

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
CAMPUS AVANÇADO GOVERNADOR VALADARES
INSTITUTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

João Vitor Clementino Rocha

**BUSCA PESSOAL ENQUANTO INSTRUMENTO DA SELETIVIDADE PENAL
CONTRA A POPULAÇÃO NEGRA**

Governador Valadares

2022

João Vitor Clementino Rocha

**BUSCA PESSOAL ENQUANTO INSTRUMENTO DA SELETIVIDADE PENAL
CONTRA A POPULAÇÃO NEGRA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Instituto de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal de Juiz de Fora campus avançado Governador Valadares, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Nayara Rodrigues Medrado

Governador Valadares

2022

João Vitor Clementino Rocha

**BUSCA PESSOAL ENQUANTO INSTRUMENTO DA SELETIVIDADE PENAL
CONTRA A POPULAÇÃO NEGRA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Instituto de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal de Juiz de Fora campus avançado Governador Valadares, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Prof^ª. Nayara Rodrigues Medrado - UFJF/GV (Orientadora)

Prof^ª. Julia Silva Vidal - UFJF/GV (Banca Examinadora)

Prof. Renato Santos Gonçalves - UFJF/GV (Banca Examinadora)

Governador Valadares
2022

BUSCA PESSOAL ENQUANTO INSTRUMENTO DA SELETIVIDADE PENAL CONTRA A POPULAÇÃO NEGRA

João Vitor Clementino Rocha¹

RESUMO: A busca pessoal consiste em um meio de obtenção de prova muito utilizado na atuação policial. Não obstante, verifica-se que a regulamentação do referido procedimento é bastante problemática, em razão da indeterminação conceitual do termo “fundada suspeita”, que abre margem para o agir arbitrário do Estado. Desse modo, será analisado como é efetivamente preenchido esse conceito genérico, averiguando a influência do aspecto racial para a sua construção. A partir da teoria do *labeling approach* enquanto marco teórico, o processo de criminalização ganhará enfoque para compreender a política estatal de controle da população negra através do sistema punitivo. Por fim, conclui-se que a busca pessoal é utilizada como instrumento para a reprodução da seletividade penal, principalmente contra homens jovens negros de periferia, e, apesar da interpretação sugerida para a legitimação da busca pessoal representar uma importante forma de redução de danos, é necessária uma alteração legislativa que estabeleça critérios mais objetivos na regulamentação do procedimento em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Busca pessoal. *Labeling approach*. Criminalização. Racismo.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Busca pessoal: tratamento dogmático; 2.1. Problematização do termo “fundada suspeita”; 3. *Labeling Approach* e a seletividade punitiva; 4. Racialização na constituição da “fundada suspeita”; 5. Papel do Judiciário diante da atual regulamentação da busca pessoal; 6. Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o instituto da busca pessoal e a sua utilização como instrumento de seletividade penal. Será desenvolvido através da técnica de pesquisa teórica, que será concretizada por meio da coleta e análise de legislações, dados estatísticos, bem como do arcabouço teórico que trabalha o processo de criminalização, tendo o *labeling approach* como marco teórico.

Buscar-se-á responder como é preenchida, na prática, a suspeição do agente policial para cumprir uma busca pessoal, bem como se o atual texto normativo regulamentador do referido procedimento é adequado à necessidade de garantia do cidadão por meio da lei. Ademais, será apontado qual o melhor entendimento interpretativo a ser adotado para uma legítima e democrática realização da busca pessoal.

No primeiro tópico, é feita uma breve explanação dogmática acerca da busca pessoal,

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, *campus* Avançado de Governador Valadares (UFJF/GV).

sendo feita uma análise crítica a partir do seu respectivo subtópico. O termo “fundada suspeita” é problematizado a partir do princípio da legalidade, tendo em vista o seu caráter genérico e abstrato, abrindo espaço para o exercício arbitrário do Estado contra a população negra.

Posteriormente, o *labeling approach* é utilizado como marco teórico para compreender a forma de atuação do sistema punitivo, tendo a busca pessoal como ponto referencial no processo de criminalização. Busca-se entender o direcionamento racista das abordagens policiais como fruto de um trabalho conjunto entre as diferentes instâncias do controle social formal.

Por fim, será destacada a importância da função do Poder Judiciário no controle da legalidade da busca pessoal, através de uma interpretação restritiva das suas hipóteses de cabimento, exigindo elementos concretos e objetivos para a configuração de uma fundada suspeita, de modo a eliminar a sua realização com base em aspectos subjetivos discriminatórios.

