EM ANTECEDENTES CRIMINAIS. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO JUSTIFICA AFASTAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ÍNFINA QUANTIDADE QUE DEVE PREVALECER SOBRE A REINCIDÊNCIA, PERMITINDO FIXAR REGIME MAIS BRANDO E SUBSTITUIR A REPRIMENDA. FLAGRANTE

HC 208240 / SP

ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA À UNANIMIDADE.

AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EIVADO DE NULIDADE. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA ORIGINADA EM ELEMENTO INIDÔNEO. COR DA PELE NÃO PODE CONFIGURAR ELEMENTO CONCRETO INDICIÁRIO DE DESCONFIANÇA DO AGENTE DE SEGURANÇA PÚBLICA. ILICITUDE DOS ELEMENTOS DE PROVA QUE EMBASARAM A CONDENAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONVICÇÃO DO RELATOR NÃO ACOMPANHADA NA SEXTA TURMA.

1. A valoração negativa da personalidade com fundamento nas condenações transitadas em julgado não encontra respaldo na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada no sentido de que eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte (EAREsp n. 1.311.636/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 26/4/2019 – grifo nosso).

2. A ínfima quantidade da droga apreendida não justifica o afastamento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo perfeitamente cabível a sua aplicação em patamar intermediário (1/2), diante da reincidência.

3. Ordem concedida para redimensionar a pena, com modificação do regime e reconhecida a possibilidade de substituição da pena por duas restritivas de direito a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

4. Busca pessoal do paciente feita em razão de o mesmo ser negro conforme depoimento dos responsáveis pelo flagrante: “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

HC 208240 / SP

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” e “QUE AO SE APROXIMAREM DA RUA SANTA TERESA VIRAM UM INDIVÍDUO NEGRO QUE ‘SERVIA’ ALGUM USUÁRIO DE DROGA EM UM CARRO DE COR CLARA”.

5. A cor da pele do paciente foi o que, considerando o depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante, despertou a suspeita que justificou a busca pessoal no paciente. Ainda que não tenha sido somente a cor da pele, mas, sim, todo o contexto, como estar o indivíduo ao lado de veículo, em atitude de mercancia, em área de tráfico, pela experiência dos policiais, a meu ver, a cor da pele foi o fator que primeiramente despertou a atenção do agente de segurança pública, o que não pode ser admitido.

6. Este Superior Tribunal de Justiça por diversas vezes constatou abusos praticados pelas forças policiais na execução das buscas pessoal e domiciliar, concedendo a ordem para reconhecer a nulidade das provas obtidas nessas buscas irregulares, com a consequente absolvição dos acusados.

7. Não se pode ter como elemento ensejador da fundada suspeita a convicção do agente policial despertada a partir da cor da pele, como descrito no Auto de Prisão em Flagrante constante dos autos, sob o risco de ratificação de condutas tirânicas violadoras de direitos e garantias individuais, a configurar tanto o abuso de poder, quanto o racismo.

8. Nula a abordagem realizada pelos policiais militares, diante da manifesta ausência de fundada suspeita de o paciente estar portando drogas no momento da abordagem, acarretando a ilicitude das provas obtidas por meio da busca pessoal.

9. Ausentes os elementos probatórios que ensejaram a condenação, a sentença deverá ser anulada, absolvendo-se o paciente por ausência de provas da materialidade do delito.

10. Na sessão de julgamento de 14/9/2021, a Sexta Turma não acompanhou o Relator na concessão da ordem de ofício,

HC 208240 / SP

quanto à ilegalidade da busca pessoal, à minguada de fundada suspeita.

9. Ordem concedida, à unanimidade, nos termos da impetração, a fim de redimensionar a pena para 2 anos e 11 meses de reclusão, além de 250 dias-multa, no valor mínimo legal, e, de ofício, para estabelecer o regime aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

(HC 660.930, ministro Sebastião Reis Júnior)

Sustenta, em síntese, ausência de tipicidade material da conduta, ao fundamento de que, no caso concreto, foi apreendida apenas 1,53 grama de cocaína em poder do réu, razão pela qual é possível a incidência do princípio da insignificância na espécie, impondo-se a superação da construção pretoriana no sentido de que o referido princípio não se aplica ao crime de tráfico de entorpecentes.

Argumenta, ainda, que o réu deve ser absolvido também em razão da inexistência de provas para a condenação, por ser a prova da materialidade do delito (droga apreendida com o réu) ilícita por derivação, uma vez que a abordagem policial foi realizada em decorrência de “perfilamento racial”.

Postula, ao fim, a concessão da ordem para que seja absolvido, em razão da atipicidade material da conduta (princípio da insignificância) e da inexistência de provas da materialidade do delito, como consequência do reconhecimento da ilicitude da apreensão. Busca, em caráter subsidiário, a desclassificação para o delito de porte de drogas para uso pessoal.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pela denegação da ordem. Transcrevo a ementa:

HC 208240 / SP

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE DA PROVA. SUPOSTO PERFILAMENTO RACIAL. NÃO OCORRÊNCIA. ABORDAGEM DO PACIENTE DECORRENTE DE FUNDADOS INDÍCIOS DA PRÁTICA DE CRIME. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA ELEITA INADEQUADA. PARECER PELA DENEGAÇÃO DO WRIT.

É o relato do essencial. Passo ao voto.

1. Da licitude da busca e apreensão

Embora, no caso em exame, divirja da conclusão adotada pelo eminente Relator, cabe-me o registro de que comungo da preocupação legítima e atual de Sua Excelência e dos demais Ministros que me antecederam, no sentido da necessidade de se afastar qualquer conduta de agentes públicos de segurança que possa caracterizar perfilamento racial.

De fato, não se pode fechar os olhos para a ocorrência de práticas nefastas de racismo ainda presentes em nosso país e no mundo. Trata-se de chaga infame e, infelizmente, difícil de ser extirpada, pelo que deve continuar a ser combatida com rigor.

Se, por um lado, é impossível negar que há racismo no Brasil, por outro, destaco ser muito positiva a preocupação desta Corte e de toda a sociedade brasileira em combatê-lo. Essa luta mereceu especial atenção do constituinte originário, já na década de 1980, que, em razão da gravidade da ofensa, optou, excepcionalmente, por tornar a prática do racismo crime imprescritível, nos termos do art. 5º, XLII, da Carta

HC 208240 / SP

Federal.

Somos um povo miscigenado, oriundo de diversas etnias e culturas, mas felizmente nos vemos todos como um só povo, o povo brasileiro! E assim deve ser. Por isso, é de especial importância que o racismo seja combatido aqui até que dele não haja mais qualquer resquício, porquanto, além de ser um comportamento extremamente injusto e repulsivo, representa perigoso fator de desagregação social, considerada nossa realidade multiétnica.

Todavia, da análise cuidadosa do contexto fático-probatório destes autos, não vislumbro, *permissa venia*, ter havido perfilamento racial a motivar a busca pessoal realizada no paciente pelos agentes policiais, seguida da apreensão da droga.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, ao afastar a alegada ilicitude da abordagem policial e da busca pessoal a que foi submetido o paciente e, em consequência, a concessão de ofício, nesse ponto, da ordem de *habeas corpus*, fundamentou-se nos depoimentos dos policiais que realizaram a prisão em flagrante. Confira-se fragmento do acórdão impugnado nesta impetração:

O depoimento do condutor do flagrante, policial militar do Estado de São Paulo, trouxe-me um questionamento sobre a fundada suspeita da ocorrência de crime, justificadora da busca pessoal realizada no paciente, que me fez trazer o presente feito à apreciação da Sexta Turma, diante da seriedade da questão (fl. 29 – grifo nosso):

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

HC 208240 / SP

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

HC 208240 / SP

MUITO FINO E EM QUANTIDADE QUE É IMPOSSÍVEL A ARRECADAÇÃO; QUE EM SEGUIDA CONDUZIU O INVESTIGADO ATÉ ESTE PLANTÃO POLICIAL.

O seu parceiro de atividade policial assim apresentou sua versão dos fatos (fl. 30 – grifo nosso):

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.

HC 208240 / SP

(Grifos originais)

A parte impetrante alega que “a ‘fundada suspeita’ para a abordagem policial que deu azo à revista corporal e à apreensão da droga [...] foi fundada essencialmente na cor da pele (negra) do suspeito, o que configura perfeito exemplo de perfilamento racial”.

Observo, no entanto, da leitura dos depoimentos dos policiais transcritos no acórdão impugnado a referência não apenas à cor da pele do paciente mas também ao fato de que ele **“estava em cena típica de tráfico de drogas, uma vez que ele estava em pé junto ao meio-fio da via pública e um veículo estava parado junto a ele como se estivesse vendendo/comprando algo”**; que ele **“ ‘servia’ algum usuário de droga em um carro”**, e que ele, **“ao perceber a aproximação da viatura policial, mudou o semblante e saiu andando sorrateiramente jogando algo no chão”**, além do que o local onde ocorreu a apreensão **“é conhecido ponto de tráfico de drogas”**.

A sentença condenatória, diante da prova produzida nos autos, considerou lícita a abordagem policial, apontando, também, as circunstâncias em que se deu a busca pessoal, nos seguintes termos (eDoc 3, fls. 35-36):

Destaco, ainda, que a ação policial foi legítima, uma vez que os milicianos efetuavam o patrulhamento em área conhecida pelo comércio de entorpecentes, quando avistaram o acusado realizando **“gestos de troca” com o motorista do veículo que passava na localidade. Isso sem falar que, tais indivíduos, ao perceberem a aproximação da viatura, tentaram empreender fuga, sendo que o acusado dispensou sete eppendofs vazios de cocaína, visando se esquivar da abordagem policial.**

Não fica nenhuma dúvida para o julgador quanto à materialidade do delito e a destinação de tráfico daquelas drogas. Além disso, o entorpecente estava acondicionado em

HC 208240 / SP

porções individuais, de forma própria para a venda, o que reforça tal conclusão. **Dessa forma, tem-se que o fato de o acusado ter sido visto em “gestos típicos de traficância”, em local conhecido por ser ponto de venda de drogas, somado a sua tentativa de fuga e arremesso dos sete eppendorfs vazios evidenciam a prática do delito do art. 33, da Lei 11.343/2006.**

Nessa esteira, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo consignou, por sua vez, que (eDoc 3, fls. 113-114):

“Segundo apurado, policiais em patrulhamento por local conhecido como ponto de venda de drogas visualizaram o acusado, **no meio da via pública, entregando algo para motorista de automóvel, em atividade suspeita, aparentemente comercializando drogas.** Ao perceberem a aproximação policial, dispersaram-se em direções distintas. O motorista empreendeu marcha e não foi localizado. O réu tentou fugir correndo, mas foi alcançado pelos policiais. Durante a fuga, dispensou ao solo “eppendorfs” vazios. Em revista pessoal, os agentes estatais encontraram as porções de cocaína e o dinheiro, em notas trocadas. Indagado, informalmente, teria admitido a traficância, relatando que recebia quatro porções como forma de pagamento para cada quatorze vendidas.