2 BUSCA PESSOAL: TRATAMENTO DOGMÁTICO

A busca pessoal consiste em uma espécie do gênero busca e apreensão, o qual recebeu designação, tecnicamente, inapropriada pelo Código de Processo Penal, conforme leciona Aury Lopes Jr. (2021a, p. 223). Isso porque se tratam de dois institutos diferentes, sendo a busca utilizada como instrumento para se encontrar pessoas ou coisas relacionadas ao crime, que serão apreendidos (apreensão) caso sejam encontrados, para fins de garantia da prova, ou até mesmo para restituição ao legítimo dono, se for o caso. Desse modo, observa-se que a busca consiste em um meio de obtenção de prova, enquanto a apreensão é uma medida cautelar probatória ou assecuratória, de acordo com a finalidade que será dada ao objeto apreendido, não dependendo um necessariamente do outro.

Nesse sentido, a busca pessoal, que está disciplinada nos arts. 240, §2² e 244³, ambos do Código de Processo Penal, consiste em uma busca que recai sobre o próprio corpo do indivíduo ou em sua esfera de custódia, que abrange as suas roupas e pertences, incluindo automóvel, a não ser que este se destine a moradia (WANDERLEY, 2017, p. 1121-1122).

O procedimento é legitimado quando há uma fundada suspeita de que o agente esteja ocultando arma proibida ou objeto previsto nas alíneas “b” a “f” e “h” do art. 240, §1, do Código de Processo Penal. Diferentemente da busca domiciliar, prescinde de mandado judicial, bem como pode ser feita em qualquer horário do dia e da noite.

A busca pessoal também é permitida incidentalmente no caso de prisão e nas pessoas que se encontrarem no local durante uma busca domiciliar, esta última sendo decorrência lógica da necessidade de se encontrar o objeto da diligência (LOPES JR., 2021a, p. 230), a qual, em regra, passou pelo crivo do controle judicial.

Por fim, tratamento diferenciado é dado à busca pessoal realizada em mulheres, conforme disciplina o art. 249⁴ do Código de Processo Penal. Dessa forma, o procedimento só pode ser feito por outra agente policial feminina, a não ser que isso acarrete em um prejuízo ou protelação da diligência.

2.1 Problematização do termo “fundada suspeita” sob o prisma do princípio da legalidade

Conforme demonstrado no tópico anterior, a busca pessoal não precisa de um mandado judicial para a sua realização, bastando que haja uma fundada suspeita de estar o agente portando um objeto relacionado ao crime investigado. A grande questão acerca do tratamento dogmático do referido procedimento é a ampla abertura de discricionariedade fornecida pelo termo “fundada suspeita”, uma vez que se trata de um conceito genérico, que não possui uma

² Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

(...)

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;

(...)

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.

³ 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.

⁴ Art. 249. A busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência.

definição concreta, tornando-se especialmente problemático quando considerados os fundamentos do processo penal.

É essencial a compreensão de que o processo penal constitui verdadeira barreira ao poder punitivo estatal, sendo fruto de uma construção histórica da própria concepção de Estado. Conforme exposto por Bettiol (1976 apud LOPES JR., 2021b, p. 13), em um Estado de Direito, o ser humano adquire uma dimensão jurídica a ser respeitada, não podendo ser atingida de forma arbitrária, o que representa uma importante evolução em relação ao Estado de Polícia antecedente à Declaração dos Direitos do Homem (1789), época sem garantias de liberdade para os indivíduos.

Portanto, tendo em vista o ponto de evolução em que se encontra o Brasil, ou seja, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, o processo penal deve ser lido a partir do paradigma da Constituição, servindo como instrumento para a efetivação das garantias e direitos constitucionais (LOPES JR, 2021b, p. 12).

Dentro dessa perspectiva, a intervenção estatal sobre os direitos individuais dos cidadãos deve sempre ser legitimada por um processo que respeite as “regras do jogo”, tendo a Constituição como máximo preceito normativo, seguida da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que, no Brasil, possui natureza supralegal⁵, estando, assim, acima das leis ordinárias, as quais devem passar por esses dois filtros para que sejam válidas dentro do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o procedimento da busca pessoal adquire relevância quando considerado seu efeito estigmatizante sobre o indivíduo que a sofre, entrando em conflito com diversos direitos constitucionalmente garantidos, como à intimidade, honra, imagem, incolumidade física e moral, todos decorrentes do eixo norteador de toda a ordem jurídica pátria, que é a dignidade da pessoa humana.

Tendo isso em vista, a realização da referida diligência não pode se dar de forma arbitrária, mas sim legitimada por critérios normativos bem construídos, previamente cognoscíveis, e devidamente preenchidos pelo contexto fático. Não obstante, não é isso que se observa nos dispositivos legais que tratam da busca pessoal.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 466.343-1/SP. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Relator: Ministro Cezar Peluso, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 26 jan. 2022.

No Direito Penal, o princípio da legalidade é consagrado pela expressão “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, a qual determina que nenhum fato pode ser considerado crime nem nenhuma sanção penal ser aplicada sem que haja uma lei anterior que as definam⁶ (BITTENCOURT, 2021, p. 25). Como decorrência desse princípio, a lei penal não pode retroagir, salvo para beneficiar o réu (Art. 5, XL, da CF).

Todavia, o princípio da legalidade deve reger não apenas as normas de Direito Penal em sentido estrito, mas também se estender às normas processuais, uma vez que o direito processual e material não podem mais ser trabalhados de forma dissociada, principalmente considerando o princípio da necessidade, que estabelece o processo como o único caminho possível para a aplicação legítima da pena, demonstrando a íntima relação entre essas áreas (LOPES JR. 2021, p. 45).

Nesse sentido, Paulo Queiroz e Antonio Vieira (2004) defendem o papel da lei enquanto garantia também na forma de organização do processo, sendo fundamental no controle do exercício do poder punitivo estatal. Criticam a utilização do processo penal pelo Estado numa lógica eficientista, minimizando garantias com a dita finalidade de combate à criminalidade, aplicando intervenções processuais como forma de primeira resposta ao crime, antes mesmo de uma eventual condenação.

Por isso, rechaçam o princípio da imediatidade das leis processuais penais (art. 2 do CPP⁷) a partir de uma leitura constitucional. Assim, sempre que uma lei penal (processual ou material) for prejudicial ao réu, por reduzir suas garantias, ela não poderá retroagir aos fatos praticados antes da sua vigência.

Ademais, importante salientar que o princípio da legalidade não é suficientemente preenchido quando apenas observado o aspecto formal da elaboração legislativa, sendo exigido também que ela apresente um conteúdo descritivo, pormenorizado, a fim de se evitar espaços para a discricionariedade, sob pena de se legitimar o arbítrio estatal com uma roupagem de legalidade (ROXIN, 1997, p. 169⁸).

Dessa forma, ao adotar uma expressão tão abstrata quanto a “fundada suspeita”, o dispositivo regulamentador da busca pessoal está infringindo o princípio da legalidade, haja vista ele não delimitar o poder de intervenção estatal na esfera individual do cidadão, deixando

⁶ Art. 5º – (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

⁷ Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

⁸ “Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del tus puniendí estatal a la que se pueda recurrir” (tradução nossa).

um amplo espaço de discricionariedade a ser preenchido pela arbitrariedade do servidor público, representado, em um primeiro plano, pelo agente policial.

Desse modo, mesmo se os órgãos de controle da atividade policial não se mostrassem complacentes com os abusos cometidos na realização de uma busca pessoal, ainda assim se apresentaria muito difícil a responsabilização dos agentes estatais que praticaram o fato, uma vez que a indeterminação conceitual do termo “fundada suspeita” não estabelece um limite identificável entre um procedimento legítimo e outro arbitrário.

3 LABELING APPROACH E A SELETIVIDADE PENAL

A utilização de termos genéricos, como o “fundada suspeita” na regulamentação da busca pessoal, constitui fator relevante para a sustentação do direcionamento punitivo discriminatório por parte do Estado. Isso pode ser compreendido através da teoria do *labeling approach*, também conhecida como teoria do etiquetamento, ou paradigma da reação social, entre outras nomenclaturas.

O *labeling approach* trata a questão da criminalidade a partir do interacionismo simbólico, pelo qual o comportamento humano é moldado pelas suas infinitas relações sociais, bem como da etnometodologia, que afirma ser a sociedade fruto de uma construção social, não podendo ser conhecida de forma objetiva (FLAUZINA, 2006, p. 19).

A principal ideia trazida por essa teoria, como explica Baratta (2002, p. 86-87), é de que o crime consiste em uma criação social, e não uma realidade pré-existente. Dessa forma, uma conduta é considerada desviante não por uma qualidade em si do fato, mas sim em razão da reação da sociedade diante daquele comportamento.

O paradigma da reação social foi fundamental para realizar o deslocamento do objeto de análise predominante na criminologia, passando do indivíduo desviante para o funcionamento do sistema punitivo. A criminalidade deixa de ser o ponto de partida, uma realidade natural a ser explicada, passando a ser compreendida enquanto fruto de uma construção social, a qual deve-se buscar conhecer criticamente os seus processos (BARATTA, 2002, p. 86-87).

Necessário apontar, conforme ensinam Eugenio Zaffaroni e Nilo Batista (2003 apud FLAUZINA, 2006, p. 22), que o sistema penal consiste no conjunto de instâncias produtoras da criminalização, através das relações entre si e com o exterior. Não obstante, elas não agem de forma coordenada, uma vez que cada agência exerce uma diferente função dentro das condições que lhes são peculiares, sendo o resultado gerado pela confluência desses trabalhos.

A criminalização primária ocorre no âmbito legislativo, estabelecendo as regras abstratamente, determinando as condutas penalmente puníveis. Posteriormente, os demais órgãos de controle social formal (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário) serão responsáveis por aplicarem essas regras, dando forma à criminalização secundária.

Dentro dessa perspectiva, não é possível a concepção de um “criminoso nato”, seja por suas características pessoais ou sociais, pois a figura do desviante é uma atribuição (etiqueta) dada a determinadas pessoas pelo grupo social responsável por estabelecer a criminalização de certas condutas.