Bem caracterizado o tráfico de drogas.

[...]

Os policiais atuantes na ocorrência relataram os fatos com segurança e coerência. **Em patrulhamento por local conhecido como ponto de venda de drogas, visualizaram o acusado, já conhecido, em atividade suspeita, pois estava em pé, no meio da rua, entregando algo para o motorista de automóvel. Ao perceber a aproximação policial, tentou deixar o local e dispensou pinos plásticos vazios ao solo. Alcançado e realizada revista pessoal, os agentes estatais encontraram com o réu cinco porções de cocaína, além de R\$80,00, em dinheiro trocado. Questionado, Francisco admitiu informalmente o**

HC 208240 / SP

comércio de drogas. Disse que recebia porções da droga como pagamento pela mercancia ilícita. Os policiais ainda contaram que o acusado era conhecido de outras incursões no local, porquanto gritava avisando indivíduos na outra esquina quando a viatura se aproximava.

Em suma, em que pese o esforço da defesa, nenhum dado concreto foi trazido a permitir ou tornar duvidoso o relato dos agentes.

Como se vê, o suporte probatório examinado nas instâncias ordinárias demonstra a existência de diversos elementos fáticos, dotados de consistência, e que, objetivamente, convergiram para justificar a busca pessoal realizada no paciente e a apreensão da droga encontrada em seu poder, quais sejam: **(a)** visualização, pelos agentes policiais, de cena indicativa de suspeita de tráfico de drogas, dado que o paciente se encontrava em pé, junto ao meio-fio da via pública, entregando algo para o condutor do veículo, como se estivesse comprando/vendendo algo, em ponto notoriamente conhecido como sendo de tráfico de drogas; **(b)** tentativa do paciente, ao perceber a aproximação dos policiais, de evadir-se sorrateiramente enquanto jogava algo no chão; **(c)** arrancada do veículo até então parado, em virtude da aproximação dos policiais; **(d)** identificação anterior do paciente no mesmo local em atividade suspeita; **(e)** lugar reconhecido pela prática do tráfico de drogas, onde, durante a madrugada e a manhã, houvera prisão de outros indivíduos em razão do cometimento do mesmo crime.

Diante desse cenário, não há como se concluir, *data venia*, que a fundada suspeita para realização da busca pessoal no paciente teria sido a cor de sua pele, mas, sim, o conjunto indissociável das circunstâncias objetivas que compõem a cena em que este foi flagrado cometendo o ilícito penal.

A menção à cor da pele do paciente teve finalidade puramente descritiva, em ordem a permitir a sua identificação e reconhecimento,

HC 208240 / SP

conforme se verifica dos depoimentos dos policiais.

Some-se a isso o fato de que o delito de tráfico de drogas tem natureza permanente, cuja consumação se protraí no tempo, o que, nas circunstâncias acima apontadas, conferiu legitimidade à busca pessoal realizada no paciente e à apreensão da droga.

Pedindo novamente respeitosa *venia*, não me parece encontrar sustentáculo nas provas destes autos a argumentação apresentada em aditamento ao voto vencido proferido pelo Relator do *Habeas Corpus* n. 660.930, no sentido de que, *“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”* (eDoc 3, fl. 190).

Ora, da reconstituição da cena do flagrante de delito, percebe-se que os policiais visualizaram o paciente, inicialmente, a uma distância considerável (“ao longe”, conforme depoimento do policial condutor acima transcrito), e ainda interagindo com o condutor de um veículo parado em via pública, em ato de mercancia, como se estivesse entregando algum objeto. Tais circunstâncias dificultam a realização de uma descrição mais detalhada e precisa com o apontamento de outras características pessoais para fins de identificação do suspeito. Daí mostrar-se natural que, de início, haja o apontamento, com finalidade descritiva, de um dos traços físicos de visualização mais fácil e rápida, como a cor da pele, por exemplo.

Além disso, quanto ao argumento de que *“a expressão ‘cor negra’ foi usada pelos dois policiais e nenhuma outra circunstância relevante foi considerada para justificar a revista pessoal – não havia campana prévia ou denúncia anônima, por exemplo –”* (eDoc 3, fl. 190), observo que os agentes policiais apontaram que, no local, havia a prática do tráfico de drogas, uma vez que, durante a madrugada e manhã, houve prisão de outros

HC 208240 / SP

indivíduos em razão do cometimento do mesmo crime naquelas imediações.

Nessa mesma linha foi o parecer apresentado pelo Ministério Público Federal, cujo teor colaciono e adoto como razão de decidir:

Com a devida vênia ao E. Ministro Sebastião Reis Júnior, não é possível se concluir dos depoimentos dos policiais que a abordagem ocorreu em virtude da cor da pele do paciente. A referência à cor da pele se deu no contexto de descrever o aspecto físico do autor da conduta sob apuração, como se evidencia da narrativa dos policiais.

Os indícios de que o paciente estava envolvido em alguma ação ilícita, os quais justificaram a abordagem, ocorreram não em razão da raça, mas pelos elementos que envolviam a própria conduta, discriminados detalhadamente pelos militares, tais como a presença do preso em conhecido ponto de tráfico de drogas, a sua postura – que se encontrava em pé, junto ao meio-fio da via pública e a um veículo, aparentemente em atividade de mercancia –, o fato de haver mudado “o semblante” e saído “andando sorrateiramente e jogando algo no chão” e de ser “sempre visto naquele local em atividade suspeita”, assim como em decorrência de o motorista do veículo haver se evadido do local, após notar a presença dos policiais.

Desse modo, forçoso concluir que não há nulidade a afetar a validade da abordagem do paciente e da apreensão da droga em sua posse.

(eDoc 9, fl. 14)

Em suma, renovando meu pedido de respeitosas vênias ao eminente Relator e àqueles que pensam de forma diversa, concluo que as circunstâncias de fato que antecederam e permearam a realização da busca pessoal no paciente não conduzem à caracterização da ocorrência de perfilamento racial na espécie em julgamento.

HC 208240 / SP

2. Da inaplicabilidade do princípio da insignificância

O Supremo Tribunal Federal já firmou orientação no sentido da aplicabilidade do princípio da insignificância no sistema penal brasileiro desde que preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) mínima ofensividade da conduta do agente, b) nenhuma periculosidade social da ação, c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412, ministro Celso de Mello).

Na presença desses quatro vetores objetivos, relacionados ao fato e não às características pessoais do autor, tal princípio incidirá para afastar, no plano material, a própria tipicidade da conduta diante da ausência de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Na espécie, porém, a análise dos autos conduz, seguramente, ao reconhecimento da inexistência de fato que se possa considerar insignificante, seja porque o delito em questão é de **perigo abstrato**, não se aplicando a ele o princípio da insignificância, seja porque o paciente é **reincidente**, tendo sido já condenado pela prática de dois crimes de furto e um roubo (eDoc 2, fls. 58-69), revestindo-se sua conduta ilícita de grau maior de reprovabilidade.

O tráfico de drogas, como é cediço, constitui crime de perigo abstrato, tendo o legislador estabelecido presunção, *juris et de jure*, de que a produção e o comércio de substância entorpecente proscriita causam dano à saúde pública, independentemente de prova em sentido contrário.

Observa Nelson Hungria, a propósito, que o perigo abstrato é aquele em que a lei institui presunção, *juris et de jure*, inserta em determinado fato, pouco importando que não se realize, no caso concreto, por alguma circunstância excepcional, um perigo efetivo. Já o perigo concreto é o que se verifica realmente, dependendo de tal verificação (ocorrência) a

HC 208240 / SP

existência do crime.¹

Leciona Guilherme de Souza Nucci, referindo-se ao princípio da insignificância, que

No contexto do tráfico ilícito de entorpecentes não nos parece aceitável. Aquele que preenche os tipos penais dos arts. 33 ou 34, ainda que seja pequena a quantidade da droga apreendida, não pode valer-se do denominado crime de bagatela, uma vez que o bem jurídico tutelado é a saúde pública e o traficante raramente se contenta em materializar o crime uma vez só.²

Também esta Corte vem adotando a compreensão no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância ao tráfico de drogas:

AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEQUENA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(HC 217.765 AgR, Primeira Turma, ministra Cármen Lúcia, julgamento em 26 de setembro de 2022 – grifei)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE OU TERATOLOGIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No caso concreto, por contrariar frontalmente a

1 Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Título VIII, vol. IX, p. 15.

2 Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 320.

HC 208240 / SP

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o *habeas corpus* não merece conhecimento, na medida em que funciona como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício.

3. Agravo regimental desprovido.

(RHC 209.140 AgR, Segunda Turma, ministro Edson Fachin, julgamento em 3 de outubro de 2022 – grifei)

Agravo regimental em *habeas corpus*. Penal e Processo Penal. Denúncia pela suposta prática de tráfico de drogas. **Apreensão de 0,4 g de cocaína. Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade.** Reincidente específico que estava em livramento condicional. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade não verificada. Decisão agravada em harmonia com a jurisprudência da Suprema Corte que orienta a matéria sob exame. Reiteração dos argumentos expostos na inicial que não infirmam os fundamentos do pronunciamento atacado. Agravo não provido.

1. A decisão ora atacada não merece reforma ou qualquer correção, pois seus fundamentos se harmonizam estritamente com a jurisprudência da Suprema Corte que orienta a matéria em questão.

2. O presente recurso mostra-se inviável, pois contém apenas a reiteração dos argumentos de defesa anteriormente expostos, sem, no entanto, revelar quaisquer elementos capazes de afastar as razões decisórias proferidas.

3. Agravo ao qual se nega provimento.

(HC 215.840 AgR, Primeira Turma, ministro Dias Toffoli, julgamento em 27 de junho de 2022 – grifei)

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. *WRIT* SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA.

HC 208240 / SP

1. Inadmissível, como regra, o emprego do *habeas corpus* como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes.

2. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando os aspectos relevantes da conduta imputada.

3. O princípio da insignificância é inaplicável ao crime de tráfico de drogas. Precedentes.

4. Agravo regimental conhecido e não provido.

(HC 216.077 AgR, Primeira Turma, ministra Rosa Weber, julgamento em 8 de agosto de 2022 – grifei)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(HC 185.681 AgR, ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgamento em 5 de agosto de 2020 – grifei)

HABEAS CORPUS – ATO INDIVIDUAL – ADEQUAÇÃO. O *habeas corpus* é adequado em se tratando de impugnação a ato de colegiado ou individual.

TRÁFICO DE DROGAS – INSIGNIFICÂNCIA – INADEQUAÇÃO. O tráfico de drogas, pouco importando a quantidade de entorpecente, constitui delito a inviabilizar a observância do princípio da insignificância, considerado o bem protegido – a saúde pública.

PRISÃO PREVENTIVA – FLAGRANTE – TRÁFICO DE DROGAS. Precedida a prisão preventiva de flagrante, em que surpreendido o agente com porção substancial de droga, tem-se sinalizada a periculosidade e, portanto, possível a custódia provisória.

(HC 182.577, Primeira Turma, ministro Marco Aurélio, julgamento em 29 de maio de 2020 – grifei)

Além disso, o fato de o réu ser reincidente, condenado pela prática

HC 208240 / SP

de dois crimes de furto e um roubo (eDoc 2, fls. 58-69), denota grau de reprovabilidade maior em sua conduta.

Importa salientar que, mesmo nos crimes patrimoniais (de perigo concreto), o princípio da insignificância, apto a afastar a tipicidade da conduta, não deve ser tido como regra geral, aplicável a partir unicamente do valor da coisa objeto do delito. Sua incidência, segundo penso, justifica-se apenas quando demonstrada nos autos a presença cumulativa dos quatro vetores objetivos que venho de referir.

Por outro lado, a contumácia ou reiteração delitiva, a multirreincidência e a reincidência específica são exemplos de elementos indicativos de reprovabilidade maior do comportamento, que, por sua vez, é fator hábil para afastar a aplicação do princípio da insignificância. Ilustram esse entendimento os seguintes precedentes:

Habeas corpus. 2. Furto a estabelecimentos comerciais de forma sucessiva. Bens de pequeno valor não avaliados. 3. Ausência de um dos vetores considerados para aplicação do princípio da insignificância: o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento. 4. Maior desvalor da conduta aliado à personalidade do agente, voltada ao cometimento de delitos patrimoniais (reincidência específica). 5. Ordem denegada.

(HC 118.040, ministro Gilmar Mendes)

2. O Tribunal Pleno, ao denegar o HC nº 123.108/MG, o HC nº 123.533/SP e o HC nº 123.734/MG (sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso), consolidou o entendimento já existente no sentido de que a habitualidade delitiva específica ou a reincidência obstam a aplicação do princípio da insignificância (Informativo nº 793/STF).

3. A inexpressividade da lesão ao bem jurídico (furto de objetos avaliados em 80 reais) não é, por si só, suficiente para o reconhecimento da atipicidade material da conduta.

HC 208240 / SP

(HC 191.126, ministro Dias Toffoli)

4. Não se mostra possível acatar a tese de atipicidade material da conduta, pois não há como afastar o elevado nível de reprovabilidade assentado pelas instâncias antecedentes, ainda mais considerando o registro do Tribunal local dando conta de que o paciente é reincidente, o que desautoriza a aplicação do princípio da insignificância, na linha da jurisprudência desta Corte.

(RHC 87.677, ministro Alexandre de Moraes)

II – O acórdão recorrido está em perfeita sintonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Com efeito, ao analisarem a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, as instâncias antecedentes, após aferirem o resultado material da conduta, ressaltaram a reincidência específica do agente (por duas vezes), além de outra condenação transitada em julgado por porte ilegal de arma de fogo, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados para impedir a incidência do princípio em questão. Precedentes.

(RHC 191.022 AgR, ministro Ricardo Lewandowski)

Vale dizer, o sucesso em invocar-se o princípio da insignificância em casos nos quais evidenciada a reiteração delitiva pode servir como incentivo à prática de novos delitos, como, inclusive, já fez ver esta Corte:

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, “o reconhecimento da insignificância material da conduta increpada ao paciente serviria muito mais como um deletério incentivo ao cometimento de novos delitos do que propriamente uma injustificada mobilização do Poder Judiciário” (HC nº 96.202/RS, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, *DJe* de 28/5/10).

3. Essas circunstâncias inibem a aplicabilidade do postulado da insignificância ao caso concreto.

HC 208240 / SP

4. Ordem denegada.

(HC 113.467, ministro Dias Toffoli)

Nessa mesma perspectiva, a aplicação do princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas constitui fator a potencializar a multiplicação de delitos da espécie, fomentando não apenas o incremento desse crime com quantidades reduzidas de entorpecentes, mas também o crescimento da atividade nos elos das cadeias criminosas em que os agentes lidam com as substâncias ilícitas em proporções maiores, o que se mostra extremamente pernicioso e deletério para o tecido social.

3. Desclassificação para o delito de porte de drogas para uso pessoal

Ressalto, por fim, quanto à pretensão subsidiária de desclassificação do crime de tráfico para o de posse de drogas para consumo pessoal, que essa matéria não foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça no acórdão impugnado no presente *habeas corpus*.

Nesse contexto, a concessão de ordem, no ponto, caracterizaria indevida supressão de instância, inexistindo, no caso, ilegalidade apta a afastar a superação do óbice. Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM *HABEAS CORPUS*. RAZÕES NÃO APRECIADAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Não se admite o *habeas corpus*, por caracterizar supressão de instância, quando as razões apresentadas pela parte impetrante não houverem sido apreciadas pelo Tribunal apontado como coator.

2. Constitui ônus do impetrante instruir adequadamente o *writ* com os documentos necessários ao exame da pretensão.

HC 208240 / SP

3. Agravo interno desprovido.

(HC 213.797 ED-AgR, Segunda Turma, da minha relatoria, julgamento em 18 de outubro de 2022)

Agravo regimental no *habeas corpus*. 2. Supressão de instância. Ausente ilegalidade a autorizar a superação do óbice. 3. Alegação de ocorrência de prescrição. Pedido improcedente. 4. Agravo improvido.

(HC 220.227 AgR, Segunda Turma, ministro Gilmar Mendes, julgamento em 28 de novembro de 2022)

Ainda, para o acolhimento da tese defensiva – desclassificação do crime para o de porte de droga destinada a uso próprio –, seria indispensável o reexame de todo o conjunto fático-probatório acima delineado, que levou as instâncias ordinárias a concluir pela caracterização do crime de tráfico de drogas, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*, que não admite dilação probatória, nos termos da jurisprudência do Supremo:

2. Inexistência de manifesto constrangimento ilegal ou teratologia no ato apontado como coator que, fundado nas especificidades circunstanciais do caso concreto, manteve o afastamento do vetor reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, para não aplicar o princípio da insignificância.

3. O acolhimento da tese defensiva demandaria o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. Precedentes.

(RHC 172.825 AgR, ministra Rosa Weber)

Dessa forma, a análise objetiva dos fatos conduz ao reconhecimento da prática do crime de tráfico de droga (cocaína), nos moldes reconhecidos pelas instâncias ordinárias.

3. Conclusão

HC 208240 / SP

Do exposto, peço vênia aos que pensam de forma diversa, para **denegar a ordem** de *habeas corpus*.

É como voto.

08/03/2023

PLENÁRIO

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

HC 208240 / SP

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
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA ADVOCACIA NEGRA
ADV.(A/S)	:MARCOS ANDRE DE PAULA OLIVEIRA

VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, gostaria de destacar que meu voto estava pronto desde a última sessão, dentro do contexto debatido por nós.

Não obstante, tanto o Ministro Alexandre Moraes quanto o Ministro Fachin trouxeram, agora, mais elementos, coadjuvantes de suas razões, que não foram objeto das nossas especulações. Por outro lado, em tema dessa grandiosidade, tendo em vista a jurisprudência emancipatória do Supremo, que tem, a todo momento, enfrentado a questão do racismo em vários lugares, entendo que deveríamos julgar essa questão com o quórum completo, e esse não está completo. Assim, irei utilizar-me do instrumento que temos.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte tem o direito de pronunciar *non liquet* quando há um desacordo moral razoável em um dado momento histórico. O momento agora não é o histórico, mas o de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se revelado emancipatória ao se tratar da questão do racismo. Isso ocorreu muito antes de entrarmos no Tribunal, quando se discutiu a questão da liberdade de expressão e a expressão dos discursos de ódio, de racismo e

HC 208240 / SP

também no *habeas corpus* em que se discutia a liberdade do autor de lançar uma obra antissemita. Aliás, esses povos têm um doído passado. Só quem já sentiu na pele pode efetivamente abordar esse tema com as merecidas preocupação e sensibilidade exigidas dos magistrados. A Lei das Sete Partidas - *Las Siete Partidas* - dizia: "os juízes devem ser homens sensíveis e saber Direito, se possível".

Estamos diante de um tema que nos reclama uma grande sensibilidade, uma grande responsabilidade, mas o Plenário não está completo.

Portanto, quero comprometer-me com Vossa Excelência no sentido de que reanalisarei as matérias trazidas pelo Ministro-Relator, Ministro Luiz Edson Fachin, sempre com argumentos sólidos, e pelo Ministro Alexandre Moraes, o qual se contrapôs com argumentos que também merecem ser sopesados.

De sorte que me comprometo com Vossa Excelência a pedir vista e trazê-la tão logo tenha ciência de que a sessão realizar-se-á com quórum completo. Aviso a Vossa Excelência, com a devida antecedência, para que possa pautá-la. Acredito ser possível isso na próxima quarta-feira.