A teoria do etiquetamento estabelece que a criminalidade necessita da reação social para que ela se forme, não bastando o simples cometimento da conduta legalmente proibida. Assim sendo, é necessário o contato do indivíduo transgressor com os órgãos de controle social formal para que ele seja efetivamente rotulado como um “criminoso”.

Tendo isso em vista, a seletividade aparece como marca fundante do processo de criminalização. A partir do crescimento de novos campos de investigação, principalmente dos delitos de “colarinho branco”, com destaque ao trabalho de Sutherland, observou-se a indisposição para perseguir criminalmente as infrações cometidas por indivíduos pertencentes aos grupos sociais hegemônicos, bem como a disparidade existente entre o real número de delinquências cometidas e as propriamente identificadas pelos órgãos de controle formal (BARATTA, 2002, p. 101-103).

Em decorrência disso, extrai-se que a estrutura penal não foi concebida propriamente para a inibição e controle de certas condutas, mas sim de determinados indivíduos pertencentes aos grupos indesejados pelos produtores da criminalização. O preenchimento dessa concepção discriminatória é dado por toda estrutura social construída historicamente, estando presente em todas as instâncias de controle social, se manifestando de forma mais extrema e violenta no poder punitivo estatal.

A menor persecução dos crimes de “colarinho branco”, entre outros fatores, se dá pelo não encaixe dos seus autores no estereótipo de “criminoso”, tendo em vista a sua construção racializada por parte das instâncias estatais, gerando uma menor vigilância. Ademais, esses grupos hegemônicos possuem maior contato e influência sobre as pessoas que compõem os comandos das instâncias produtoras da criminalização (juizes, promotores, parlamentares...), o que também contribui decisivamente para a sua não seleção por estas agências.

A legislação penal brasileira está permeada de construções características do Direito Penal do autor, que consiste na criminalização baseada em aspectos subjetivos, e não do fato

propriamente em si. Como exemplos, é possível citar o art. 28, §2, da Lei n. 11.343/2006⁹, que estabelece dever ser levado em consideração o local em que se desenvolveu a ação e as condições pessoais e sociais do indivíduo para diferenciar um traficante de um usuário de entorpecentes, bem como o art. 59 do Código Penal¹⁰, o qual estipula a conduta social e a personalidade do agente como circunstâncias judiciais passíveis de serem consideradas na majoração da pena-base, no momento de dosimetria.

Por óbvio, essa concepção é antidemocrática, e, conseqüentemente, inconstitucional, uma vez que fere o direito a uma sociedade livre e pluralista, erradicada de preconceitos de qualquer espécie. Assim como apontado sobre a busca pessoal, ela exerce papel fundamental na política de seletividade penal, legitimando a atuação discriminatória das agências de criminalização secundária.

Por fim, convém destacar o giro fundamental realizado pelo paradigma da reação social na compreensão da criminalidade, colocando os holofotes sobre a atuação seletiva do sistema punitivo, abrindo portas para uma análise crítica em relação às instâncias de poder e à influência de aspectos históricos e sócio-políticos na sua constituição.

4 RACIALIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA “FUNDADA SUSPEITA”

O abuso de poder exercido pela polícia através da busca pessoal não é direcionado igualmente à toda sociedade, mas sim, especificamente, à parcela negra¹¹ da população. Essa construção discriminatória faz parte de uma política criminal que objetiva, historicamente, a contenção dessas pessoas, tendo o encarceramento em massa como uma de suas maiores expressões, chegando, inclusive, ao extremo de execuções sumárias pela polícia, principalmente em operações realizadas nas favelas¹².

A forma de atuação do braço punitivo estatal é um reflexo da construção histórica na formação do pensamento brasileiro, baseado em teorias racistas do século XIX. As teses do racismo científico acerca da inferioridade da mestiçagem vão desde uma perspectiva de

⁹ Art. 28 - § 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.

¹⁰ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...)

¹¹ Adota-se neste trabalho, apenas para fins metodológicos, as nomenclaturas utilizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), considerando negras as pessoas que se autodeclararam como pretas e pardas.

¹² De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, formulado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 78,9% das mortes decorrentes de intervenção policial no Brasil em 2020 foram de pessoas negras.

limitação biológica, defendida por Nina Rodrigues, que afirmava que o mestiço incorporava as piores características de cada raça, até a inferioridade cultural em relação aos povos europeus, sustentada por Arthur Ramos, argumentando acerca do impedimento para o progresso gerado pela herança de hábitos de culturas inferiores (SINHORETTO; LIMA, 2020, p. 12-13).

Numa outra perspectiva, Gilberto Freyre (1933) tenta adotar uma abordagem de exaltação da mestiçagem enquanto traço distintivo das relações raciais no Brasil, desenvolvendo o conceito de “democracia racial”. Este termo tenta passar uma imagem de harmonia na convivência entre as raças, justamente pela sociedade brasileira ser fruto de uma mistura entre elas, constituindo um exemplo para o restante do mundo, que vivia um contexto de guerras e violência ocasionado por tensões étnicas e raciais (SINHORETTO; LIMA, 2020, p. 13).