Peço vista até a próxima quarta-feira.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 208.240

PROCED. : 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 (77742/RS) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : CRISTIANO AVILA MARONNA (122486/SP)

ADV.(A/S) : POLIANA FERREIRA (52789/BA) 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 (118584/SP) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : SHEILA SANTANA DE CARVALHO (343588/SP)

ADV.(A/S) : AGATHA REGINA ABREU DE MIRANDA (415552/SP)

AM. CURIAE. : FRANCISCO DE ASSIS: EDUCACAO, CIDADANIA, INCLUSAO E DIREITOS HUMANOS

AM. CURIAE. : EDUCAFRO BRASIL

ADV.(A/S) : NAUE BERNARDO PINHEIRO DE AZEVEDO (56785/DF)

ADV.(A/S) : HECTOR LUIS CORDEIRO VIEIRA (26762/DF)

ADV.(A/S) : BEETHOVEN NASCIMENTO DE ANDRADE (56171/DF)

ADV.(A/S) : PATRICIA CAMPOS GUIMARAES DE SOUZA (35315/DF)

ADV.(A/S) : CARLOS AUGUSTO DE SOUZA SANTOS (168199/MG)

AM. CURIAE. : INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA SOBRE DROGAS

ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA (41509/DF, 7725/PI, 248102/RJ)

AM. CURIAE. : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GENERO - GADVS

ADV.(A/S) : HEDIO SILVA JUNIOR (204265/RJ, 146736/SP)

ADV.(A/S) : SILVIA VIRGINIA SILVA DE SOUZA (372470/SP)

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (242668/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DOS DIREITOS DAS RELIGIOES AFRO-BRASILEIRAS - IDAFRO

ADV.(A/S) : HEDIO SILVA JUNIOR (204265/RJ, 146736/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS

ADV.(A/S) : RAQUEL LIMA SCALCON (86286/RS, 439421/SP)

ADV.(A/S) : THEUAN CARVALHO GOMES DA SILVA (343446/SP)

ADV.(A/S) : JOAO VICENTE TINOCO (211245/RJ)

ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA (65698/DF)

ADV.(A/S) : RENATO STANZIOLA VIEIRA (189066/SP)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo paciente, o Dr. Fernando Rodolfo Mercês Moris, Defensor Público do Estado de São Paulo; pelo *amicus curiae* Conectas Direitos Humanos, o Dr. Gabriel de Carvalho Sampaio; pelo *amicus curiae* Iniciativa Negra Por Uma Nova Política Sobre Drogas, o Dr. Rodrigo Mesquita; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos, a Dra. Priscila Pamela Cesario dos Santos; pelos *amici curiae* Coalizão Negra por Direitos e Instituto Referência Negra Peregrum, a Dra. Ágatha Regina Abreu de Miranda; pelo *amicus curiae* Educafro Brasil, o Dr. Nauê Bernardo Pinheiro de Azevedo; pelos *amici curiae* Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero - GADvS e Instituto de Defesa dos Direitos das Religiões Afro-Brasileiras - IDAFRO, a Dra. Sílvia Virginia Silva de Souza; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, a Dra. Deborah Duprat; pelo *amicus curiae* Justa, o Dr. Cristiano Maronna; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a Dra. Livia Casseres, Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro; e, pela Procuradoria-Geral da República, a Dra. Lindôra Maria Araújo, Vice-Procuradora-Geral da República. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Nunes Marques. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 1º.3.2023.

Decisão: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que não conhecia do *habeas corpus*, mas concedia 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; e dos votos dos Ministros André Mendonça, Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, que denegavam a ordem, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes, Roberto Barroso e Nunes Marques. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 2.3.2023.

Decisão: Após o voto do Ministro Nunes Marques, que acompanhava a divergência para denegar a ordem, pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux. Aguardam os demais Ministros. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Roberto Barroso. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 8.3.2023.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Dias Toffoli

e Roberto Barroso.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Lindôra Maria Araújo.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

11/04/2024

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 208.240 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público.

Senhor Presidente, aqui houve um debate bem denso sobre essa questão do racismo estrutural.

Eu analiso aqui as questões talvez até decorrentes da impossibilidade de algumas minorias ocuparem bairros, digamos assim, mais bem estruturados em uma determinada cidade, e, por isso, ocorre uma incidência desses fatos abomináveis exatamente nessas comunidades, como se usa coloquialmente.

Eu, na realidade, me baseei em duas premissas.

A primeira premissa é que eu entendo que a polícia, digamos assim, não se orienta para praticar os atos policiais pela cor da pele. Ela não se orienta por isso, tanto que, quando ela vai estourar uma boca de fumo, nós já tivemos até um caso trágico de que havia ali até um filho de uma magistrada que foi fuzilado numa operação, que, na época, eu me lembro de que teve um nome bem expressivo - agora eu não lembro.

De sorte que, aqui, eu estou fazendo uma narrativa de casos que ocorreram nos Estados Unidos, mas creio que, no caso específico - no caso específico -, não se poderia começar a lavrar um ato policial a partir da cor da pele. Quer dizer, não se pode começar uma diligência policial ressaltando: "avistamos de longe um cidadão coreano"; "avistamos de longe um cidadão que parecia pertencer àquela organização perigosa da máfia japonesa". Primeiro, a abordagem pelo aspecto fático. E aqui, começou-se a abordagem, conforme está descrito nos autos, pela cor da pele.

Então, na verdade, apesar de todos os argumentos que eu uso aqui, no que eu estou de acordo é que a lavratura do flagrante, tendo como primeiro fundamento o homem negro revela, o ato prisional; e as provas

HC 208240 / SP

para essa atividade, um indicativo de perfilamento racial.

Assim, entendo que não pode a polícia lavrar um flagrante dizendo: "um homem de cor negra". Não! Ela tem que narrar o crime e, depois, na qualificação, o Código de Processo Penal estabelece o que deve constar, mas não se iniciar uma operação policial pelo fato de se ter avistado um homem de cor negra.

Portanto, no caso específico, ressaltando e ressaltando o fato de que tem, digamos assim, o conhecimento de que a autoridade policial não age *ab initio* com essa intenção de racismo, no caso concreto, houve uma infelicidade na lavratura do auto de prisão em flagrante, tendo como primeiro fundamento exatamente o fato de ter sido um homem de cor negra. Assim, no meu modo de ver, é vedado iniciar-se uma persecução policial pura e simplesmente a partir dos dados raciais.

Com isso, penso que concordarei com a primeira premissa que Vossa Excelência estabeleceu na tese. Nas demais, eu vou pedir vênias a Vossa Excelência para com elas não concordar - só a primeira parte da tese do Ministro Edson Fachin.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Mas é que nós ainda não estamos na tese. Vossa Excelência, portanto, está concedendo a ordem de ofício

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu estou concedendo a ordem por força desse argumento.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Depois vamos falar da tese. Vossa Excelência, então, concede...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas a minha fundamentação é um pouco diferente, Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Sem problema. Vossa Excelência vai juntar voto?

HC 208240 / SP

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Vou.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Perfeito. Portanto, o Ministro Luiz Fux devolve a vista acompanhando o dispositivo, a conclusão do Relator, o Ministro Luiz Edson Fachin.

11/04/2024

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 208.240 SÃO PAULO

VOTO – VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (VOGAL): Senhora Presidente, eminentes pares, ilustre representante do Ministério Público, senhoras e senhores advogados, senhoras e senhores,

Na sessão em que teve início o julgamento do presente *habeas corpus*, considerei que, diante de um tema que nos reclama uma grande sensibilidade, uma grande responsabilidade, a decisão não deveria ser tomada com o Plenário incompleto, especialmente considerados os votos proferidos tanto pelo Ministro Edson Fachin, Relator, no sentido da concessão da ordem, quanto pelos Ministros André Mendonça, Nunes Marques, Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, que denegam o *habeas corpus*.

Por esta razão, pedi vista dos autos, para que o julgamento pudesse prosseguir com a composição plena desta Corte.

Diante do tempo transcorrido desde aquela sessão, faço uma breve síntese dos votos que me antecederam.

O eminente Relator, Ministro Edson Fachin, votou no sentido da concessão da ordem de *habeas corpus* para anular as provas obtidas por abordagem policial motivada por perfilamento racial, considerando que a suspeita teria por fundamento a etnia ou a cor da pele do preso.

Em razão da nulidade das provas, o Relator determinou o trancamento da ação penal de origem e propôs a fixação de interpretação conforme a Constituição para o art. 244 do Código de Processo Penal, cuja

HC 208240 / SP

redação é a seguinte:

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.

À luz dos compromissos assumidos pelo Constituinte, no sentido de instituir *“um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”*, bem como diante do objetivo fundamental da República de *“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”* (art. 3º, inciso IV, da Constituição), o eminente Ministro Edson Fachin propôs a fixação das seguintes diretrizes interpretativas do art. 244 do CPP:

(1) a busca pessoal sem mandado judicial **deve estar fundada em elementos concretos e objetivos** de que o suspeito 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 justificados pelo executor da medida, para ulterior controle do Poder Judiciário.

Em seguida, inaugurou a divergência o eminente Ministro André Mendonça.

Sua Excelência, **embora concordando com a tese proposta pelo**

HC 208240 / SP

Relator, no sentido de que as provas obtidas por meio do perfilamento racial devem ser consideradas ilícitas e inadmissíveis nos autos da ação penal, **considerou que, no caso concreto, não há indícios de abordagem discriminatória**, porquanto a busca pessoal ocorreu em local conhecido como ponto de tráfico de drogas.

No mesmo sentido votaram os Ministros Nunes Marques, Dias Toffoli e Alexandre de Moraes, que consideraram não ser este um bom caso para se extrair a tese do perfilamento racial, tendo em vista que a abordagem policial aconteceu em local conhecido como notório ponto de tráfico de drogas.

Feita esta breve síntese, passo ao meu voto.

A Constituição de 1988 foi promulgada exatamente no ano em que se completou o Centenário da Abolição da Escravatura, ocorrida em 13 de maio de 1888, há 135 anos.

A memória das lutas que conduziram àquela histórica conquista vive hoje verdadeiro resgate no debate jurídico e acadêmico, diante da necessidade de vencer a imensa distância entre o plano normativo constitucional e a realidade social da população. Somente com a ação consciente e coordenada de todos os poderes e instituições públicas, bem como do engajamento positivo da sociedade em defesa da promoção de igual respeito no tratamento dado aos diferentes grupos humanos que compõem o nosso país, será possível caminhar no sentido da eliminação de todas as formas de discriminação, nas suas manifestações mais diversas.

A viva memória daquela histórica conquista não se reduz ao registro simbólico da data.

O Constituinte impôs a todas as instituições do país o compromisso

HC 208240 / SP

de eliminar o racismo da nossa sociedade. Diversas são as normas do nosso texto constitucional nesta direção:

(1) no preâmbulo, a Assembleia Nacional Constituinte revelou seu compromisso de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”;

(2) no artigo 3º, foram estabelecidos os “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, entre eles o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”;

(3) ainda mais explícito, no art. 5º, voltado à proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, o constituinte estabeleceu mandados de punição e criminalização do racismo e de todas as formas de discriminação: “ XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Lamentavelmente, do plano normativo-ideal para o plano prático-real, a distância ainda permanece imensa. O texto expresso da Lei Maior encontra, em práticas cotidianas – conscientes ou inconscientes –, obstáculos à sua plena realização. Dentro destas práticas, realizou-se um projeto de urbanização do nosso país que, iniciado depois da abolição da escravidão, criou verdadeiro apartheid geográfico, empurrando indivíduos sem recursos e sem propriedade, em sua maioria negros, para as comunidades depauperadas e economicamente marginalizadas, alvos preferenciais das incursões policiais.

A discriminação individual, institucional e estrutural, associada ao impacto desproporcional (*disregard impact*) das leis penais e das políticas de segurança pública, seguem a reproduzir a velha engrenagem racista

HC 208240 / SP

que, para me valer das palavras do sociólogo francês Loïc Waquant, promove o banimento forçado de uma população para um território reservado ou para as prisões: prendem-se os pobres e, no Brasil, “presos são quase todos pretos”, como registra a contundente canção de Gilberto Gil e Caetano Veloso. A sociologia dos “guetos”, com origem na diáspora judaica e intensificada no nazismo, também se verifica na segregação geográfica dos negros (*apartheid*), imposta normativamente em diversos países e válida, também, como modelo explicativo para a questão racial no Brasil.

Sílvio Almeida, um dos maiores estudiosos do racismo estrutural no nosso país, observa que “o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo ‘normal’ com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural”.

Com efeito, identificar uma prática racista não significa imputar ao agente ou à instituição o dolo de cometer o delito de racismo, tampouco a detenção da consciência do agir baseado na raça. A noção de racismo estrutural é útil precisamente em países como o Brasil, onde não há conflito racial aberto e onde as leis não impõem, formalmente, a discriminação ou segregação, mas as práticas históricas, involuntariamente, por vezes são guiadas por heurísticas e vieses cognitivos atravessados por preconceitos não-percebidos.

Neste tema, que me é muito caro, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se revelado emancipatória.

A questão do racismo tem sido objeto de importantes decisões desta Corte, sob o ângulo da liberdade de expressão e dos discursos de ódio, da classificação da injúria racial como racismo e do estabelecimento de limites à liberdade do autor para lançar uma obra disseminadora do

HC 208240 / SP

antisemitismo. Afirmei e reafirmo agora que esses povos têm um doído passado. Só quem já sentiu na pele pode efetivamente abordar esse tema com as merecidas preocupação e sensibilidade exigidas dos magistrados. A Lei das Sete Partidas - *Las Siete Partidas* – dizia: "*os juízes devem ser homens sensíveis e saber Direito, se possível*".

Da leitura do auto de prisão em flagrante, constata-se que **a primeira informação apresentada pelo policial que realizou a abordagem, ou seja, o que primeiro lhe chamou a atenção, foi a cor da pele do ora paciente**, conforme se constata da seguinte transcrição:

“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 ao meio fio da via pública e um veículo estava parado junto a ele, como se estivesse vendendo/comprando algo; [...]” (e-doc. 2, e-fls. 31, depoimento do primeiro Policial Militar condutor).

No meu modo de ver, a descrição apresentada revela que a abordagem se realizou, principalmente, por se tratar de um indivíduo de cor negra, cuja atitude, em razão da cor da sua pele, foi considerada suspeita.

Nos termos do art. 244 do CPP a polícia detém o poder-dever de realizar **busca pessoal**, a qual somente **independentemente de mandado** no caso de prisão ou quando, nos termos do que estabelece o Código de Processo Penal, **houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito**.

HC 208240 / SP

Não se pode convalidar uma abordagem na qual, segundo se extrai do depoimento prestado pelo próprio policial, a cor da pele foi a primeira informação relevante quanto à ocorrência ou não de um ilícito penal.

A meu sentir, senhor Presidente, com a vênia dos respeitosos entendimentos em contrário, verifica-se, concretamente, o perfilamento racial na abordagem narrada no presente *habeas corpus*.

Houve o emprego do critério da cor para justificar a suspeita contra o paciente e sujeitá-lo à abordagem policial, o que exige desta Corte um posicionamento diante dos próprios do auto de prisão. A lavratura do flagrante, tendo como primeiro fundamento a cor da pele, maculou a abordagem e as provas, de fato, indicam o perfilamento racial.

O tema do perfilamento racial tem sido objeto de estudos no direito comparado. O mais referenciado precedente é o caso *McClesky v. Kemp*, de 1987, da Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual foram fixados dois importantes *standards* para caracterização do perfilamento: (1) a **necessidade de demonstrar a ocorrência de discriminação intencional** contra o indivíduo condenado; (2) a **insuficiência da apresentação de disparidades estatísticas na aplicação da pena de morte, para provar a existência de perfilamento racial**.

No caso *sub examine*, constata-se que a discriminação racial ocorreu no momento da abordagem, tendo em vista a declaração de que a revista foi realizada por ter sido avistado, de longe, um indivíduo “de cor negra”, sendo esta a primeira informação importante, na visão do policial, sobre a diligência realizada.

Por esta razão, **acompanho o Relator para julgar ilícita a abordagem policial, por ter sido fundada, preponderantemente, na cor da pele do paciente.**

HC 208240 / SP

O Relator propõe, ainda, a fixação das seguintes teses:

(1) a busca pessoal sem mandado judicial **deve estar fundada em elementos concretos e objetivos** de que o suspeito 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 justificados pelo executor da medida, para ulterior controle do Poder Judiciário.

Acompanho Sua Excelência na tese nº (1), por refletir o exato teor deste julgamento, ou seja: *“a busca pessoal sem mandado judicial **deve estar fundada em elementos concretos e objetivos** de que o suspeito 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**”*.

Quanto às teses (2) e (3), peço vênica para não as subscrever, porquanto, na minha compreensão, não guardam relação direta com o objeto do julgamento.

É como voto, senhor Presidente.

11/04/2024

PLENÁRIO

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

HC 208240 / SP

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)	:JOÃO 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
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA ADVOCACIA NEGRA
ADV.(A/S)	:MARCOS ANDRE DE PAULA OLIVEIRA

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Senhor Presidente, eu examinei detalhadamente o voto do eminente Ministro Edson Fachin, como sempre profundo, muito bem fundamentado, numa análise de aspectos da vida brasileira que merecem ser sempre iluminados, sobretudo em razão das múltiplas desigualdades que sabemos que, de modo tão dramático, marcam a vida brasileira, marcam negativamente a vida brasileira.

E sabemos que entre tais desigualdades está aquela relativa aos ecos da hedionda, abjeta escravização negra, que foi perpetrada ilegalmente no nosso país, marcadamente nos séculos que antecederam o século XX, mas os ecos permanecem até hoje, não há dúvida.

Contudo, creio que a primeira frase do voto do Ministro Fux, agora, é bem iluminadora. Embora a conclusão de sua Excelência vá em direção diversa daquela que preconizo, mas quando ele diz que não se pode presumir que a polícia brasileira haja globalmente de modo consentâneo, ou jungido, ou derivado exclusivamente de critérios chamados de

HC 208240 / SP

perfilamento racial, a meu ver, é uma premissa adequada. Mesmo no caso concreto, de fato, como o Ministro Fux acabou de dizer, há essa alusão. Errada, não há dúvida. Mas há alusão a outras circunstâncias que levaram à abordagem policial.

Em sede de *habeas corpus*, como nós bem sabemos, toda a doutrina e a pacífica jurisprudência vão no sentido do descabimento de um revolvimento aprofundado de fatos e provas. Não temos, portanto, como distinguir, de dez razões que a autoridade policial declara como ensejadoras da abordagem, qual foi a predominante. Não há dilação probatória para isso. E nós não podemos, arbitrariamente, por critérios puramente subjetivos, eleger aquela que nós consideramos que, de fato, foi a predominante naquele caso concreto, porque não há dilação probatória. Para sustentar esse raciocínio em nome de uma causa justa, portanto, eu temo que nós exerçamos algo além daquilo que podemos e devemos.

Eu leio o que o policial diz:

"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"

Como o Ministro Fux acabou de sublinhar. Obviamente surge, eu diria, um *fumus boni iuris*. Mas o mesmo policial diz:

"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;"

HC 208240 / SP

Ou seja, aqui nós temos quatro, ou cinco, ou seis elementos indiciários diferentes. Não foi apenas um. São seis. E nós vamos dizer que, portanto, um foi predominante e, por isso, haveria a mácula indeclinável, invencível da abordagem policial? Em sede de *habeas corpus* na Suprema Corte?

Eu teria muito conforto de fazer esse exame na instância ordinária, porque me seria possível, se fosse o juiz da causa, aprofundar os fatos até chegar, de fato, à elucidação, ou não, de qual o peso em relação aos múltiplos vetores que constam da declaração do policial.

Assim não vamos presumir canonização da polícia brasileira - jamais! - nem da polícia, nem de nenhuma instituição humana. Absolutamente nenhuma, uma vez que a falibilidade é um atributo de todos nós que fazemos as instituições. Por outro lado, contudo, não pudemos constituir uma presunção *juris tantum* ou *juris et de jure* de satanização das polícias brasileiras. Nem uma coisa nem outra.

Portanto, saudando mais uma vez a qualidade do voto do eminente Relator, do Ministro Fachin, o homenagem sempre, o reverencio sempre, porque posso afirmar, como afirmo em relação a outros, que, há décadas, o tenho como uma referência intelectual no Direito brasileiro, mas, neste caso concreto, realmente não vejo que haja razões para nós afirmarmos que o vetor predominante foi o hediondo perfilamento racial, que deve ser enfaticamente repudiado, não só axiologicamente, mas também juridicamente.

Neste caso concreto, considero que nós não temos: 1) condições de revolver fatos e provas pela via processual que levou o caso ao Supremo Tribunal Federal; 2) por ser o Supremo Tribunal Federal não um tribunal de fatos, mas um tribunal que faz o accertamento do Direito; e 3) por uma derivação silogística, nós não temos condições de corroborar, de modo cabal, que houve esse vício insanável na operação policial que ensejou a persecução penal e as condenações que se seguiram em múltiplas instâncias, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, quando houve a redução da pena, mas foi mantida a condenação.

Acho que seria, portanto, um pouco demais nós, em sede de remédio

HC 208240 / SP

heroico - e é heroico por ser exatamente estreito, raro, excepcional -, avançarmos ao ponto de, presumivelmente, identificarmos essa terrível mácula na atuação policial, até porque carrega um juízo negativo, poderoso por sobre a operação policial que foi realizada.

Não se cuida apenas de declarar a nulidade de um processo concreto. Nós estamos também abrindo ensejo, quem sabe, à responsabilização desse agente público. Portanto, algo, a meu ver, que não tem suporte probatório suficiente para conduzir a esta conclusão.

Por isso, meu voto é, respeitosamente, reitero, mais no sentido de acompanhar à divergência e denegar o *habeas corpus* integralmente seja naquilo que foi solicitado, seja na sua versão de ofício.

De modo pleno, não só o que foi solicitado, como também de ofício.

MINISTRO Flávio Dino

11/04/2024**PLENÁRIO****HABEAS CORPUS 208.240 SÃO PAULO****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Senhor Presidente, renovo meus cumprimentos e gostaria, primeiro, de parabenizar o Ministro Edson Fachin por trazer um tema tão relevante como esse do perfilamento racial. Eu farei a juntada de voto escrito, mas lembro, aqui, que o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos realizou, nos dias 1º e 4 de dezembro de 2020, dois encontros virtuais sobre o impacto do perfilamento racial no acesso à Justiça no Brasil. Então, esse é um tema que está em discussão, inclusive perante aquela instância internacional.