Essa doutrina de democracia racial foi fortemente incorporada pelo Estado brasileiro, mascarando a desigualdade racial existente na sociedade, reconhecendo apenas uma diferenciação entre classes sociais. Ao mesmo tempo, impedia a construção de uma identidade do povo negro, capaz de enfrentar um sistema de dominação racial atuante em diversos planos, como político e cultural.

Contudo, embora tentem negar, o racismo¹³ é uma realidade latente na sociedade brasileira, sendo fortemente produzido e reproduzido pelas instituições. No âmbito da busca pessoal, o conceito de “filtragem racial”, trabalhado nos Estados Unidos, pode ser importado para compreender a atuação policial no Brasil.

A filtragem racial consiste em “práticas racialmente tendenciosas de identificação de suspeitos usados em específico no contexto dos motoristas que são parados nas rodovias” (AMAR, 2005 apud BARROS, 2008, p. 4). Esse tipo de atuação ganhou força a partir do caso *Terry v. Ohio* (1968), em que a Suprema Corte dos EUA flexibilizou a garantia constitucional do cidadão de não receber buscas ou ser detido sem a expedição de um mandado prévio, concedido por autoridade autônoma e imparcial, fundamentado em fatos que garantam a um indivíduo de razoável cautela de que um crime está em curso (WANDERLEY, 2016, p. 114).

¹³ Definição de racismo proposta pela Unesco, presente no Art. 2, item 2, da Declaração sobre a Raça e os preconceitos raciais: “O racismo engloba as ideologias racistas, as atitudes fundadas em preconceitos raciais, os comportamentos discriminatórios, as disposições estruturais e as práticas institucionalizadas que provocam a desigualdade racial, assim como a ideia falaz de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificáveis; manifesta-se por meio de disposições legislativas ou regulamentares, e de práticas discriminatórias, assim como por meio de crenças e atos anti-sociais; obstaculiza o desenvolvimento de suas vítimas, perverte aqueles que o praticam, divide as nações em seu próprio seio, constitui um obstáculo para a cooperação internacional e cria tensões políticas entre os povos; é contrário aos princípios fundamentais do direito internacional e, por conseguinte, perturba gravemente a paz e a segurança internacionais”. Ademais, acrescenta FLAUZINA (2006, p. 12) o caráter desumanizador do racismo, servindo “como forma de catalogação dos indivíduos, afastando-os ou aproximando-os do sentido de humanidade de acordo com suas características raciais”.

Na ocasião do referido julgamento paradigmático, ocorrido em um contexto de grande pressão sobre a Suprema Corte e do crescimento da luta do movimento negro por direitos civis nos Estados Unidos, foi estabelecida a criação de uma nova abordagem policial, chamada “*stop and frisk*”. Esse procedimento se baseia na rápida detenção e busca de armas nas roupas do indivíduo, não necessitando de mandado prévio para a sua realização, bastando que o policial identifique uma suspeita razoável de estar em curso uma atividade delitativa (WANDERLEY, 2016, p. 116).

Em outras palavras, o agente policial, levando em conta a sua experiência, poderia abordar uma pessoa em um espaço público caso percebesse um comportamento não usual que indicasse o cometimento de um crime. A realização da busca por alguma arma, no entanto, só deve ocorrer se houver elementos objetivos de que o indivíduo esteja armado, trazendo risco para o policial e para os demais presentes no local (WANDERLEY, 2016, p. 117).

A partir desse novo posicionamento adotado pela Suprema Corte dos EUA, com a dita finalidade de um agir preventivo contra a criminalidade, as demais cortes do país continuaram a flexibilizar ainda mais as possibilidades para uma abordagem policial. Isso ocasionou uma potencialização de práticas discriminatórias institucionais através da filtragem racial para a realização da “*stop and frisk*”, em razão da associação feita pelo senso comum entre tráfico de drogas, criminalidade urbana e a população negra (WANDERLEY, 2016, p. 121).

A busca pessoal no Brasil se assemelha ao “*stop and frisk*” dos Estados Unidos nos aspectos de ambos não precisarem de mandado judicial e se basearem na percepção do agente policial do que constitui uma atitude suspeita, com a diferença de que, no Brasil, a busca não se limita apenas à procura de armas de fogo.

Da mesma forma que ocorre nos Estados Unidos, é possível identificar um nítido direcionamento discriminatório contra a população negra através da busca pessoal. Nesse sentido, o estudo “Policimento e relações raciais: estudo comparado sobre formas contemporâneas de controle do crime” realizou uma análise sobre dados quantitativos e qualitativos em quatro estados referentes ao modelo de policiamento ostensivo e sua relação com a desigualdade racial no controle criminal, no período entre 2013 e 2017. A ausência de documentação acerca das abordagens policiais nos estados estudados fez com que o levantamento fosse feito a partir dos dados sobre prisões em flagrante.