Também o Alto Comissariado das Nações Unidas traz como definição do perfilamento racial o seguinte:

“O termo perfilamento racial se refere ao processo pelo qual as forças policiais fazem uso de generalizações fundadas na raça, cor, descendência, nacionalidade ou etnia ao invés de evidências objetivas ou o comportamento de um indivíduo, para sujeitar pessoas a batidas policiais, revistas minuciosas, verificações e reverificações de identidade e investigações, ou para proferir um julgamento sobre o envolvimento de um indivíduo em uma atividade criminosa”.

Pois bem, partindo dessa definição e pedindo vênias ao eminente Ministro Edson Fachin e ao Ministro Luiz Fux, na minha compreensão, tal como foi exposto agora pelo Ministro Flávio Dino, neste caso, há elementos objetivos que justificaram a diligência policial. Não foi apenas uma diligência que se baseou na cor do indivíduo, mas sim em um comportamento que foi descrito para justificar a diligência policial.

Então, no contexto apresentado, foram considerados a localização do indivíduo em um conhecido ponto de venda de drogas; a sua atitude suspeita antes e após avistar os policiais; e os elementos de provas colhidos após a revista policial, ainda que a quantidade de drogas não seja expressiva.

HC 208240 / SP

Tudo isso indica, na minha compreensão, mais uma vez pedindo vênua à posição em sentido contrário, que não houve o perfilamento racial alegado pela defesa na realização da busca pessoal, mas sim fundada suspeita da prática da traficância nos termos do que estabelecem os arts. 240, § 2º, e 244, do Código de Processo Penal.

Também aqui, com o devido respeito, entendo que não é caso de aplicação do princípio da insignificância, pois, salvo uma compreensão equivocada, também já existe posição firmada em ambas as Turmas no sentido de que é inaplicável o princípio da insignificância em relação ao crime de tráfico de drogas.

Então, nessa direção, farei a juntada de voto escrito.

Pedindo vênua mais uma vez ao eminente Ministro-Relator Edson Fachin, eu aqui denego a ordem por entender que não houve o perfilamento racial que foi aqui exposto pela defesa.

É como voto, Senhor Presidente.

11/04/2024

PLENÁRIO

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

HC 208240 / SP

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
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA ADVOCACIA NEGRA
ADV.(A/S)	:MARCOS ANDRE DE PAULA OLIVEIRA

VOTO

O Senhor Ministro **CRISTIANO ZANIN** (Vogal): Senhora e Senhores Ministros, inicialmente, parablenzo o eminente Relator, Ministro Edson Fachin, por trazer à discussão deste Plenário tema tão relevante para a sociedade brasileira. Nesse contexto, registro que o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) realizou, nos dias 1º e 4 de dezembro de 2020, dois encontros virtuais sobre o impacto do **perfilamento racial** no acesso à justiça no Brasil.

Naquela oportunidade, foi lançada a versão, em português, da publicação “Prevenindo e Combatendo o Perfilamento Racial de Pessoas Afrodescendentes: Boas Práticas e Desafios” que trouxe – e aqui remoro – a definição do que é o perfilamento racial: “O termo ‘**perfilamento racial**’ se refere ao processo pelo qual as forças policiais fazem uso de generalizações fundadas na raça, cor, descendência, nacionalidade ou etnicidade ao invés de evidências objetivas ou o comportamento de um

HC 208240 / SP

indivíduo, para sujeitar pessoas a batidas policiais, revistas minuciosas, verificações de identidade e investigações, ou para proferir um julgamento sobre o envolvimento de um indivíduo em uma atividade criminosa” (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH). *Prevenindo e Combatendo o Perfilamento Racial de Pessoas Afrodescendentes: Boas Práticas e Desafios*. Brasília: Nações Unidas Brasil, 2020. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/105298-perfilamento-racial-debates-realizados-pela-onu-discutem-recorr%C3%A2ncia-de-casos-e-desafios>>. Acesso em: 4/3/2024).

Lembro, ainda, à Vossas Excelências, que, no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659/SP, da Relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes, cuja deliberação se circunscreve à possível descriminalização do porte de drogas (art. 28, da Lei 11.343/2006), externei a minha preocupação relacionada ao tema ora em debate, e que é de todos nós, no sentido de que **“pessoas pobres, negras, de baixa escolarização, em regra, deixam de receber do sistema de justiça o benefício da despenalização prevista na legislação e referendada pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Esses cidadãos (e jurisdicionados) estão sendo encarcerados em massa; e o encarceramento indevido serve, muitas vezes, como porta de entrada para organizações e facções criminosas ligadas às drogas”**.

Assim, renovo os meus cumprimentos ao Ministro Edson Fachin, pela iniciativa do tema, mas peço vênias à sua Excelência para acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro André Mendonça.

À vista disso, registro, primeiramente, **quanto ao pedido de aplicação do princípio da insignificância, que a orientação jurisprudencial de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que esse preceito é inaplicável ao crime de tráfico de drogas.**

Nessa mesma direção:

HC 208240 / SP

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. MATÉRIA CRIMINAL. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE OU TERATOLOGIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o *habeas corpus* não merece conhecimento, na medida em que funciona como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. 2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício. 3. Agravo regimental desprovido” (RHC 209.140 AgR/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 18/11/2022, grifei).

“AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEQUENA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.” (HC 217.765 AgR/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 27/9/2022, grifei).

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (HC 185.681 AgR/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 20/8/2020, grifei).

Sobre a alegada ilicitude das provas pela filtragem racial, resalto que, no caso, as evidências relacionadas à abordagem policial são objetivas. Consta do depoimento do policial que capturou e conduziu o então suspeito à delegacia que:

HC 208240 / SP

“[...] 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 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” (documento eletrônico 2, p. 31, grifei).

HC 208240 / SP

Vê-se, pois, nesse contexto, que, consideradas (i) a localização do indivíduo em conhecido ponto de venda de drogas; (ii) sua atitude suspeita antes e após avistar os policiais; (iii) e os elementos de prova colhidos após a revista pessoal – ainda que quantidade de drogas não seja expressiva –, indicam que **não houve o perfilamento racial alegado pela defesa para a busca pessoal e, sim, fundada suspeita da prática da traficância, nos termos do que estabelecem os arts. 240, § 2º, e 244, do Código de Processo Penal.**

Como observou o Ministro Alexandre de Moraes, “**para o *modus operandi* não importa se o vendedor, ou o comprador é homem, mulher, branco ou negro.** Esse é o *modus operandi*. Em hipótese diversa, utilizando esse *modus operandi*, se o motorista do carro fosse branco, o vendedor fosse branco, a polícia não teria abordado? Se essa prova estivesse nos autos, seria perfilamento, mas não há essa prova nos autos. O *modus operandi* de venda de drogas no país todo, na verdade no mundo todo, é esse – no varejo”. [...]. **Não há como se afirmar que foi preso porque a polícia olhou, viu uma pessoa negra e foi lá e prendeu. A pessoa não estava encostada num muro, num local que não é tradicionalmente conhecido como ponto de droga, estava fazendo o *modus operandi*”** (grifei).

Portanto, no caso, entendo que deve ser mantido o acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, nos autos do HC 660.930/SP, concedeu a ordem de “habeas corpus, inclusive de ofício”, para, “nos termos da impetração”, “redimensionar a pena para 2 anos e 11 meses de reclusão, além de 250 dias-multa, no valor mínimo legal, e, de ofício, [...] estabelecer o regime aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais” (documento eletrônico 3, pp. 178-179)

Ante o exposto, e pedindo vênias, uma vez mais, ao eminente Relator,

HC 208240 / SP

Ministro Edson Fachin, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro André Mendonça e denego a ordem.

É como voto.

11/04/2024

PLENÁRIO

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

HC 208240 / SP

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)	:JOÃO 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
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA ADVOCACIA NEGRA
ADV.(A/S)	:MARCOS ANDRE DE PAULA OLIVEIRA

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES -

Presidente, também eu declaro a minha simpatia e talvez até a aprovação da tese trazida pelo Ministro Fachin. Todavia, o caso, parece-me, tem várias peculiaridades, como já foi aqui assentado. A abordagem não se deu, a meu ver, embora tenha essa referência feita pelo Ministro Fux agora, mas que já tinha sido destacado no STJ a partir do voto do Ministro, ou exclusivamente do voto do Ministro Sebastião.

Aqui há uma conjugação de vários fatores que juntos

HC 208240 / SP

levantam, sim, fundadas suspeitas e, a meu ver, legitimam a abordagem, quais sejam: local conhecido como ponto de tráfico de drogas, onde, inclusive, no mesmo dia, já havia ocorrido outros flagrantes; dinâmica fática típica da negociação da mercancia, paciente em pé trocando objetos com um carro parado; mudança de semblante do paciente ao ver a polícia, com dispensa de objetos; o veículo que estava parado saiu do local repentinamente; paciente já conhecido pelos policiais como sendo participante do tráfico na localidade. Eu transcrevo trechos do flagrante em que isto é dito.

Então, a mim me parece que, neste caso, com todas as vênias... E acho que tem razão de haver essa discussão, até porque nós sabemos que de fato há essa contaminação, muitas vezes, das ações, basta ver a massa de presos que povoam os nossos presídios e muitas das medidas que são tomadas contra pessoas de cor.

Mas eu vou pedir vênias, cumprimentando o Ministro Fachin, mas acompanho o voto trazido pelo Ministro Alexandre de Moraes.

11/04/2024**PLENÁRIO****HABEAS CORPUS 208.240 SÃO PAULO****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu não vou esperar a volta da Ministra Cármen Lúcia, porque eu acho que já há uma maioria formada, não justificaria uma suspensão e um adiamento.

Eu vou pedir todas as vênias à maioria que já se formou e vou acompanhar a posição do Relator, o Ministro Edson Fachin, sobretudo por essa observação feita pelo Ministro Luiz Fux. Os demais fatores indiciários foram obtidos depois que se partiu da premissa que se tratava de uma pessoa negra.

Vou ler a minha ementa apenas, mas gostaria de observar que, se fosse prender portadores de 1,5 g de cocaína e condená-los a 2 (dois) anos e 11 (onze) meses na zona sul do Rio de Janeiro, no mesmo estado, mesma cidade desse episódio, o sistema carcerário ficaria mais lotado ainda do que já está. Portanto, a prisão por 1,5 g de cocaína é muito atípica e reveladora, na minha visão, de um perfilamento que, se não for racial, pelo menos é social. Revela o tratamento desequiparado em partes diferentes da cidade. É possível que em alguns lugares de Ipanema e do Leblon sejam mais suspeitos do que o bairro de Santa Teresa para este fim.