De acordo com os dados estatísticos fornecidos, o estado de Minas Gerais prende em flagrante pessoas negras de duas a três vezes mais em relação a não-negras (BATITUCCI; ZILLI; COUTO, 2020, p. 140), realidade semelhante ao que acontece em São Paulo (SINHORETTO *et al.*, 2020, p. 244). No Distrito Federal, verificou-se uma lacuna nas

informações concedidas, uma vez que não havia registro referente à raça em 99% das ocorrências, contudo, quando presentes os registros, a tendência é a mesma identificada em São Paulo e Minas Gerais (CEDRO; MACEDO; SINHORETTO, 2020, p. 353).

Outro importante trabalho que aponta essa atuação discriminatória é o de Jéssica da Mata, transformado no livro “A política do enquadro”. A pesquisadora realizou uma análise sobre as abordagens policiais na cidade de São Paulo, destacando o seu exponencial aumento desde a década de 90, fruto de um pacto político para legitimar e manter viva a Polícia Militar.

A pesquisadora coletou dados oficiais de “enquadros” registrados pela própria PM, em que foram desconsiderados os casos que efetivamente viraram flagrantes, o que é importante para demonstrar o perfil de quem é apenas suspeito pela polícia, e não quem realmente estava cometendo um crime. Em uma amostra de pouco mais de 3.420 pessoas, os homens jovens negros, de 15 a 29 anos, foram abordados 8 vezes mais do que sua representatividade no local da sua abordagem (GOMES DA MATA, 2021).

Na cidade do Rio de Janeiro, a realidade não é diferente. De acordo como o relatório “Elemento Suspeito”, produzido pelo Centro de Estudo de Segurança e Cidadania (Cesec), 63% das pessoas que disseram já ter sofrido uma revista policial são pretas ou pardas, embora representem apenas 48% da população carioca. Ademais, novamente é identificada uma maior incidência sobre homens jovens negros de comunidade.

O instituto da busca pessoal é utilizado de forma banalizada, fruto do modelo de policiamento ostensivo adotado no Brasil, que consiste na ocupação do espaço público pela Polícia Militar com a dita finalidade de prevenir crimes, orientada a identificar “atitudes suspeitas” e realizar a consequente abordagem. Acrescenta-se, ainda, o seu caráter “eficientista”, avaliando o trabalho policial através do número de prisões, apreensões de objetos, entre outras estatísticas que incentivam a constante realização de abordagens, mesmo quando não há razões concretas para tal (SINHORETTO *et al.*, 2020, p. 1).

Esse modo de policiamento gera uma maior atuação discriminatória, uma vez que as abordagens policiais não se fundam em elementos concretos demonstrados pelas situações fáticas. Na prática, a fundada suspeita é constituída a partir de elementos subjetivos, como a roupa da pessoa, o cabelo, território, idade, forma de se comportar, utilizando-se de atributos característicos da juventude negra periférica (DUTRA; SENA; PAZ, 2020, p. 339), conforme foi igualmente identificado nos citados trabalhos.

Diante desse cenário, é possível visualizar nitidamente a complementariedade dos trabalhos das agências do sistema punitivo no processo de criminalização da população negra, conforme denunciado pela *labeling approach*. A atuação discriminatória da polícia

(criminalização secundária) só é possível a partir de uma construção legislativa permissiva (criminalização primária), que abre margem para a arbitrariedade e dificulta o exercício do controle e responsabilização dos agentes abusivos

Entendendo o crime como fruto de uma construção social, e não um dado da realidade natural, verifica-se a ilegitimidade da construção de um perfil do indivíduo suspeito a ser abordado, haja vista a impossibilidade de identificar um “delinquente” a partir de atributos subjetivos. Dessa forma, a decisão de abordar pessoas com base em elementos como o cabelo, roupa, forma de andar, entre outros, não passa de um exercício discriminatório institucional com a finalidade de controle sobre a população negra, principalmente em relação aos homens jovens periféricos.

Importante ressaltar que a racialização na constituição do “suspeito” por parte da polícia também se dá através do seu maior direcionamento a determinados locais da cidade, em que há uma maior concentração da população negra, bem como a crimes específicos, fundamentalmente aos que os jovens negros da periferia estão mais vulneráveis por questões socioeconômicas, como o tráfico de drogas.

Isso pode ser compreendido a partir do conceito de racismo institucional trabalhado por Sampaio (2003 apud BARROS, 2008, p. 138), conforme explicado a seguir:

O fracasso coletivo de uma organização para prover um serviço apropriado e profissional para as pessoas por causa de sua cor, cultura ou origem étnica. Ele pode ser visto ou detectado em processos, atitudes e comportamentos que totalizam em discriminação por preconceito involuntário, ignorância, negligência e estereotipagem racista, que causa desvantagem a pessoas de minoria étnica.

Evidencia-se, portanto, que o racismo se encontra não apenas no julgamento do agente policial em abordar determinada pessoa com base em sua raça, mas sim em toda uma estrutura funcional geradora da desigualdade racial. O racismo não pode ser compreendido apenas com base na intenção do ato em si, mas sim a partir das suas consequências (BARROS, 2008, p. 137).

5 PAPEL DO JUDICIÁRIO DIANTE DA ATUAL REGULAMENTAÇÃO DA BUSCA PESSOAL

A função principal do Poder Judiciário, que é de interpretação e aplicação das normas jurídicas, atrai maior enfoque diante de uma produção legislativa deficitária. Dentro dessa

perspectiva, a posição defendida por Pacelli (2021, p. 41-42) é bastante adequada enquanto diretriz para o desempenho dessa atividade.

Em razão das deficiências históricas no desenvolvimento do Brasil, desde o processo de colonização, escravidão, e, mais recentemente, pela ditadura militar, Pacelli aponta para uma necessidade da prevalência dos direitos fundamentais como critério de interpretação do Direito. Destaca-se, ainda, uma especial atenção à área do Direito Penal e Processo Penal, prezando por uma mínima atuação interventiva do Estado, a fim de inibir abusos.

Para isso, ele estabelece dois postulados de interpretação constitucional, sendo eles o da “máxima efetividade dos direitos fundamentais” e o da “proibição de excesso”. Ademais, explica que “postulados”, como os apontados por ele, não se encontram explicitamente no texto positivado, mas são fruto de uma abstração extraída da base normativa do ordenamento jurídico, que, no caso do Brasil, é do “sistema dos direitos fundamentais”, buscando a sua efetivação.

Ademais, o uso da busca pessoal como instrumento fundamental no modelo de policiamento ostensivo demonstra como, na prática, é descaracterizada a sua natureza enquanto meio de obtenção de prova, uma vez que passa a ser realizada sem qualquer lastro de investigação prévia, sem a finalidade de adquirir um específico elemento probatório, o qual será útil para um inquérito policial ou processo penal em curso. Ao invés disso, é invertida a ordem dos fatores: busca-se, baseado em aspectos subjetivos discriminatórios, para depois investigar, caso seja encontrado algo.

Nessa perspectiva, Gisela Aguiar Wanderley (2017, p. 1.126-1.131) faz uma crítica muito pertinente à forma como é deslocada a fundamentação da busca pessoal, passando de uma “fundada suspeita de posse de corpo de delito” para uma “atitude suspeita”. Deveras, se esquece da vinculação objetiva existente no dispositivo legal, que determina a necessidade de haver um juízo de probabilidade de o indivíduo estar portando alguma arma proibida ou objeto/papel que constitua corpo de delito. Ao invés disso, rotula-se atitudes, situações ou pessoas como suspeitas, mas sem a efetiva demonstração de elementos objetivos de que a pessoa esteja portando uma arma proibida ou algum objeto de corpo de delito.

Dessa forma, a busca pessoal, para ser legítima, tem que se basear em elementos concretos, demonstráveis, de que a pessoa esteja portando algum dos objetos descritos nos incisos “b” a “f” e “h”¹⁴ do art. 240 do CPP, e não meras suposições subjetivas e abstratas,

¹⁴ Destaca-se a amplitude de discricionariedade também fornecida pela alínea “h” do art. 240 do CPP. Diante disso, pertinente a crítica de Aury Lopes Jr. (2021a, p. 224), que defende a impossibilidade de se realizar uma busca com base apenas na referida alínea, devendo ser especificado o que se procura. Embora ele tenha feito essa ressalva ao falar sobre a busca domiciliar, ela também pode se aplicar à busca pessoal, uma vez que se trata do mesmo dispositivo legal, além de também ser procedimento que atinge direitos fundamentais.

tampouco ter como justificativa o fato do indivíduo ser conhecido dos agentes policiais por possuir outras passagens criminais, por ferir, entre outros direitos, a presunção de inocência.

Em caso de suspeita de o indivíduo estar com posse de um corpo de delito, acrescenta-se a necessidade de o agente policial apontar qual a infração penal que se suspeita ter ocorrido, visto que não se pode suspeitar da posse de corpo de delito sem que antes se suspeite da ocorrência de um delito (WANDERLEY, 2017, p. 1.127). Esse requisito é fundamental para preservar a natureza da busca pessoal enquanto um meio de obtenção de prova, bem assim permite um controle mais ajustado sobre a adequação e legitimidade da medida.

Em decorrência do reconhecimento da ilegalidade de uma busca pessoal, serão considerados ilícitos os elementos obtidos a partir dela, direta ou indiretamente¹⁵, bem como deve ser apurada a responsabilização do agente que a efetuou, embora esta última se mostre difícil em razão da indeterminação conceitual do termo “fundada suspeita”, já fartamente criticada no presente trabalho.