Eu digo no meu voto que se trata de paciente condenado a 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão pelo tráfico de 1,53 g de cocaína, situação concreta em que a reduzida quantidade de droga apreendida gera a presunção de que se trata de porte de droga para consumo pessoal, presunção que somente cede espaço em caso de prova robusta do comércio ilícito, cujo ônus argumentativo recai sobre o órgão acusatório.

A Constituição de 88 proíbe a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Sendo assim, não podem ser obtidos elementos probatórios colhidos, como observou o nosso querido Ministro Celso de Mello, “com transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso

HC 208240 / SP

mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material” (HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello).

Prossigo eu: o art. 244 do Código de Processo Penal autoriza a busca pessoal sem autorização judicial, “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”. Fundada suspeita que, logicamente, não se confunde com simples ilações, sobretudo se se tomar em conta a cor da pele.

No Estado Democrático de Direito, a autoridade policial não pode validamente realizar busca pessoal com apoio em parâmetros subjetivos, meramente discricionários, ou infundados. Para a atuação policial válida, o ordenamento jurídico brasileiro requer a adoção de parâmetros claros, objetivos, embasados em elementos concretos, devidamente justificados, que sinalizem para a real necessidade da revista, sob pena de incorrer o agente público em abuso de poder.

Hipótese em que a intervenção estatal teve como ponto fundamental de partida a visualização de um indivíduo de cor negra que estava em cena típica de tráfico de drogas - geralmente a polícia considera que as comunidades são cena típica de tráfico de drogas. A inaceitável referência ao elemento racial foi o fator preponderante para a mitigação dos direitos fundamentais do paciente, o que deslegitima a atuação estatal.

E aqui, eu reafirmo a minha visão de que a política de drogas consistente em prender pessoas pobres de periferia com poucas quantidades de drogas não serve para absolutamente nada, salvo engrossar a legião do crime organizado que se instalou nos presídios brasileiros. Não há nenhum proveito em prender um jovem primário e de bons antecedentes por 1,5 g de maconha. Não faz bem a ninguém essa política pública, porque destrói essa vida, ele se torna mais perigoso, a vaga que ele ocupa custa dinheiro, ele sai pior do que entrou e o tráfico o repôs no dia seguinte à sua prisão. Portanto, é uma política pública que eu reputo equivocada e, mais ainda, se tiver sido baseada, como aqui eu tenho forte suspeita, em perfilamento racial ou, no mínimo, social.

HC 208240 / SP

Por essas razões, pedindo vênia à maioria que se formou, eu estou acompanhando a posição do Ministro Luiz Edson Fachin para conceder a ordem de ofício.

11/04/2024

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 208.240 SÃO PAULO

PROPOSTA

(TESE)

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Senhor Presidente?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Pois não, Ministro Fachin.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Antes de Vossa Excelência proclamar o resultado, se Vossa Excelência me permitir e os eminentes Pares, vou fazer uma ponderação.

Nada obstante, já haja, obviamente, uma maioria formada no sentido de denegar a ordem, posso estar equivocado, mas, aqui, nesse julgamento, há uma unanimidade em relação a um aspecto, qual seja o de firmar o posicionamento deste Tribunal no sentido de coibir o perfilamento racial em buscas policiais. Portanto, não observei aqui nenhuma manifestação nos votos até agora proferidos que tenha sustentado outra ordem de ideias.

Por isso é apenas uma ponderação que faço, nada obstante estejamos denegando a ordem, se não é a hipótese de, seguindo o exemplo que já adotamos no Habeas Corpus 176.473, Relator o Ministro Alexandre Moraes, de firmar este posicionamento, aliás referido no voto eminente Ministro Luiz Fux, que poderia, por hipótese, ser vazado na primeira - e exclusivamente na primeira -, formulação que propus, qual seja: a busca pessoal, independente de mandado judicial, deve estar fundada em

HC 208240 / SP

elementos concretos e objetivos de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam o corpo de delito, não sendo lícita a realização de medida com base na raça, cor de pele ou aparência física.

Não creio que haja divergência dos votos proferidos em relação a essa proclamação. Portanto, independentemente do desate do caso concreto, e até na linha da primeira intervenção nesta sessão, após o voto do Ministro Fux, do Ministro Flávio Dino, creio que estamos nesta direção de dizer que a busca pessoal deve estar fundada. Portanto, a ideia é de que a busca, independentemente de mandado judicial, deve estar fundada em elementos concretos e objetivos.

E aí vali-me de uma frase que Vossa Excelência acabou de encartar no vosso voto: 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.

Então, é uma ponderação que faço.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Acho muito relevante. Eu atentei para o voto do Ministro Zanin, que foi quem começou votando hoje, e Sua Excelência destacou esse ponto. Ele entendeu que, se fosse isso, ele também aderiria, mas ele entendeu que havia outros elementos.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Exatamente, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Acho que todos votamos assim, Presidente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu também me manifesto, Presidente, no sentido de aprovar as teses.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Ótimo!

Ministro Flávio Dino, já vamos lá. Ministro Nunes Marques, por favor.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Creio que todos votamos dessa forma; apenas, neste caso concreto, entendemos que não

HC 208240 / SP

houve o perfilamento, porque existe uma série de outros elementos, mas penso da mesma forma que o ministro Fachin. Todos fomos unânimes em, além de repudiar, exigir critérios objetivos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E o objetivo foi esse, porque se afetou este *habeas corpus* ao Plenário exatamente para a fixação de tese e não necessariamente para o julgamento do caso concreto, tanto que o Ministro André Mendonça discordou, mas disse que concordava com a tese.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE)- Diretamente da gloriosa São Luís do Maranhão, ouvimos o Ministro Flávio Dino.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Ministro Barroso, na verdade, quando eu proferi o voto foi exatamente nessa direção da distinção do caso e da tese. Eu apenas havia intervindo anteriormente para pedir ao Ministro Fachin que fizesse a leitura exata da tese, para eu poder me pronunciar.

Por favor, Ministro Fachin.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Pois, não. Vou ler aqui:

A busca pessoal, independentemente 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 papeis que constituam corpo de delito, não sendo lícita a realização da medida com base na raça, cor da pele, ou aparência física.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Senhor Presidente, eu concordo plenamente com a tese formulada e, assim como disse no julgamento anterior sobre o tema das balas perdidas, o conteúdo de classe e das desigualdades que lá constam, apenas faria uma sugestão ao eminente Ministro Fachin, embora, a meu ver, a redação esteja quase perfeita. Sua Excelência fala: cor da pele, raça, aparência física.

Nós temos, essas buscas que se dão, por exemplo, em relação à comunidade LGBTQIA+. Parece-me que seria importante avançar para isso também tanto quanto possível, fosse cor da pele, raça, aparência

HC 208240 / SP

física ou outros signos discriminatórios, alguma coisa assim, apenas à guisa de sugestão.

Independentemente da acolhida, ou não, da sugestão pelo eminente Relator, eu acompanho com muito entusiasmo e sufrago a tese por ele proposta.

É como voto, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu vou submeter a tese.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Seria importante, Senhor Presidente, nos mandar o texto da tese. Eu agradeço, Senhor Presidente. A ideia do perfilamento, acho que, de fato, foi unânime. Eu estou tentando colher aqui o voto do Ministro Fachin, que fez a proposição da tese.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - O restante é o que está no art. 244 do Código de Processo Penal.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - É que há lá uma expressão antes de elementos objetivos.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Elementos concretos e objetivos.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Eu fico preocupado com elementos concretos, porque, normalmente, é uma suspeita de algumas situações. Talvez elementos objetivos...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro André, Vossa Excelência me permite?

O que ocorre, Ministro Fachin? Por vezes, essa aferição desses elementos objetivos vai ocorrer *ex post facto*, quer dizer, a polícia, pela sua *expertise*, pelo local, faz uma busca pessoal. Isso é um poder inerente à polícia previsto no Código de Processo Penal. Aí vai e encontra algumas coisas, alguns elementos que realmente levam à ocorrência de um delito.

Estava pensando só no sentido de fixar uma tese em que é vedada a lavratura de auto de prisão em flagrante calcado unicamente, como Vossa Excelência colocou, no perfilamento desse auto.

HC 208240 / SP

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Se me permite, Ministro Fachin, Senhor Presidente, à luz até do que o Ministro Fux colocou, pode ser uma questão minha, mas, a partir de julgamentos em que nós vamos construir uma tese, acho, por prudência, importante pelo menos termos 24 horas pra juntos construirmos algo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Mas a dificuldade de Vossa Excelência, Ministro André, é com a palavra "objetivo", porque o restante é reprodução da lei.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Não, com "objetivo" não é. A questão é "concreto", o "elemento concreto"...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - É que não pode ser pelo jeitão, tem que ter uma arma aparecendo, tem que ter...

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Não, mas sempre é uma situação de suspeita. Essa suspeita não pode se fincar na questão de raça, de credo, de sexo específico, alguma questão discriminatória. Mas há um elemento por vezes que não necessariamente é um elemento concreto. É uma suspeita de uma situação. Eu fico preocupado com uma expressão... Que deve ser um critério objetivo, sem dúvida. Agora, o concreto, numa abordagem, até para o indiciamento de qualquer pessoa, nós vamos falar em indícios, são elementos indiciários, não necessariamente elementos concretos.

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO - Pode constar, Ministro André, exatamente assim: elementos indiciários concretos.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Elementos indiciários objetivos, talvez.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu acho que a palavra "indiciário" não compromete a ideia central. Acho que por mim está bem. Fundada em elementos indiciários. Eu acho que concretos e objetivos é um pouco redundante, por mim pode escolher um ou outro.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Contrapõe-se à subjetividade. Apenas uma questão de objetividade *versus* subjetividade.

HC 208240 / SP

Por isso que acho objetivo importante.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Elemento indiciários objetivos está bem para Vossa Excelência?

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Para mim estaria bem, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Também estou de acordo.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Senhor Presidente, seguindo a preocupação que foi externada pelo Ministro Luiz Fux e pelo Ministro André Mendonça, gostaria de propor uma alternativa que seria: as forças policiais não podem fazer uso da raça, cor, nacionalidade ou etnicidade para a realização de buscas ou atos de perseguição, e não entrarmos nessa questão de provas objetivas ou comportamento, porque isso teria que partir realmente de uma análise do art. 240 do Código de Processo Penal.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Aí já é uma mudança mais substantiva.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu acho que já avançamos um pouco e, claro, tivemos dois debates extremamente importantes, na questão anterior e nesta. Hoje ainda conversava com o Ministro Fachin, e ele dizia de sua intenção de trazer logo essa questão sobre as buscas e apreensões, as medidas que se tomam nessas comunidades.