O Poder Judiciário deve sempre assumir uma postura garantista dentro do processo penal, haja vista a posição de fragilidade do cidadão perante o poder punitivo estatal, tendo este que ser legitimado através do respeito ao devido processo legal. Para isso, necessário ser rechaçada uma conduta utilitarista, de que os fins justificam os meios, pois, para além da violência sofrida por aquele específico indivíduo, deve ser considerado o efeito dessa decisão perante o restante da sociedade.

Ao não legitimar uma busca pessoal arbitrária, o Judiciário manda um recado à polícia de que aquele tipo de atuação não será tolerado, estabelecendo um padrão de legalidade a ser respeitado por todas as instâncias. Dessa forma, espera-se que seja ajustada a conduta institucional, sob pena de continuarem sendo anuladas todas as diligências que estiverem em desconformidade com o limite imposto para a atuação estatal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, verifica-se que a constituição da fundada suspeita é fortemente influenciada pelo aspecto racial, fruto de uma construção histórica em que o Estado trabalha

¹⁵ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

para a contenção da população negra, principalmente dos homens jovens de periferia. Dentro dessa perspectiva, o sistema punitivo brasileiro, considerando os dois níveis de criminalização (primária e secundária), está permeado de atuações discriminatórias, sendo a busca pessoal reflexo dessa seletividade, e, ao mesmo tempo, ferramenta fundamental para a sua reprodução.

Ademais, considerando o atual texto normativo, deve-se adotar uma interpretação restritiva, que legitime a realização da busca pessoal a partir de elementos concretos de uma pessoa estar portando objeto de corpo de delito, sendo apontado qual crime se buscava investigar com a adoção do referimento procedimento. Assim, busca-se afastar a atuação discriminatória da polícia, promovendo a efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos aos cidadãos.

Não obstante, em razão da desconformidade da atual regulamentação fornecida pelos dispositivos legais com o princípio da legalidade, é fundamental uma mudança legislativa, estabelecendo critérios mais pormenorizados e objetivos para se autorizar a realização da busca pessoal. Enquanto persistir a existência de conceitos genéricos, os cidadãos estarão sempre sujeitos a ginásticas discursivas que legitimem a arbitrariedade estatal, fundamentalmente os que são constantes alvos do sistema punitivo.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 256 p.

BARBON, Júlia. **Negros são os mais abordados pela polícia no Rio em qualquer situação, diz pesquisa**. Folha de São Paulo, São Paulo, 15 fev. 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/02/negros-sao-os-mais-abordados-pela-policia-no-rio-em-qualquer-situacao-diz-pesquisa.shtml>>. Acesso em: 18 fev. 2022.

BARRETO, Elis. **Mortes de negros em ações policiais no Brasil são 2,8 vezes maiores que de brancos**. CNN Brasil, Rio de Janeiro, 24 de nov. de 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/mortes-negros-acoes-policiais-brasil-vezes-maiores-brancos/>>. Acesso em: 16 jan. 2021.

BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, S. 1., ano 2, ed. 3, p. 134-155, jul./ago. 2008. Disponível em: <<https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/31/29>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011. 128 p.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal 1 - Parte Geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555590333. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590333/>>. Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 466.343-1/SP. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Relator: Ministro Cezar Peluso, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 26 jan. 2022.

CPECC USP. **Lançamento do livro “A política do enquadro” de Jéssica da Mata**. Youtube, 6 jul. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-qrL_quZI9M>. Acesso em 9 fev. 2022.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/5117>. Acesso em: 25 jan. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021**. São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7-251021.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555590005. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>. Acesso em: 09 fev. 2022.

_____. **Fundamentos do Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555593020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593020/>. Acesso em: 13 fev. 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788597026962. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026962/>. Acesso em: 13 fev. 2022.

Ponte Jornalismo. **Enquadros policiais, uma “política pública” em SP**. Outras palavras, 2021. Disponível em: <<https://outraspalavras.net/outrasmidias/enquadros-policiais-uma-politica-publica-em-sp/>>. Acesso em: 11 fev. 2022.

QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antonio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. **Boletim IBCCRIM**, ano 12, n. 143, p. 14-17, out. 2004. Disponível em: <https://www.academia.edu/40618547/Retroatividade_da_Lei_Processual_Penal_e_Garantismo>. Acesso em: 07 fev. 2022.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Civitas: Madrid, 1997.

SINHORETTO, Jacqueline. et al. **Policciamento e relações raciais: estudo comparado sobre formas contemporâneas de controle do crime**. São Carlos: Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos/UFSCar, 2020. 379p. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/39/Documentos/policciamento-ostensivo-rel-raciais-2020.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva?. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1117-1154, set./dez., 2017. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/96/98>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

_____. Abordagem policial sob suspeita: filtragem racial na “*stop and frisk*” e controle judicial das práticas policiais a partir dos casos *Terry v. Ohio* e *Floyd v. City of New York*. **Revista de Criminologias e Práticas Criminais**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 112-134, jan./jun. 2016. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/291/pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2022.