O caso específico aqui mostra muito bem que há uma situação em que a polícia conclui que pode levar a um flagrante, que é a chamada boca de fumo comumente estabelecida em uma comunidade. Então é algo bastante peculiar, ou bastante comum nas cidades brasileiras.

No debate anterior, nós discutimos a questão dessas chamadas, assim eufemisticamente, balas perdidas. Nós sabemos que não são, sabe-se sempre que elas irão encontrar pessoas, muitas vezes não envolvidas nos conflitos.

Eu já trouxe, aqui, uma referência, e precisaremos aprofundá-la, que

HC 208240 / SP

é a discussão, por exemplo - e, na Alemanha, tem bastante base, frequência -, do chamado uso do tiro certo. Em uma Constituição que proíbe a pena de morte, é muito estranho a polícia poder atuar dessa maneira e produzir 50 mortos, ou coisas do tipo. De fato, tudo isso exige uma procedimentalização, e o ideal seria podermos, talvez, ir definindo essas balizas, normas de organização e procedimentos. Eu espero que tenhamos até a oportunidade de discutir e aprofundar quando da ADPF 635, da relatoria do Ministro Fachin, que já tive a honra de subscrever quando do julgamento da liminar.

Aqui, parece-me que temos esse entremeado de fatos da nossa realidade. Vossa Excelência, naquela indagação feita à procuradora do Rio de Janeiro, suscitou questões relevantes sobre as discrepâncias existentes no tratamento de ações policiais, se elas existem na zona sul e nas tais comunidades. Em suma, são realidades muito complexas.

Eu concordo que, talvez, seja um passo adiante trazermos essa tese com os acréscimos, a objetivação, ou os objetivos. E de fato existe. Certa feita, eu participava de um curso para alunos do secundário, em uma aula de encerramento, e dialogava sobre a experiência deles. Um deles, aluno aqui do Paranoá, jovem - e ele era de cor -, me perguntou: o Senhor sabe explicar por que a gente está voltando, com a mochila nas costas, da escola e é abordado pela polícia e já colocado no camburão? É notório que isso é perfilamento racial. Vê-se um menino com uma mochila nas costas e já se presume que ele estaria em atividades ilícitas. Mas isso tem a ver também com muitos problemas que temos no contexto do desenvolvimento social. Talvez, a nossa contribuição mais efetiva seja lograr, formular balizas, normas de organização e procedimento que ajudem na mitigação desses fenômenos.

Desse modo, eu valido a proposta do Ministro Fachin, com os acréscimos acolhidos por Sua Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - O Ministro Dias Toffoli gostaria de fazer uma intervenção. Por favor, Ministro Toffoli.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

HC 208240 / SP

Senhor Presidente, uma sugestão de adendo ao final do item 3 da tese do eminente Relator, Ministro **Fachin**, a quem também cumprimento, como todos já o fizeram.

O item 3 está redigido da seguinte forma: “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”.

Eu sugiro agregar a seguinte expressão: ‘na hipótese de prisão em flagrante, deverão constar do referido auto os motivos que levaram à abordagem’, para que já haja o local de registro desses motivos na hipótese de flagrante.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Obrigado, Ministro Toffoli. É que eu acho que já houve uma superação desse ponto.

Ministro Fachin?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Na verdade, Ministro Toffoli, nós nos concentramos apenas no item 1.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Estamos no item 1.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Para, digamos, ficar atentos àqueles aspectos que granjearam praticamente uma posição unânime de todos os Colegas aqui no Plenário.

Por isso, se Vossa Excelência me permitir, também o Senhor Presidente, creio que a redação, com as contribuições já ventiladas e rogando aí a compreensão do Ministro Zanin, poderia eventualmente ficar nos seguintes termos - exclusivamente esta formulação, e não as demais:

A busca pessoal, independentemente de mandado judicial, deve estar fundada em elementos indiciários objetivos de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, ou de objetos, ou papeis que constituam corpo de delito, não sendo lícita a realização da medida com base na raça, sexo, orientação sexual, cor da pele, ou aparência física.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

HC 208240 / SP

(PRESIDENTE) - O Ministro Zanin tinha acrescentado mais alguma coisa a essa lista?

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Não, eu penso que essa formulação atende àquela preocupação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu penso que sim.

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Eu estou de acordo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Eu também estou de acordo. E o Ministro Gilmar, um pouco antes de sair, também deixou o voto.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Senhor Presidente, só, sem querer, assim, algumas, relendo aqui, agradeço ao Ministro Edson Fachin, que gentilmente também me encaminhou a proposição, a preocupação aqui não é relação ao perfilamento. Nenhuma preocupação em relação ao perfilamento.

Nós estamos falando de busca que esteja de posse de arma proibida, elementos indiciários objetivos de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, ou de objetos, ou papéis que constituam corpo de delito.

Há abordagens policiais que não necessariamente envolvem posse de arma, ou objetos, ou papéis que constituam corpo de delito. Então, eu tenho a preocupação de nós estarmos tratando de uma temática específica que se refere a perfilamento racial, mas ao colocarmos condicionantes, veja, elementos objetivos, sem dúvida nenhuma, mas não necessariamente são elementos objetivos relacionados à porte de arma, posse de arma.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Desculpe-me, Ministro André. Nessa parte, a tese reproduz o art. 244, do Código de Processo Penal, que fala:

"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."

De modo que, nessa parte, é mera reprodução legal.

HC 208240 / SP

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA - Reprodução da lei, não é?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - É. Proclamarei o resultado, então.

Acredito que foi muito importante este julgamento. Apesar da divergência no tocante ao caso concreto, eu acho que nós estamos assentando a tese -sobretudo neste caso, é a mais relevante - de que o perfilamento racial é inaceitável. Como lembrou o Ministro Gilmar, nesse exemplo de um jovem negro ser abordado, portar uma mochila, pelo simples fato de ser negro. Nós estamos enfrentando no Brasil um racismo estrutural que exige que nós possamos tomar posições em relação a esse tema.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 208.240

PROCED. : 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 (77742/RS) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : CRISTIANO AVILA MARONNA (122486/SP)

ADV.(A/S) : POLIANA FERREIRA (52789/BA) 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 (118584/SP) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : SHEILA SANTANA DE CARVALHO (343588/SP)

ADV.(A/S) : AGATHA REGINA ABREU DE MIRANDA (415552/SP)

AM. CURIAE. : FRANCISCO DE ASSIS: EDUCACAO, CIDADANIA, INCLUSAO E DIREITOS HUMANOS

AM. CURIAE. : EDUCAFRO BRASIL

ADV.(A/S) : NAUE BERNARDO PINHEIRO DE AZEVEDO (56785/DF)

ADV.(A/S) : HECTOR LUIS CORDEIRO VIEIRA (26762/DF)

ADV.(A/S) : BEETHOVEN NASCIMENTO DE ANDRADE (56171/DF)

ADV.(A/S) : PATRICIA CAMPOS GUIMARAES DE SOUZA (35315/DF)

ADV.(A/S) : CARLOS AUGUSTO DE SOUZA SANTOS (168199/MG, 168199/MG)

AM. CURIAE. : INICIATIVA NEGRA POR UMA NOVA POLÍTICA SOBRE DROGAS

ADV.(A/S) : RODRIGO MELO MESQUITA (41509/DF, 7725/PI)

AM. CURIAE. : GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GENERO - GADVS

ADV.(A/S) : HEDIO SILVA JUNIOR (146736/SP)

ADV.(A/S) : SILVIA VIRGINIA SILVA DE SOUZA (372470/SP)

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (242668/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DOS DIREITOS DAS RELIGIOES AFRO-BRASILEIRAS - IDAFRO

ADV.(A/S) : HEDIO SILVA JUNIOR (146736/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS

ADV.(A/S) : RAQUEL LIMA SCALCON (86286/RS, 439421/SP)

ADV.(A/S) : THEUAN CARVALHO GOMES DA SILVA (343446/SP)

ADV.(A/S) : JOAO VICENTE TINOCO (211245/RJ)

ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA (65698/DF)

ADV.(A/S) : RENATO STANZIOLA VIEIRA (189066/SP)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA ADVOCACIA NEGRA
ADV.(A/S) : MARCOS ANDRE DE PAULA OLIVEIRA (207947/MG)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo paciente, o Dr. Fernando Rodolfo Mercês Moris, Defensor Público do Estado de São Paulo; pelo *amicus curiae* Conectas Direitos Humanos, o Dr. Gabriel de Carvalho Sampaio; pelo *amicus curiae* Iniciativa Negra Por Uma Nova Política Sobre Drogas, o Dr. Rodrigo Mesquita; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos, a Dra. Priscila Pamela Cesario dos Santos; pelos *amici curiae* Coalizão Negra por Direitos e Instituto Referência Negra Peregrum, a Dra. Ágatha Regina Abreu de Miranda; pelo *amicus curiae* Educafro Brasil, o Dr. Nauê Bernardo Pinheiro de Azevedo; pelos *amici curiae* Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero - GADvS e Instituto de Defesa dos Direitos das Religiões Afro-Brasileiras - IDAFRO, a Dra. Sílvia Virginia Silva de Souza; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, a Dra. Deborah Duprat; pelo *amicus curiae* Justa, o Dr. Cristiano Maronna; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a Dra. Livia Casseres, Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro; e, pela Procuradoria-Geral da República, a Dra. Lindôra Maria Araújo, Vice-Procuradora-Geral da República. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Nunes Marques. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 1º.3.2023.

Decisão: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que não conhecia do *habeas corpus*, mas concedia 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; e dos votos dos Ministros André Mendonça, Alexandre de Moraes e Dias Toffoli, que denegavam a ordem, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes, Roberto Barroso e Nunes Marques. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 2.3.2023.

Decisão: Após o voto do Ministro Nunes Marques, que acompanhava a divergência para denegar a ordem, pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux. Aguardam os demais Ministros. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Roberto Barroso. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 8.3.2023.

Decisão: O Tribunal, por maioria, denegou a ordem, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Luiz Fux e Luís Roberto Barroso (Presidente). Em seguida, por unanimidade, foi fixada a seguinte tese de julgamento: "A busca pessoal independente de mandado judicial deve estar fundada em elementos indiciários 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, sexo, orientação sexual, cor da pele ou aparência física”. Redigirá o acórdão o Relator. Ausentes, justificadamente, o Ministro Alexandre de Moraes, que proferiu voto em assentada anterior denegando a ordem, e a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 11.4.2024.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Nunes Marques, André Mendonça, Cristiano Zanin e Flávio Dino.

Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes.

Procurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário